

**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SALERNO**

---

**DIPARTIMENTO DI SCIENZE ECONOMICHE E  
STATISTICHE**



**CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA in  
Economia e Politiche dei Mercati e delle Imprese**

Curriculum: Diritto e Mercato Globale

XXX Ciclo

Tesi di Dottorato

in

**DIRITTO PRIVATO**

**Le nuove frontiere della responsabilità civile: i danni punitivi.**

Il Tutor:

*Chiar.mo Prof. Marcello D'Ambrosio*

Il Coordinatore:

*Chiar.mo Prof. Sergio Destefanis*

Dottoranda: *Dott.ssa Annunziata Rapillo*

**a. a. 2017/2018**

## INDICE.

INTRODUZIONE.....	pg.1
-------------------	------

### CAPITOLO PRIMO

#### *PUNITIVE DAMAGES: EVOLUZIONE E FUNZIONI DELL'ISTITUTO.*

1. La disciplina dell'illecito: profili comparatistici.....	pg. 4
1.1. Definizione e funzione della responsabilità.....	pg. 4
1.2. Cenni storici: la <i>law of torts</i> .....	pg. 9
2. La nascita dei danni punitivi: <i>United Kingdom</i> .....	pg. 20
3. Cenni di diritto comparato: i paesi dell' <i>ex Commonwealth</i> .....	pg. 33
4. I <i>punitive damages</i> negli U.S.A.....	pg. 41
4.1. Profilo storico.....	pg. 41
4.2. Àmbito di applicazione.....	pg. 48
4.3 Problemi costituzionali.....	pg. 59
4.4. ...Segue: il 14° emendamento.....	pg. 65
4.5. La giuria.....	pg. 72
4.6. L'analisi economica del diritto.....	pg. 82
4.7. Funzione dei danni punitivi, una visione di insieme: lo stato dell'arte in U.S.A....	pg. 91

## CAPITOLO SECONDO

### LA RESPONSABILITÀ DA ATTO ILLECITO IN ITALIA.

1. Introduzione.....	pg. 102
2. La responsabilità extracontrattuale e la <i>civil law</i> .....	pg. 102
2.1. Profilo storico.....	pg. 102
3. L'illecito aquiliano: analisi normativa.....	pg. 109
3.1 Gli elementi.....	pg. 113
3.1.1. L'ingiustizia.....	pg. 114
3.1.2. Il danno.....	pg. 123
3.1.3. Il nesso causale.....	pg. 132
3.1.4. L'elemento soggettivo: la colpa.....	pg. 139
4. Le funzioni della responsabilità.....	pg. 145
4.1. Il danno patrimoniale.....	pg. 154
4.2. Il danno non patrimoniale.....	pg. 164
4.2.1. Profili funzionali del danno non patrimoniale.....	pg. 174
5. Danno aquiliano, pene private e pene penali.....	pg. 180
6. Liquidazione e tecniche di valutazione del <i>quantum</i> .....	pg. 187
6.1. Il danno emergente e il lucro cessante nel danno patrimoniale.....	pg. 189
6.2. Il parametro equitativo del danno non patrimoniale.....	pg. 194

## **CAPITOLO TERZO**

### **I DANNI PUNITIVI IN ITALIA.**

#### **SEZIONE PRIMA.**

##### **PROSPETTIVE GIURISPRUDENZIALI.**

1. Introduzione.....	pg. 202
2. Il concetto di ordine pubblico.....	pg. 204
3. La delibazione di sentenze straniere e la diffidenza della Corte di Cassazione.....	pg. 215
3.1. La sentenza 16601 del 2017 e la rilettura del sistema.....	pg. 223
3.2. Considerazioni a margine sullo stato dell'arte.....	pg. 234
3.3. Prospettive comparatistiche: danni punitivi e sistema spagnolo.....	pg. 236
4. Il danno tanatologico.....	pg. 245
4.1. Prospettive comparatistiche sul danno da morte: l'interessante esperienza maltese.....	pg. 260

#### **SEZIONE SECONDA.**

##### **I DANNI PUNITIVI NELLA ELABORAZIONE LEGISLATIVA.**

1. La nascosta presenza di risarcimenti ultracompensativi in Italia.....	pg. 271
2. Gli illeciti processuali.....	pg. 273
2.1. Evoluzione del concetto di lite temerarie ex art. 96, III comma, c.p.c.....	pg. 273

2.2. Le ipotesi di coercizione indiretta.....	pg. 282
2.2.1. Esecuzione forzata delle obbligazioni infungibili di fare <i>ex art. 614 bis c.p.c.</i> ....	pg. 282
2.2.2. La coercizione indiretta nel giudizio di ottemperanza amministrativo.....	pg.292
3. Responsabilità medica e profili punitivi.....	pg. 300
3.1. Il decreto Balduzzi.....	pg. 306
3.2. La riforma Gelli-Bianco.....	pg. 311
4. Cenni sulla disciplina di depenalizzazione (D.lgs. 7 e 8 del 2016).....	pg. 315
CONCLUSIONI.....	pg. 320
BIBLIOGRAFIA.....	pg. 327



## INTRODUZIONE.

La responsabilità civile rappresenta un istituto particolarmente interessante e complesso del diritto privato poiché in grado di declinarsi in molteplici varianti e soprattutto idoneo a permeare l'intero universo giuridico. Al centro di impegnativi dibattiti giurisprudenziali, il concetto di risarcimento del danno ha mutato veste con l'avvento del codice fascista del 1942 che, prendendo le distanze dalla prospettiva del *Code Napoleon*, ha disegnato i contorni di un giudizio di responsabilità finalizzato ad un mero rispristino dello *status quo ante* a livello patrimoniale, cristallizzandone una dimensione monofunzionale e asservita alla sola *ratio compensativa*.

La forte volontà di emancipazione dal giudizio penale e il ripudio del brocardo di jheringhiana memoria "nessuna responsabilità senza colpa" se da un lato hanno comportato il consolidamento di un giudizio civile dotato di proprie e autonome peculiarità, dall'altro hanno imbrigliato il legislatore di epoca fascista, la cui priorità è divenuta la riallocazione delle risorse e la compensazione del pregiudizio.

Una simile prospettiva, però, si presenta oggi anacronistica: partendo dalle sollecitazioni dottrinali che fin dagli anni sessanta ravvedevano in ipotesi come quelle del danno non patrimoniale o della retroversione degli utili delle anomalie di sistema in grado di smuovere il registro monofunzionale che caratterizzava il giudizio di responsabilità civile, si può osservare una latente rilettura del sistema che affiora negli ultimi anni prepotentemente, anche in ragione del costante dialogo della Corte di Cassazione con organi superiori di altri paesi in cui forme di risarcimento ultracompensativo rappresentano lo strumento ordinario di liquidazione del danno.

Estremo punto di frizione è riconducibile al concetto di *punitive damages*, che rappresentano un istituto esemplare di *common law*, uno dei fenomeni più affascinanti e intriganti che si insinua nelle maglie del più ampio istituto del risarcimento del danno che negli stati

d'oltreoceano ancora oggi assume i connotati di un giudizio a mezza via tra il diritto privato e il diritto penale.

Molteplici le ragioni sottese alla loro nascita, nel contesto inglese del XVIII secolo, e alla loro proliferazione, ancora oggi in corso negli Stati Uniti d'America: l'assenza di una rigida riserva di legge in ambito penale e sanzionatorio, la mancanza di istituti processuali come quello della soccombenza, che notevolmente incide sulle quantificazioni dell'*exequatur*, nonché la presenza costante della giuria, composta da soggetti privi di competenze tecniche qualificate, il tutto filtrato alla luce dei principi di analisi economica del diritto che rendono il contesto di *common law* squisitamente un *unicum* giuridico, sono i fattori che maggiormente rilevano nella presente indagine che mira a verificare la sussistenza di un rapporto di non astratta incompatibilità tra responsabilità civile come delineata dal legislatore italiano e i risarcimenti ultracompensativi, nella specie *punitive damages*.

Al fine di investigare come tali differenti istituti e prospettive interagiscono tra loro non può prescindere dall'indagine dell'istituto del danno punitivo, calato all'interno del contesto in cui si è sviluppato e radicato, per comprenderne le logiche a cui risponde e le finalità che persegue. Fondamentale, alla stregua, è la fotografia del sistema di responsabilità civile adottato nel contesto italiano, di come si sia evoluto e di come oggi si attegga, senza dimenticare come il legislatore ha talvolta contemplato forme late di risarcimento del danno ultracompensativo, facendo scricchiolare l'idea di una responsabilità monofunzionale e dal valore squisitamente ristorativo.



## CAPITOLO PRIMO

### ***PUNITIVE DAMAGES: EVOLUZIONE E FUNZIONI DELL'ISTITUTO.***

**SOMMARIO: 1. LA DISCIPLINA DELL'ILLECITO: PROFILI COMPARATIVI – 1.1. DEFINIZIONE E FUNZIONE DELLA RESPONSABILITÀ – 1.2. CENNI STORICI: LA *LAW OF TORTS* – 2. LA NASCITA DEI DANNI PUNITIVI: *UNITED KINGDOM* – 3. CENNI DI DIRITTO COMPARATO: I PAESI DELL'*EX COMMONWEALTH* – 4. I *PUNITIVE DAMAGES* NEGLI USA – 4.1. PROFILO STORICO – 4.2. ÀMBITO DI APPLICAZIONE – 4.3. PROBLEMI COSTITUZIONALI – 4.4. ...*SEGUE: IL 14° EMENDAMENTO* – 4.5. LA GIURIA – 4.6. L'ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO – 4.7. FUNZIONE DEI DANNI PUNITIVI, UNA VISIONE DI INSIEME: LO STATO DELL'ARTE IN U.S.A.**

## **1. LA DISCIPLINA DELL'ILLECITO: PROFILI COMPARATIVI.**

### **1.1. DEFINIZIONE E FUNZIONE DELLA RESPONSABILITÀ.**

I danni punitivi rappresentano una peculiarità dei sistemi giuridici di *common law*, negli ultimi anni molto discussi e in continua tensione con l'ordinamento giuridico italiano ed europeo, in quanto portavoce di una *ratio* punitiva e di deterrenza assolutamente lontana dal concetto di responsabilità civile continentale<sup>1</sup>.

Ciò che, infatti, si palesa negli ordinamenti di *common law* è la netta distinzione tra due tipologie di danno, i *compensatory damages* e i *non-compensatory damages*, la cui differenza appare preziosa per comprendere la logica sottesa al concetto di danno punitivo e che esula dal mero ripristino della sfera patrimoniale o giuridica del soggetto leso, andando ben oltre.

Una prima e imprescindibile precisazione che occorre fare è di matrice terminologica: nel mondo anglo-americano l'utilizzo del termine *damage/damages* al plurale ed al singolare assume due valenze assolutamente distinte. Nella letteratura la parola *damages*, solitamente accompagnata da attributi che ne delineano il contenuto (*punitive, exemplary* ecc.) assume il significato di risarcimento monetario, dunque, danni nel senso di liquidazione del danno. Quando il termine, invece, viene richiamato al singolare implica il riferimento al danno in qualità di pregiudizio arrecato e, quindi, come sinonimo di lesione. Tale specificazione è fondamentale per comprendere una *summa divisio* quasi scontata agli occhi degli autori di *common law*.

Alla categoria di *compensatory damages*, che hanno la funzione di ripristinare il patrimonio del soggetto leso in conseguenza dell'accertamento del danno<sup>2</sup>, si accosta (ma senza sovrapporsi) il danno punitivo, concesso per sanzionare il convenuto che, con una condotta

---

<sup>1</sup> P. PARDOLESI, *Seminari di diritto privato comparato*, Bari, 2011.

<sup>2</sup> Cfr., G. PONZANELLI, *Pena privata* in *Enc. Giur.* Treccani, XXX, Milano, 1999.

equiparabile a quella italiana della mala fede (*malice*), ha commesso un fatto grave e particolarmente riprovevole.<sup>3</sup>

Sostiene Fleming, “*Exemplary or punitive damages focus not on injury to the plaintiff, but on the outrageous conduct by the defendant, conduct that is so reprehensible as to warrant requiring the defendant to pay an additional amount of tort damages. These damages are explicitly outside the compensation function of the tort law*”<sup>4</sup>, spiegando in modo netto struttura e *ratio* di tale concetto giuridico.

È bene, inoltre, precisare che i termini *punitive, exemplary, vindictive damages* sono tra loro intercambiabili, non indicando tipologie differenti di danno<sup>5</sup>. La sola distinzione degna di nota è quella che pone in relazione i *punitive damages* con gli *aggravated damages* la cui specificazione, per la prima volta dovuta a *Lord Devlin* nel 1964, sottolinea nuovamente i confini tra *ratio* punitiva e latamente compensativa<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> Cfr. G. PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nord americana* in *Riv. Dir. Civ.*, 1983, p. 435 ss; F. BENATTI, *Il danno punitivo tra forma e sostanza* in *Resp. Civ. prev.*, 2014, I, p. 53 ss.

<sup>4</sup> J. FLEMING, *The law of torts*, Lawbook Co, Australia, 1987, p. 284.

<sup>5</sup> NOTE, *Exemplary damages in the law of torts* in *Harvard L. Rev.* 1957, p. 517 ss., in cui l'autore sostiene “*The term 'punitive', 'vindictive', or 'exemplary' damages and 'smart-money' have been interchangeably applied to a class of money damages awarded in tort action beyond what is needed to 'compensate' the plaintiff for his injuries*”.

<sup>6</sup> Afferma a conclusione della sua *opinion Lord Devlin*, “*Otherwise, it will not, I think, make much difference to the substance of the law or rob the law of the strength which it ought to have. Aggravated damages in this type of case can do most, if not all, of the work that could be done by exemplary damages. In so far as they do not, assaults and malicious injuries to property can generally be punished as crimes, whereas the objectionable conduct in the categories in which I have accepted the need for exemplary damages are not, generally speaking, within the criminal law and could not, even if the criminal law was to be amplified, conveniently be defined as crimes.*” in *Rookes v. Barnard*, A.C. 1129, (1964).

Riconducibile per lo piú al settore dei *torts* e, pertanto, della responsabilità extracontrattuale,<sup>7</sup> appare oggi in continua espansione ed in alcuni casi anche riproducibile nell'alveo della responsabilità di matrice contrattuale<sup>8</sup>, con non poche critiche da parte di studiosi d'oltreoceano<sup>9</sup>.

Al fine di delineare l'essenza dell'istituto del danno punitivo, ma soprattutto per definire il contesto in cui tale danno si colloca, va preliminarmente verificata la logica sottesa alla responsabilità civile di *common law* e successivamente fotografata l'evoluzione della disciplina dei *torts*, sede principale di comminazione del risarcimento del danno ultracompensativo. Sarà solo dopo aver brevemente tracciato tale *iter* che potrà comprendersi in maniera corretta ed esaustiva il concetto di *punitive damages*.

Alla natura esclusivamente ripristinatoria che spiega la disciplina dell'illecito del vecchio continente<sup>10</sup> non corrisponde un'altrettanto pacifica e unitaria impostazione della

---

<sup>7</sup> Cfr. C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danni c.d. esistenziale* in Eur. Dir. Priv., 2009, p. 326 ss.; F. SPILLARE, *I danni punitivi tra mito e realtà* in *Studium iuris*, 2014, XII, p.1407 ss.

<sup>8</sup> La natura particolarmente dibattuta di tali forme di risarcimento al confine tra diritto civile e diritto penale rende poco chiaro il loro ambito di applicazione, che è talvolta ristretto e talaltra ampliato da quanti ravvedono in tali forme di riparazione pecuniaria ben altro che un semplice ripristino dello *statutus quo*. Cfr. in tal senso G. PONZANELLI, *ult. op. cit.*, p. 435 ss.

<sup>9</sup> *Ex multis* T. J. SULLIVAN, *Punitive damages in the law of contract: the reality and the illusion of legal change* in Minnesota L. Rev., 1977, p. 207 ss.; J. Y. GOTANDA, *Punitive damages: a comparative analysis* in Columbia J. Trans. Law, 2003, p. 1 ss.

<sup>10</sup> Figlia dell'originaria impostazione Romanistica la responsabilità civile, di matrice continentale, presenta un struttura assolutamente ripristinatoria che lascia pochi spazi a intenti sanzionatori e quasi nessuno a finalità punitive. In tal senso *ex multis* P. PERLINGIERI, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento* in Rass. Dir. Civ., 2004, IV, p. 1061 ss.; G. ALPA e M. BESSONE, *La responsabilità civile*, Milano, 1980; G. PONZANELLI, *La responsabilità civile, profili di diritto comparato*, Bologna, 1992; C. SALVI, *La responsabilità extracontrattuale, modelli e funzioni*, Napoli, 1985; F. QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, Napoli, 2011.

responsabilità di *common law*: in tal contesto, infatti, la *liability* civile assume significati e funzioni molteplici.

Autorevole dottrina<sup>11</sup> sostiene che nell'ambito della disciplina dei *torts* almeno tre sono le funzioni che la responsabilità civile pone in esecuzione<sup>12</sup>: a) *compensation*; b) *deterrence*; c) *punishment*.

La prima di queste finalità, che mira al mero ripristino patrimoniale dello *status quo ante*, si rivela estremamente delicata: sono frequenti i rischi di *overcompensation* e di *undercompensation*, due facce della stessa medaglia che, anche se poggiando su due distinti soggetti, palesano certamente uno squilibrio tra il danno arrecato e il risarcimento ottenuto, nel primo caso favorendo il danneggiato, nel secondo caso a discapito di quest'ultimo.

Il problema, apparentemente relativo, è di fondamentale rilievo soprattutto in virtù delle metodologie di redistribuzione della ricchezza, care alle scuole di analisi economica del

---

<sup>11</sup> Cfr. In tal senso G. PONZANELLI, *La responsabilità civile, profili di diritto comparato*, Bologna, 1992.

<sup>12</sup> In tal senso va tenuta presente la mera opinabilità della suddivisione, molteplici altri autori rivengono nella disciplina dei *torts* ben più di tre funzioni cfr. G. CALABRESI, *The complexity of torts. The case for punitive damages in Liber amicorum* per Francesco D. Busnelli. Milano, 2008. Ed ancora *ex multis* P. CANE, *The anatomy of tort law*, Hart Publishing Oxford, 1997. L'Autore fa riferimento ad una suddivisione tra funzioni intrinseche ed estrinseche, fra le prime richiama quelle implicite al sistema di *tort law*, un insieme di principi etici e morali in grado di individuare i beni protetti, le condotte irrispettose e le sanzioni, lo stesso spiega "*The main intrinsic function of tort law are to provide guidance to individuals about how they may and ought to behave in their interactions with others, to provide protection for certain interest of individuals, to express disapproval of and to sanction certain types of conduct... and in this way to maintain social order and promote social cohesion...*". Different *ratio* è invece sottesa alle funzioni estrinseche, quelle che la *tort law* cerca di tutelare e proteggere, a loro volta divise in due tipologie, quelle dirette e quelle indirette, queste ultime definite *multifarious*, perché sorretta da *general deterrence, reinforcement of contract, perservation of competition*. Le funzioni intrinseche e dirette, invece, sono dall'autore descritte come "*closely tied to the available remedies: to compensate for losses, to secure disgorgement of gains, to express disapproval and to punish...*".

diritto e che pongono le compagnie assicurative al centro di controversie estremamente dibattute e complesse<sup>13</sup>.

Allo stesso genere di problematiche si va incontro tracciando la figura della *deterrence*: si tratta di quella funzione che mira ad indurre il soggetto danneggiante ad evitare di perpetuare il medesimo comportamento illecito. Più precisamente, essa è finalizzata a far sí che il soggetto (potenziale danneggiante) prenda precauzioni idonee a rendere più sicura e meno rischiosa la propria attività.

Anche in tale profilo assumono rilievo le distorsioni della *over/under-deterrence*, strettamente collegate, inoltre, con l'*undercompensation*: infatti, l'eventuale inconsistenza del risarcimento a favore del soggetto danneggiato si rivela una componente che incide in maniera significativa sulla consequenziale deterrenza, senza dubbio relativa e poco pregnante.

Altra funzione è quella di *punishment*, peculiarità questa in grado di tracciare una linea di confine molto netta tra gli ordinamenti di *civil law*, a cui è per lo più sconosciuta, e gli ordinamenti di *common law*, in cui la mancanza *ab origine* di una scissione palese tra diritto civile e diritto penale ha permesso la diffusione di figure ibride.

---

<sup>13</sup> Come sarà meglio approfondito successivamente, la riallocazione delle risorse economiche e i costi sociali vengono solitamente ammortizzati o attraverso forme di prevenzione generale, attribuendo al potere legislativo la possibilità di definire manovre, o attraverso forme di prevenzione specifica, che, lasciando ai privati la facoltà di preventivamente munirsi di idonea tutela e garanzia, fa perno sul mondo delle assicurazioni e della privatizzazione del rischio. Ovviamente in un simile contesto, nei casi di liquidazioni di danno in forma overcompensativa chi ne rimette le spese senza dubbio sono le compagnie assicurative, facile bersaglio, inoltre, delle giurie popolari, che si crogiolano in sentenze dal valore stratosferico. In tal senso G. CALABRESI, *The cost of accident. A legal and economic analysis*, Yale University Press, 1975.

Chiaro qui il riferimento al danno punitivo, la cui origine ha sempre destato dubbi e la cui evoluzione è da sempre al centro di speculazioni dottrinali e giurisprudenziali, anche nei paesi di *common law*, vista la poco pacifica funzione.

## **1.2. CENNI STORICI: LA *LAW OF TORTS*.**

Conseguenza logica dell'impostazione che ravvede nella responsabilità civile un *quid pluris* rispetto al mero ripristino dello *status quo ante* è il delinearsi di una regolamentazione dei *torts* dal sapore misto, quasi dal retrogusto penale.

Sarebbe, però, poco corretto affermare che la moderna visione dell'illecito civile nei paesi di *common law* sia stata in grado di concretizzarsi e plasmare l'odierna disciplina dei *torts*, attribuendo a quest'ultima una carica punitiva non indifferente. Sarebbe poco corretto poiché la disciplina dei *torts* è molto antica, ed anzi: è ripercorrendo solo le origini della *tort law* che si può comprendere la *ratio* sottesa alla moderna disciplina della responsabilità civile e soprattutto la ragione per la quale la componente sanzionatoria è tanto presente.

La disciplina dell'illecito, nell'ordinamento anglosassone, come nel contesto continentale, si distingue nelle due forme di responsabilità contrattuale (cd. *Breach of contract*)<sup>14</sup> ed

---

<sup>14</sup> La disciplina del *breach of contract*, o meglio dell'inadempimento contrattuale, si individua ogni qual volta vi sia una obbligazione sottostante che vincola i due soggetti e che ne disciplina e regola i rapporti. Tale tipologia di responsabilità è completamente antitetica a quella più ampia e generale dei *torts* (in cui anche talune fattispecie, latamente contrattuali, rientrano). L'impostazione esplicita di dottrina e giurisprudenza, (nonché quanto stabilito in particolar modo negli Stati Uniti con il *Second Restatement of contract*) ricollegano all'inadempimento contrattuale una funzione solo ed esclusivamente compensativa e ripristinatoria, che mira a riportare il soggetto, che correttamente ha adempiuto la sua prestazione, alla situazione precedente all'inadempimento della controparte. Prendendo in prestito le parole di Fransworth, con il termine *contract* si fa riferimento "ad una serie di atti con cui le parti esprimono il loro accordo, al documento al quale danno

extracontrattuale (cd. *Law of torts*), assolutamente distinte, ma che ultimamente sembrano convivere<sup>15</sup>.

Tale osservazione assume un particolare significato in relazione al campo di applicazione dei *punitive damages*, originariamente arginati nel contesto dell'illecito extracontrattuale, ma oggi ben assorbiti, invero, nell'ambito del *breach of contract*, anche se in maniera particolarmente atteggiata.

È bene, però, evidenziare che il settore di origine e sviluppo dei danni esemplari è stato quello dei *torts*, la cui evoluzione ha vissuto alterne vicende.

La disciplina inglese dell'illecito (*torts*) prese le mosse dall'*action of trespass*, azione esercitata da chiunque lamentasse un'illecita interferenza da parte di terzi nei confronti della propria persona o di propri beni<sup>16</sup>.

---

esecuzione o al rapporto giuridico che hanno instaurato”, ciò significa che *breach of contract* può realizzarsi ogni volta che manca correttezza e rispetto nell'esecuzione della propria prestazione. Cfr, in tal senso E. A. FRANSWORTH, *Introduzione al sistema giuridico degli Stati Uniti d'America*, Milano, 1979. La natura meramente compensativa attribuita alla responsabilità contrattuale si spiega attraverso tre elementi che ne costituiscono criterio di misura per la quantificazione: a) *restitution interest*, individuato nel guadagno conseguito dal contraente inadempiente; b) *reliance interest*, che comporta il ripristino del patrimonio dell'adempiente al momento della stipula del contratto, reintegrandolo delle varie spese sostenute proprio in ragione dell'affidamento sul vincolo; c) *expectation interest*, che ha come punto di riferimento la situazione patrimoniale in cui si troverebbe il soggetto correttamente adempiente qualora anche la controparte avesse adempiuto la sua prestazione. Cfr. In tal senso quanto affermato da F. BENATTI, *Correggere e punire dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, Milano, 2008, p. 135 ss.

<sup>15</sup> I. MASSARI, *Spunti problematici sull'overlapping tra tort e contract nell'esperienza inglese* in *Riv. Dir. Civ.*, 1999, I, p. 513.

<sup>16</sup> Preliminarmente va effettuata una precisazione: l'ordinamento inglese presentava una struttura molto singolare, al diritto privato si contrapponeva la *criminal law*, non sussistendo alcuna forma di diritto pubblico o amministrativo, solo tardivamente consolidatosi. Anche il diritto privato andava analizzato nella sua duplicità: da un lato la disciplina di *common law*, la cui finalità principale era il risarcimento del danno; dall'altro andava cristallizzandosi il meccanismo di *equity*, come complesso di gestione e protezione del diritto privato



Tale azione celava una consistenza penale in quanto il fatto, che andava a turbare la Pace del Re, aveva, quindi, come risvolto immediato sanzioni che si riverberavano sulla persona artefice dell'illecito<sup>17</sup>. Successivamente, però, anche il soggetto leso sembrò ottenere una blanda forma di tutela, protezione che si concretizzava nella liquidazione di un risarcimento del danno.

L'*intentio legis* sottesa all'*action of trespass* viene, lentamente, estesa attraverso la creazione di un cd. *Trespass on the case*, mediante l'esercizio del *writ in consimili casu*<sup>18</sup>, esperito dal

---

patrimoniale, al cui interno sussisteva una divisione in *law of propriety*, *law of contract* e *law of torts*. Discrimen tra *common law* ed *equity* era originariamente di matrice processuale, ben presto, però, si giunse ad una distinzione sostanziale e quindi ad una demarcazione di differenti azioni da esperire. Cfr. In tal senso U. MATTEI, *Il modello di common law*, Torino, 2004, p. 225 e ss.

<sup>17</sup> Nell'impostazione della *common law*, *ab origine*, il diritto civile e quello penale erano quasi totalmente sovrapponibili. Reduci dall'impostazione medioevale le fattispecie penali erano riconducibili a due macro aree: la prima individuabile nelle *Felonies* (fellowie), che consistevano nelle violazioni, di ogni genere, dei rapporti feudali; la seconda riconducibile alla disciplina del *trespass*, conseguenza della rottura della pace del Re. Tale distinzione perse pian piano di consistenza, nel momento in cui l'*action of trespass* scivolò lentamente nell'ambito civile. In tale fase si sviluppano come forme secondarie di delitti i cd. *Misdemeanors* (reati cadetti).

<sup>18</sup> “Si deve fare, tuttavia, un breve cenno alla straordinaria evoluzione del *writ of trespass*. Il *writ of trespass* originariamente veniva concesso solo nei casi in cui con violenza o violando la pace del Re - *vi et armis contra pacem domini regis*- si fosse disturbato l'esercizio del diritto su beni altrui, oppure si fosse lesa l'incolumità corporale altrui. Ben presto si verificarono casi in cui mancava l'attacco materiale e diretto contro la persona o il bene, oppure dove il danno dell'attore era solo una conseguenza mediata dell'azione o dell'omissione del convenuto. Dal 1350 circa il Cancelliere concesse, in forza del dettato dello *Statute of Westminster*, un'azione *in consimili casu*: un'*action of trespass sur le case* o *action on the case*, che nel corso dell'evoluzione non fornì solo la base a nuove forme di azioni nel campo dell'illecito extracontrattuale, ma anche il punto di partenza del futuro diritto contrattuale” così è affermato nel testo di K. ZWEIGERT e H. KOTZ, *Introduzione al diritto comparato, Vol I. Principi generali*, Milano, 1998, p. 226, in cui l'autore continua narrando quanto accaduto nel 1384, quando un traghettatore, sovraccaricando la sua imbarcazione, comportò l'annegamento e, dunque, la morte del cavallo dell'attore. In tale ipotesi non vi era *writ* che consentiva l'inizio di un procedimento civile, nè tantomeno la possibilità di esperire un'*action of trespass* vista la lesione non immediata e diretta dell'attore, ma del cavallo di proprietà di quest'ultimo. Per la prima volta, allora, viene concesso un *trespass on the case*

cancelliere, il quale appariva unico legittimato (vista la tipicità dei *writ*, formule introduttive del processo inglese) ad estendere la logica del *trespass* anche a casi simili, benchè ontologicamente distinti<sup>19</sup>.

È proprio da tale momento che l'azione in questione perde il sapore penale che fino a quel frangente ne aveva caratterizzato l'essenza e va a confluire in una logica esclusivamente e meramente risarcitoria, connotata però comunque da un retrogusto punitivo<sup>20</sup>.

Si può affermare che è in tale contesto che si inizia a delineare una disciplina di illecito civile con *ratio* ripristinatoria e compensativa, eppure tale funzione sottesa non permane in forma evidente e chiara, evolvendosi in una direzione assolutamente opposta a quella che denota poi l'assetto continentale.

Proprio il mutamento di prospettiva (da azione a tutela della pace sociale a forma di risarcimento del danno a favore del soggetto leso) comporta un assestamento della disciplina del *trespass* di origini molto remote<sup>21</sup>.

---

con il quale si affermava che un trasportatore nello svolgimento della sua attività si assumeva l'obbligo (da qui il termine *assumpsit* che indica tale prestazione) non solo di effettuare il trasporto, ma soprattutto di condurre le persone e i beni, oggetto del trasporto illesi, sull'altra riva. Esempio quest'ultimo di quanto nella seconda metà del 1300 il *trespass* abbia superato i confini dell'ambito aquiliano per giungere anche in quello contrattuale.

<sup>19</sup> Cfr. A. SIROTTI GAUDENZI, il quale sostiene che “i *torts* sono retti da un sistema che prevede l'assoluta tipicità della responsabilità extracontrattuale che non ha eguali in altri sistemi” in *Brevi note in tema di danni punitivi* in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it).

<sup>20</sup> L'azione, infatti, anche se ormai estranea alla logica criminale necessita del presupposto della volontarietà ed intenzionalità della condotta, proprio perché la logica a questa sottesa era, inizialmente, punire il soggetto agente a prescindere dalle lesioni che lo stesso aveva procurato con le sue azioni.

<sup>21</sup> Le origini penalistiche spiccano evidenti nella suddivisione in due ipotesi di illecito, il *trespass per se* ed il *trespass per accident*: il primo, le cui origini sono ricollegabili in via immediata alle forme penali e tipiche di *trespass*, non richiedono alcuna prova di danno o nesso causale, ma la mera manifestazione della condotta dell'agente. L'ipotesi del *trespass per accident* deriva, invece, dalla meno datata disciplina del *trespass on the*

Oltre al riscontro della volontarietà della condotta, che certamente era fulcro dell'*action of trespass* nella sua consistenza penalistica, rispondente ad una logica di punizione, fondamentale valore assume in questo momento di evoluzione l'individuazione e la ricerca necessaria di un bene e di un danno al relativo bene, unico elemento idoneo a giustificare la logica di ripristino.

La forza di concettualizzazione, riconducibile a tale frangente storico, rappresenta il presupposto della definizione e regolamentazione di una serie di ipotesi tipiche di danno, sia di consistenza intenzionale<sup>22</sup>, sia dalla valenza involontaria, ma in ogni caso riconducibile alla condotta dell'agente.

In tale fase sorge il concetto di *tort of negligence*<sup>23</sup>, inteso come illecito non sostenuto da una condotta volontaria, ma, alla stregua, idoneo a porre in pericolo o ledere la sfera giuridica

---

*case*, in cui è necessaria la dimostrazione di danno e nesso causale, non essendo da sola sufficiente la mera segnalazione della condotta.

<sup>22</sup> I cd. *named torts*, sono quelli espressamente individuati, vista la natura tipica degli illeciti di *common law*. Varie ipotesi intenzionali tipiche sono quelle che vengono sintetizzate nelle tre macro aree di *trespass to person*, *trespass to land* e *trespass to goods (chattled)*. La prima delle tre categorie individuate ha fondamentale importanza non solo per la sua antica tipicità, ma anche perché rientrando nella sottocategoria del *trespass per se*, rappresenta una delle ipotesi di responsabilità da illecito che non richiedono la presenza e, la conseguente, dimostrazione di un danno. Nello specifico il *trespass to person*, che oggi sembra di applicazione notevolmente ridotta in virtù della clamorosa estensione del *tort of negligence*, forma atipica ed omnisomprensiva ormai di *tort*, di cui si dice in seguito, si divide in tre ipotesi fondamentali: *assault*, che può esser tradotto con il concetto continentale di minaccia; *false imprisonment*, che comporta la forzata e non autorizzata detenzione di un soggetto in un determinato luogo; ed, infine, *battery*, che implica varie tipologie di condotte tutte accomunate dal perpetuarsi di un contatto fisico, senza il consenso del soggetto leso.

<sup>23</sup> Tale illecito a differenza dei *nominate torts*, non riguarda una specifica lesione, esso è rinvenibile ogni qual volta vi sia una obbligazione di diligenza in capo ad un soggetto nello svolgimento di una determinata attività. Esempio lampante ed eccezionale, rappresenta la deroga al sistema tipico della responsabilità americana.

Va però precisato che nel mondo di *common law* il termine *negligence* assume una duplice valenza: in un primo significato esso si riferisce alla componente psicologica che è sottesa alla condotta del soggetto agente, che si contrappone all'*intention* che rappresenta il nostro concetto di dolo; in un secondo significato implica il

altrui. Va sempre piú cristallizzandosi una netta distinzione tra il profilo civile ed il profilo penale, alimentata da un'indagine nuova ed originale dell'elemento soggettivo, non piú ad esclusivo appannaggio della *criminal law*, ma che inizia a divenire rilevante anche nel diritto privato.

Il *tort of negligence*, dunque, immediatamente riconducibile alla salvaguardia dei diritti dei privati nell'esecuzione delle attività di competenza pubblica, si consolida nel XVIII secolo, ma è qualche decennio dopo che si cristallizza facendo perno su 5 elementi principali: 1. *duty of care*; 2. violazione del *duty of care*; 3. danno; 4. nesso causale; 5. mancanza di cause di giustificazione che elidano l'antigiuridicità della condotta.

Inutile dire che alla base della intera disciplina l'elemento peculiare è rappresentato dal *duty of care*<sup>24</sup>, ossia dalla sussistenza dell'obbligo di diligenza.

È bene precisare e porre l'attenzione sulla valenza che tale *duty of care* assume, non solo in relazione alla disciplina dei *torts*, ma in una prospettiva piú ampia: esso rappresenta un *file rouge* che lega l'intero assetto della responsabilità di matrice anglosassone.

---

richiamo al relativo *tort* e, dunque, è un generico richiamo alla responsabilità per colpa. Nella sua prima interpretazione, pertanto, il concetto di *negligence* come colpa è riconducibile allo stato psicologico dell'agente che può sussistere anche nelle fattispecie tipiche di *torts*, implicando solo negligenza nello svolgimento di una condotta. L'istituto di *tort of negligence* nella sua valenza, come coniata nel XIX secolo si riferisce ad una fattispecie generale di *tort* in cui lo *standard* di diligenza da tenere è oggettivizzato, proprio attraverso il richiamo al concetto di *duty of care*. Cfr. In tal senso G. VILLA, *Il tort of negligence nel sistema inglese dei fatti illeciti* in Contr. Impr., 2011, I, p. 263 ss.

<sup>24</sup> Come definita da Ponzanelli si tratta di “un dovere di comportamento, cioè, posto a carico di una collettività dei consociati e volto ad evitare la nascita di occasioni di danno nei confronti di terzi”, G. PONZANELLI, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, 1992, Bologna, p. 62; tradotta come “dovere di diligenza” da V. ZENO ZENCOVICH, in *op. cit.*, p. 383.

La *ratio*, infatti, conseguenza di tale obbligo è la verifica della presenza dello stesso e l'eventuale violazione da parte dell'agente: ecco che emerge in tutta la sua essenza la diversità di punti di vista a livello sistemico.

Mentre la disciplina della responsabilità continentale, infatti, guarda e focalizza l'attenzione sul danneggiato e sul suo patrimonio, lesa, la regolamentazione di *common law* ha come punto di riferimento l'agente e la sua condotta. In tale ottica si spiega l'osmotico richiamo alla diligenza e al rispetto degli obblighi di comportamento che vanno a coinvolgere l'artefice dell'azione e solo conseguentemente il soggetto lesa, come riflesso di una punizione che incide direttamente sull'*actio* negligente<sup>25</sup>.

L'importanza di tale elemento nella disciplina della *law of torts* ha comportato, nel tempo, la necessaria ricerca di una serie di parametri in grado di verificare la presenza di un simile obbligo, verso i terzi<sup>26</sup>, attraverso l'individuazione di criteri di valutazione<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Cfr. In tal senso V. ZENO ZENCOVICH, *op. cit.*, p. 383 in cui afferma "l'angolo visuale dal quale l'ordinamento inglese affronta il problema della responsabilità civile è opposto a quello continentale: qui, anche dopo il tramonto della primazia del diritto soggettivo, l'indagine è prioritariamente volta alla verifica dell'esistenza, in capo al danneggiato, di una situazione protetta che è stata lesa dal responsabile. Nella *common law* inglese, invece, ci si muove per stabilire se vi fosse un obbligo in capo al preteso danneggiante."

<sup>26</sup> Chi sono questi terzi si è chiesto a lungo anche la giurisprudenza: la sentenza *Denoghue v Stevenson* [A C 562 (1932)] viene definito per la prima volta il *neighbour principle*, cioè il principio secondo il quale l'agente deve tenere in considerazione e tutelare le sfere giuridiche dei soggetti che possono esser pregiudicati da una suo comportamento. L'accezione che viene, dunque, attribuita al termine *neighbour* non quella letterale di vicino, ma quella di prossimo, nel suo contenuto più ristretto. Cfr. G. VILLA, *op. cit.*, p. 268 ss.

<sup>27</sup> Dal 1932, anno in cui fu pronunciata la sentenza *Denoughe v Stevenson*, l'elaborazione della dottrina e della giurisprudenza è sfociata nell'elaborazione di ben quattro distinti parametri in grado di accertare la sussistenza del *duty of care*: a) prevedibilità (*foreseeability*), come sinonimo di potenziale valutazione del rischio e del soggetto su cui tale pregiudizio potrebbe ricadere. In tale prospettiva rientra prepotentemente il concetto di uomo ragionevole elaborato dalla giurisprudenza ed illustrato di seguito; b) vicinanza (*proximity*) intesa nella duplice accezione di vicinanza geografica e rapporto che pone in stretta correlazione due soggetti, la prima di semplice comprensione (si pensi ad un incidente stradale in cui vittima e danneggiante sono nello stesso luogo),

E, allora, assume importanza il concetto di prevedibilità<sup>28</sup> (*foreseeability*); la verifica di una condotta attiva, e non certo omissiva; la definizione degli interessi da tutelare; e infine la non estendibilità di tale obbligo ad ipotesi non contemplate, quasi a voler delineare una classificazione tipica di forme di diligenza.

Attraverso tali valutazioni sarà l'organo giudicante a valutare la sussistenza di un obbligo di diligenza in capo al soggetto riconosciuto danneggiante ed in conseguenza la sua violazione: in questa fase viene fuori l'elaborazione del cd. *Reasonable man*<sup>29</sup>, dell'uomo ragionevole, che sembra fortemente richiamare l'*homo eiusdem professionis et condicionis* di matrice penalistica.

Concetto quello dell'uomo ragionevole che viene definito e ricostruito dal giudice *case by case* e per questo rappresenta un forte richiamo all'idea di personalizzazione dell'illecito, che nel nostro ordinamento sembra appartenere al settore penale più che civile.

Questa la fotografia del contesto di formazione della *law of torts* anglosassone, trapiantato anche negli Stati d'oltreoceano, sebbene siano necessarie alcune considerazioni, e soprattutto distinzioni, in grado di mostrare come gli *United States* abbiano operato un adattamento della disciplina originaria.

---

la seconda, invece, è di difficile contestualizzazione soprattutto nella sua manifestazione non fisica quanto mentale/ psicologica; c) opportunità del rispetto della diligenza (nelle sue forme di *fairness, justice e reasonableness*); d) politica comportamentale (*policy*) intesa come idoneità di una condotta a ledere in più modi una sfera giuridica, dando origine simultaneamente a più danni. Cfr. G. VILLA, *op. cit.*, p. 270 ss.

<sup>28</sup> Vedi nota precedente.

<sup>29</sup> La valutazione che viene rimessa al giudice è, infatti, valutare la ragionevolezza dell'uomo, considerare cioè se l'uomo medio in quel determinato contesto avesse agito secondo i medesimi *standard* di comportamento. Questo concetto di *reasonable man* assume grande importanza nell'ambito del *tort of negligence* in cui la colpa scinde la sua valenza in componente meramente psicologica e parametro di valutazione dell'agire dell'uomo medio.

Nel contesto statunitense<sup>30</sup>, infatti, la verifica ossessiva del *duty of care* e la conseguente violazione della diligenza non sembra ottenere lo stesso spazio che occupava in Inghilterra, è d'oltreoceano l'impostazione che accetta di buon grado e si focalizza su forme di responsabilità a prescindere dalla valutazione della componente soggettiva.

La responsabilità oggettiva, pertanto, si rivela un prodotto confezionato *ex novo* negli U.S.A., e la sua specificazione non è priva di risvolti sotto il profilo concreto e pragmatico: alla tutela maggiore e più stringente riconducibile alla parte lesa, che ha solo l'obbligo di mostrare la concreta lesione subita, si accompagna, però, un'inversione dell'onere probatorio che grava non più sull'agente, che ha il compito di mostrare l'adempimento dell'obbligo di diligenza, bensì sul soggetto che ha subito il danno.

Simile impostazione pratica non è esente da difficoltà concrete che talvolta impediscono una corretta gestione del carico probatorio e che rischiano, in talune occasioni, di andar a discapito del soggetto leso, compromettendo finanche la *ratio* di tale innovazione. Ed è proprio per tale ragione che l'ordinamento statunitense considera legittime le presunzioni legali ed il loro utilizzo in sede processuale.

Altro elemento discretivo è rappresentato dalla estensione del potere del giudice nella verifica del *duty of care*, che nelle aule inglesi è lasciato alla libera valutazione dell'organo giudicante.

Negli Usa, invece, la predisposizione di testi legislativi e settoriali, assume una funzione di indirizzo ed argine della discrezionalità del giudice, vincolato a parametri già dal "legislatore" stabiliti.

Da una simile analisi appare chiaro che la lieve modifica della disciplina originaria ed inglese ha risvolti importanti, soprattutto in relazione al campo di applicazione della *law of torts*, che negli Stati Uniti ha una connotazione maggiormente afflittiva e punitiva, affermazione

---

<sup>30</sup> V. ZENO ZENCOVICH, *op. cit.*, p. 389 ss.

quest'ultima ben supportata dal fatto che bersagli preferiti di giudici e giurie restano le grandi imprese.

Proprio nel contesto della *law of torts* vanno sedimentandosi nel tempo e cristallizzandosi i concetti di danni punitivi ed esemplari, sebbene per molti autori le radici di tali istituti siano da ricondurre in un'epoca ben piú remota.

Storicamente l'origine di tale concetto non è pacifico, per alcuni autori si tratta di un'evoluzione delle cd. *actiones poenales* di matrice romanistica:<sup>31</sup> attraverso tali azioni, la cui funzione era essenzialmente punitiva e sanzionatoria, si mirava non tanto al risarcimento del danno quanto alla repressione di condotte penalmente rilevanti, non gravi, però, al punto da comportare una limitazione della libertà personale.

Questo in quanto nell'antica Roma solo i delitti che avevano come soggetto passivo lo Stato e il Re venivano puniti attraverso la carcerazione, mentre gli eventuali illeciti commessi tra privati avevano risvolti, solo ed esclusivamente, pecuniari, anche se poco definiti.

Le *actiones poenales* (*actio furti, iniuria, rapina* ecc.), in netta contrapposizione con quelle di natura reipersecutoria le quali puntavano a ripristinare il patrimonio del soggetto leso, avevano peculiarità assolutamente ibride che facevano confluire nello stesso momento profili civilistici e profili penalistici, questi ultimi rivelati dalla moltiplicazione del valore dell'effettiva lesione, la cui comminazione aveva natura esclusivamente deterrente.

La profonda commistione tra diritto civile e diritto penale, che una simile proiezione di *actiones* presentava, mutò i suoi connotati solo in sèguito alla rilettura che il sistema medioevale ha riservato, senza apparenti motivazioni, alla *actio legis aquiliae* nella sua

---

<sup>31</sup> *Ex multis* P. GALLO, *Le pene private*, Milano, 1999.



portata di azione di danneggiamento e che prevedeva la sola liquidazione di un danno *in simplum*<sup>32</sup>.

A quanti sposano l'orientamento appena citato, facendo leva su una curiosa somiglianza sistematica tra impostazione romanistica e dell'antica *common law* sanzionatoria, si contrappongono quanti, invero piú insistenti, ravvedono il sorgere dei danni punitivi in una fase addirittura anteriore a quella della civiltà romana e riconducibili già ai tempi dei Babilonesi e del Codice di Hammurabi<sup>33</sup>. Il concetto di danno punitivo era familiare anche alle civiltà elleniche e, per giunta, sembrano presenti talune tipologie di sanzioni pecuniarie anche nella versione originaria della *Torah* ebraica e nella legge mosaica, in cui le fattispecie per le quali venivano comminate erano legate all'adulterio, all'usura e al furto.

Ciò che, a ben vedere, appare certo è che l'effettiva evoluzione del concetto di *punitive damages* deve il suo maggior tributo alla giurisprudenza e dottrina dell'Inghilterra della

---

<sup>32</sup> Cfr. P. GALLO che sostiene "Le ragioni della prevalenza assunta dall'*actio legis aquiliae* non sono del tutto chiare; probabilmente essa, comportando una condanna esclusivamente *in simplum*, era quella che maggiormente pareva conformare ai nuovi dettami di giustizia commutativa che gradualmente dovevano informare di sé l'intero settore del diritto delle obbligazioni. Sta di fatto che la progressiva ascesa dell'*actio legis aquiliae* contribuiva a depurare in misura crescente la responsabilità civile dalle precedenti commistioni con l'idea di sanzione e di pena", in *Le pene private*, Milano, 1999, p. 41 s.

<sup>33</sup> J. Y. GOTANDA, *Punitive damages: a comparative analysis* in *Columbia J. Trans. Law*, 2004, p. 4 ss.; Cfr. D. G. OWEN "Such damages were provided for in Babylonian law nearly 4.000 years ago in the Code of Hammurabi, the earliest known legal code. These damages were also recognized in the Hittite Laws of about 1400 B.C., the Hebrew Covenant Code of Mosaic Law dating back to about 1200 B.C., and the Hindu Code of Manu of about 200 B.C." in *A punitive damages overview: functions, problem and reform* in *Villanova Law Rev.*, 1994, p. 363; D. F. PARTLETT, *Punitive damages: legal hot zones* in *Lou. L. Rev.*, 1996, p. 781 ss.; T. J. SULLIVAN, *Punitive damages in the law of contract: the reality and the illusion of legal change* in *Minnesota L. Rev.*, 1977, p. 207 ss.

seconda metà del 1800 che, per la prima volta, definisce in una controversia la liquidazione imposta come un danno esemplare<sup>34</sup>.

## **2. LA NASCITA DEI DANNI PUNITIVI: *UNITED KINGDOM*.**

Patria natia dei *punitive damages* come ancora oggi esistenti, in particolar modo negli Stati Uniti, fu il Regno Unito nella seconda metà del XIX secolo. Le prime due ipotesi di danno punitivo vengono, dalla giurisprudenza inglese, ricondotte a due *cases*, entrambi del 1873, *Wilkes v. Wood*<sup>35</sup> e *Huckle v. Money*<sup>36</sup>, periodo nel quale la diffusione di un opuscolo di critica nei confronti del sovrano aveva sollecitato l'indignazione di quest'ultimo.

Il primo caso aveva ad oggetto la liquidazione dei danni conseguenti all'illecita perquisizione della casa editrice di proprietà di un privato, accusato di aver posto in stampa il "*North Brixton*", libricino considerato estremamente offensivo nei confronti del regnante dell'epoca, Giorgio III, criticato con grande fervore in seguito ad un Discorso tenuto in Parlamento. L'indignazione del Sovrano che scaturì dalle numerose pubblicazioni di scritti anonimi fu la ragione alla base dell'emanazione di un decreto di arresto generale.

Il secondo caso, invece, prese le mosse da un'illegale incarcerazione a discapito di colui che fu ritenuto responsabile della diffusione del medesimo (rispetto al *case* precedente) opuscolo

---

<sup>34</sup> R. C. AUSNESS, *Retribution and deterrence: the role of punitive damages in product liability litigation in Kentucky L. J.*, 1985, pg. 2 ss.; D. F. PARTLETT, *Punitive damages: legal hot zones in Lou. L. R.*, 1996, p. 786 ss.; S. M. SANDERS, *Uncle Sam and the partitioning Punitive problem: a federal split recovery statute or a federal tax in Pepperdine Law Rev.*, 2013, p. 790 s.; J. M. LEVENTHAL E T. A. DICKERSON, *Article: punitive damages: public wrong or egregious conduct in Albany Law Rev.*, 2012, p. 961 ss; A. J. SEBOK, *Symposium: private law, punishment and disgorgement: what did punitive damages do? Why misunderstanding the history of punitive damages matters today in Chicago- Kent. Rev.*, 2003, p. 163 ss.

<sup>35</sup> 95 E.R. 768 (KB 1763).

<sup>36</sup> 98 E.R. 489 (KB 1763).

“*North Brixton*”: la condanna al risarcimento del danno (definito in tale occasione *exemplary*), in capo all’agente che aveva effettuato l’arresto, aveva come presupposto l’oltraggioso comportamento di quest’ultimo. Si agì, quindi, in *trespass per false imprisonment*, ponendo in evidenza la netta distinzione tra danno compensativo e danno esemplare.

Diversa ragione era posta alla base dell’episodio *Tullidge v. Wade*<sup>37</sup> che nel 1769, qualche anno dopo, stabilì il risarcimento in forma punitiva a favore del padre di una ragazza rimasta incinta (in conseguenza ad un rapporto extraconiugale). Con tale controversia si palesa, ancora una volta, quanto la liquidazione del danno in simili ipotesi non fosse riconducibile ad una logica meramente rispristinativa, bensì complessivamente deterrente. A conferma di quanto appena detto giova richiamare l’*opinion* tenuta da *Chief Justice Wilmot*, dalla quale si evince che il *quantum* del risarcimento assume una funzione esemplare per la collettività.<sup>38</sup>

Da quanto sinora affermato emerge che l’ampio ventaglio di applicazione di tali forme di risarcimento era implicitamente dovuta alla mancanza di una regolamentazione più o meno lineare finalizzata a raccogliere e rendere unitarie le varie ipotesi di *punitive damages*, disciplina armoniosa che si avrà solo nell’ Inghilterra del XIX secolo<sup>39</sup>, momento nel quale, però, ad una florida fase ricognitiva e speculativa, corrisponde una letteratura altrettanto copiosa che si interroga sull’effettiva *ratio* e funzione dell’istituto in esame.

Due gli orientamenti preminenti: a quanti riconducevano l’essenza e la nascita del danno punitivo alla sussistenza della giuria nel processo inglese, si contrapponevano altri che

---

<sup>37</sup> 95 E R. 909 (KB 1769).

<sup>38</sup> Come correttamente ripreso da T. J. SULLIVAN “*Action of this sort are brought for example’s sake; and although the plaintiff’s loss in this case may not really amount to the value of twenty shillings, yet the jury have done right in giving liberal damages... if much greater damages had been given, we should not have been dissatisfied therewith; the plaintiff having received this insult in his own house..*” in *op.cit.*, p. 213.

<sup>39</sup> Il *casus* che per primo sembra delineare una vera e propria disciplina è *Merest v. Harvey* -128 E.R. 761(C.P. 1814) - in materia di *trespass to land*.

collegavano la diffusione di tale istituto alla mancanza di un risarcimento del danno morale (o meglio del danno da lesione dell'onore e della reputazione), sostanzialmente legata al fatto che, in quell'epoca, era piú pregnante la tutela della proprietà che quella della persona umana<sup>40</sup>.

A sostegno della prima di tali impostazioni non si può, certamente, ignorare l'evoluzione della giuria nel processo inglese, le cui origini sono risalenti e ben precedenti a quelle del concetto di danno punitivo: nell'ambito delle riforme del processo attuate da Enrico II fondamentale valore assume l'istituzione della cd. Grande Assise che, nel 1179, attribuiva al soggetto, che sosteneva di aver subito un sopruso, la facoltà di scegliere tra il primordiale *iter* del duello, al termine del quale il solo sopravvissuto (nonché reale avente diritto secondo il "Giudizio di Dio") risultava vincitore della controversia, e la cd. *recognitio*, l'istituzione di un consesso di 12 giurati, abitanti del luogo e nominati da 4 cavalieri della contea.

Primo e larvale esempio di *jury*, tale organo permetteva di sedare la contesa attraverso l'ausilio di dodici dichiarazioni formali, (una per ogni giurato, preposto a prestare giuramento) riguardanti il diritto posto al centro della controversia<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> Cfr. in tal senso V. E. SCHWARTZ E M. A. BEHRENS, *Punitive damages reform- state legislatures can and should meet challenge issued by the supreme court of the United State in Haslip* in The American Univ. Law Rev., 1993, pg. 1369, in cui gli autori sostengono "*Punitive damages were developed in the English common law to serve as an auxiliary, or 'helper', to the criminal law system, which in eighteenth- century England punished propriety rights infractions more several than personal rights infractions*".

<sup>41</sup> Tale impostazione era il culmine di una manovra politico-sociale ben ponderata da parte del sovrano. L'idea, infatti, per i cittadini di esser giudicati da co-abitanti insinuava la percezione nei sudditi di essere parti attrici della sicurezza e dell'ordine sociale della comunità.

L'esplicazione di tale *ratio* si rivela fondamentale al fine di comprendere la diffusione della giuria, che fin dal 1166 era presente nel settore penale, all'interno del quale, grazie all' *Assise di Clarendon*, fu istituita attraverso la stabile creazione della cd. *Jury of presentment*, il cui compito era quello di segnalare ai giudici centrali una approssimativa lista di indiziati, colti in flagranza di reato. Su tale falsa riga, qualche anno dopo, verrà data vita ad un *Gran Giuri* composto da 24 persone per contea, a cui veniva attribuito il ruolo di propulsione dell'azione

Sarà solo nel secolo successivo, però, che la giuria mutando veste, diviene sempre più simile a quella che tutt'oggi esiste: il gruppo di dodici *recognitores* da parti coinvolte nel giudizio, deputate a prestare giuramento, divengono soggetti terzi e neutrali, ausiliari del giudice togato e destinati a valutare le prove nella fase dibattimentale.

Il consolidamento del *trial by jury* richiedeva la necessaria e netta distinzione tra la questione di fatto (*iussue of fact*), oggetto di valutazione dei giurati, da quella di diritto, ancora oggi, ad esclusivo appannaggio del giudice, organo statale.

Il filo conduttore che pone in relazione, secondo la prima delle due impostazioni illustrate, la *jury* e il concetto di danno punitivo è rappresentato dalla assoluta libertà e autonomia riservata alla giuria nella quantificazione del risarcimento del danno.<sup>42</sup>

Unico limite era, eventualmente, rappresentato dall'esperimento del *writ of attaint*<sup>43</sup> che attribuiva alla parte lesa (dallo smisurato risarcimento danni) la possibilità di sollevare un giudizio avente ad oggetto la falsità del verdetto emesso dalla giuria.

---

penale. Leggermente diverso, invece, il ruolo riservato al *petty jury*, composto da 12 abitanti del luogo considerati idonei a prender parte ad un'azione penale, già iniziata. Cfr. In tal senso A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, Milano, 1982.

<sup>42</sup> “La determinazione del danno risarcibile era affidata alla giuria che svolgeva funzioni investigative sia strettamente giudiziarie. Inoltre i giurati erano scelti per la loro conoscenza delle parti e dei fatti oggetto del processo. Per queste ragioni le Corti di Appello rifiutavano di modificare i verdetti delle giurie, anche quando i danni concessi erano notevolmente superiori ai danni compensativi. Il potere della giuria risultava, quindi, discrezionale e quasi senza limiti”. Cfr. in tal senso F. BENATTI, *Correggere e punire dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, Milano, 2008.

<sup>43</sup> Il sistema dei *Writs*, anch'esso molto antico, viene ricondotto ad un sistema che prevedeva un ordine del Re che rivolgeva a coloro i quali gestivano delle Corti distrettuali o baronali (rispettivamente *Sheriff* e *Lord*), ingiungendo loro di occuparsi di una questione in corso, da risolvere secondo giustizia.

Il *writ* veniva richiesto, dietro corrispettivo da destinare alla tesoreria della Corona, dalla parte che ritenendosi lesa coinvolgeva il Sovrano sostenendo di non aver avuto giustizia nella fase incardinata presso una Corte

Esso era esperibile solo qualora fosse certa la non veridicità dell'esito del consesso e comportava conseguenze molto gravi<sup>44</sup> per coloro i quali avevano preso parte al giudizio come *recognitores*. Tale verifica veniva effettuata da un'altra giuria nominata dal Re che riconsiderava il *case* e condannava anche i singoli giurati in caso di verdetto iniquo.

Come lo stesso T. J. Sullivan affermava “*The writ of attain was the first and, for a time, a most effective means of setting aside an erroneous verdict and punishing the members of a jury which had rendered a false verdict. The origin of attain is obscure, but it is reasonably certain that attain became available for an improper assessment of the damages as early as 1275. In particular cases, attain offered the defendant some protection against a runaway jury infirmities. In the procedural incidents of attain, however, made it an unluckly vehicle for the creation of rational damage rule structure. First, the jury of attain was an ad hoc body. Its impermanence made it unluckly that any consistent rules of damage law would emerge from its deliberations. Second as long as the petty jury riteined a vestige of its witnessing functions, the jury of attain was forbidden to consider any evidence not before the petty jury was work it was reviewing*”.<sup>45</sup>

Ciò che si evince è il sotteso scopo di attribuire agli stessi cittadini il potere di vagliare la correttezza dell'azione giudiziaria, nello specifico, e del controllo della sicurezza sociale, sotto un profilo più generale: in tale ottica si spiega il senso della convocazione di altri giurati che, insinuandosi nella decisione dei predecessori, ne verificassero l'*iter* logico e, consequenzialmente, il risultato finale. Il tutto anche nel frangente in cui la *jury* cambiava e le sue funzioni e i suoi connotati.<sup>46</sup>

---

locale, in tal modo la controversia veniva sollevata dinanzi alla Corte centrale. Cfr. A. CAVANNA, *op. cit.*, p. 501 s.

<sup>44</sup> Cfr. F. BENATTI, *op. cit.*

<sup>45</sup> Cfr. T. J. SULLIVAN, *op. cit.*, p. 210.

<sup>46</sup> Cfr. “*It will appear that the new trial is the logical successor of the attain and was induced not by an inadequacy in the attainting remedy, but by a gradual change in the function of the jury. This change was a*

Come accennato, però, per nulla pacifica è l'origine del concetto di danno punitivo, anzi: a quanti ne ravvedevano il presupposto nel sorgere ed nel consolidarsi della giuria nel giudizio inglese si contrapponeva la valutazione di quanti, invece, riconducevano il concetto di *exemplary damages* alla necessità di risarcire il *moral harm*, ossia il danno e la lesione della sfera personale del soggetto leso dalla condotta nociva.

Tale impostazione merita particolare attenzione, soprattutto in virtù del fatto che il riconoscimento ed il consequenziale ripristino della lesione della personalità, dell'onore e degli *intangible harms*, nella dinamica processuale anglosassone, si è affermata solo recentemente<sup>47</sup>, lasciando, effettivamente, a carico del danneggiato tutte le violazioni e molestie che a quest'ultimo venivano arrecate<sup>48</sup>.

In tale ottica venivano, allora, spiegate le condanne a risarcimenti ultra compensativi che avevano come *ratio* quella di andare a colmare i danni non economici (*non pecuniary losses*),

---

*progression from the original idea that the twelve men who assist the court in arriving at facts, are witnesses and only the witnesses of the facts to the later conception that a jury is a body who perform the judicial function of hearing the evidence in open court, and from the evidence, make up a verdict by applying the law to the evidence as it has been given."* in ZANE, *The attaint I in Michigan L. Rev.*, 1916, p. 1.

<sup>47</sup> Cfr. in tal senso I. MASSARI, *Spunti problematici sull'overlapping tra tort e contract nell'esperienza inglese* in *Riv. Dir. Civ.*, 1999, I, p. 513 ss, l'autrice pone in evidenza che il risarcimento psicologico come profilo del danno fisico inizia ad assumere valore autonomo solo agli albori del XX secolo. Fino a quel momento, infatti, i *pecuniary losses* erano intese quelle perdite che fossero riconducibili ad una materialità evidente, che ovviamente mancava nel caso di danno psicologico. Molteplici le elaborazioni della giurisprudenza che ancora oggi fatica, nel mondo di *common law*, a risarcire il pregiudizio mentale, e ricorre a parametri come quello dello *nervous shock*, nel senso di evento traumatico da cui la sofferenza scaturisce. Ed, inoltre, ancora differenzia tra vittime primarie e vittime secondarie, questi ultimi soggetti che subiscono un pregiudizio solo riflesso e dunque la cui risarcibilità va verificata, non essendo automatica. Cfr. In tal senso anche G. VILLA, *Il tort of negligence nel sistema inglese dei fatti illeciti* in *Contr. impr.*, 2011, I, p. 263 ss.; S. BANAKAS, *Il risarcimento del danno alla persona nel diritto inglese oggi* in *Danno resp.*, 1998, IV, p. 312 ss.

<sup>48</sup> G. BROGGINI, *Compatibilità di sentenze statunitensi di condanna al risarcimento di "punitive damages" con il diritto europeo della responsabilità civile* in *Eur. Dir. Priv.*, 1999, p. 489.

e tutte quelle perdite che puntavano a ripristinare un equilibrio non prettamente materiale, ma che colpivano il soggetto leso nella sua persona.

Fin dalle origini, i danni non pecuniari vennero suddivisi in due principali voci: a) *pain and suffering*<sup>49</sup>; b) *loss of amenity*<sup>50</sup>. Definizioni significative per comprendere la vastità della materia e la spinta classificatoria degli autori, che sembra riconducibile alla più recente distinzione della nostra Corte di Cassazione tra danno morale e danno esistenziale e, dunque, patema e sofferenza interiore da un lato e metamorfosi dello stile di vita e delle capacità di svolgimento delle attività quotidiane dall'altro.

E sposando tale impostazione, trovano logica giustificazione le varie prese di posizione della giurisprudenza in merito alla liquidazione del danno esemplare in occasione di seduzione pre-matrimoniale ai danni di giovani ragazze, il cui risarcimento era appannaggio dei padri, soggetti, appunto, lesi nell'onore e nella reputazione<sup>51</sup>.

Benché la disciplina fosse collocabile all'interno dell'inadempimento contrattuale, la particolare natura degli interessi posti alla base del *breach of contract to marry* apparivano da soli idonei a fungere da eccezione necessaria: la rottura della promessa matrimoniale,

---

<sup>49</sup> Secondo quanto espresso nel *Consultation paper* n. 140 de *The law commission*, avente ad oggetto *the damages for personal injury: non-pecuniary loss* in cui si legge “*The expression ‘pain and suffering’ is now a term of art. In so far as they can be distinguished, ‘pain’ means the physical hurt or discomfort attributable to the injury itself or consequent upon it. It thus includes the pain caused by any medical treatment which the plaintiff might have to undergo. ‘Suffering’ on the other hand denotes the mental or emotional distress which the plaintiff may feel as a consequence of the injury: anxiety, worry, fear, torment, embarrassment and the like. It is not, however, usual for judges to distinguish between the two elements*”.

<sup>50</sup> In relazione al *loss of amenity* viene invece affermato “*injuries may be such as to deprive plaintiffs of the capacity to do the things which before the accident they were able to enjoy, and to prevent full participation in the normal activities of life... Loss of amenity includes physical and social limitations inherent in the injury itself, but it extends also to the loss of special amenities which are peculiar to the particular plaintiff, such as no longer being able to engage in pre-accident hobbies or interests..*”

<sup>51</sup> Cfr. L. VANDER VELDE, *The legal ways of seduction* in *Stanford Law Rev.*, 1996, p. 817 ss.



infatti, coinvolgeva la donna in una forma di mortificazione e umiliazione tale che talvolta sfociava in una vera e propria rovina sociale.

Da qui l'esigenza di apprestare una tutela pregnante ad un danno che, benché difficilmente provabile, era certamente percepibile e assimilabile a quello arrecato in seguito ad un *tort of infliction of distress*, di natura assolutamente extracontrattuale<sup>52</sup>. Per molto tempo, inoltre, l'unico soggetto idoneo *to sue* (ad agire, cioè, in giudizio) era il genitore, non avendo la donna autonoma capacità processuale e autonoma posizione nell'ordinamento<sup>53</sup>.

Corposo era l'orientamento che ravvedeva nei danni esemplari una base per la compensazione del danno non patrimoniale<sup>54</sup>, o meglio morale, legato cioè all'ingiuria

---

<sup>52</sup> Cfr. In tal senso F. BENATTI, *op. cit.*, p. 219 e s.

<sup>53</sup> Cfr. L. VANDER VELDE, la quale afferma “*The doctrine of coverture did extinguishing married woman’s legal rights by assigning them to their husbands, and by marriage husbands did gain the right to protect their wives from the sexual predation of other man.. Until the midnineteenth century, single women had no effective pattern of direct right of action in tort for sexual injuries. This is one of the many reasons impelling nineteenth century women to the relative protection of marriage.*”, in *op. cit.*, p. 822.

<sup>54</sup> NOTE, *Exemplary damages in the law of torts in Harvard L. Rev.* 1957, p. 517 ss., in cui l’Autore sostiene “*The term ‘punitive’, ‘vindictive’, or ‘exemplary’ damages and ‘smart-money’ have been interchangeably applied to a class of money damages awarded in tort action beyond what is needed to ‘compensate’ the plaintiff for his injuries*”. Cfr., inoltre, M. WELLS, *A common lawyer’s perspective on the European perspective on punitive damages in Lou. Law Rev.*, 2010, p. 570; E. C. ELIOT, *Exemplary damages in American Law Reg.*, 1881, p. 570 e ss. Tale impostazione, a ben vedere, è ancora oggi cristallizzata rispetto alla valutazione dei *punitive damages* in ambito di diritto internazionale, si confronti in tal senso G. CARELLA, *I punitive damages e la riparazione del danno morale in diritto internazionale in Riv. Dir. Int.*, 1984, p. 751 ss., in cui l’autrice ripercorre le varie teorie sorte in relazione alla natura giuridica dei danni punitivi in ambito internazionale.

subita<sup>55</sup>, orientamento questo così granitico da esser stato tramandato anche alla giurisprudenza statunitense, ma severamente criticato da J. Sebok<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> T. COLBY, “*Just as frequently, however, the courts justified punitive damages as additional compensation for mental suffering, wounded dignity, and injured feeling- harms that were otherwise not legally compensable at common law. Thus, punitive damages were initially awarded exclusively in cases that involved insult to the honor and dignity of the victim, and their amount depended not only on the wealth of the defendant and the degree of wantonness exhibited by him, but also on the social status of the plaintiff and the degree of the insult that he suffered*” in *Beyond the multiple punishment problem: punitive damages as punishment for individual private wrong* in *Minnesota Law Rev.*, 2003, p. 615.

<sup>56</sup> Nella sentenza *Cooper Industries Inc. v. Leatherman Tool Group Inc.*, la Suprema Corte U.S.A. espone un excursus dettagliato sull’evoluzione del concetto di danno punitivo nella giurisprudenza inglese fin dagli albori della sua diffusione. In tale sede la prospettiva che delineava la funzione compensativa dei danni esemplari viene mostrata come l’unica idonea ad esplicarne la consistenza ontologica. Tale visione viene, però, fortemente contrariata da J. Sebok, il quale, in maniera altrettanto specifica, si impegna nel tracciare le peculiarità degli *exemplary damages* di matrice anglosassone. L’autore sostiene “*The idea that punitive damages once performed a compensatory function was based on two arguments, one historical and the other doctrinal. The historical argument looked to the statement found in nineteenth century opinions and treatises that say that the reason punitive damages were awarded in tort cases was to compensate for intangible injuries such as humiliation, sense of insult, and other forms of mental anguish. The doctrinal argument compared the set of compensatory damages available to a typical plaintiff in the nineteenth century to the expanded set available to a plaintiff today. It notes that the intangible injuries punitive damages addresses in the nineteenth century are compensable under contemporary categories of personal injury, such as emotional distress, loss of enjoyment of life and the like*”. L’autore continua sostenendo che il problema è racchiuso nel fatto che viene mal interpretata la distinzione di funzioni riservate al diritto privato e al diritto pubblico. Il dato dottrinale fa leva su quello storico ed è qui che si cela il “*mistake*”: solo attribuendo ad ogni settore la propria funzione si può giungere ad una corretta lettura del sistema. Cfr. A. J. SEBOK, *Symposium: private law, punishment, and disgorgement: what did punitive damages do? Why misunderstanding the history of punitive damages matters today* in *Chicago- Kent. Law Rev.*, 2003, p. 163 ss.

L'opinione quasi unanime, però, riconduceva il *non pecuniary loss* solo ad una fase primordiale dei *punitive damages*, ben presto incamminatisi su un sentiero che si inalbera nella direzione della deterrenza e punizione<sup>57</sup>.

La difficile individuazione dell'esatta natura e *ratio* sottesa all'istituto dei danni punitivi ancora interessa il dibattito della giurisprudenza inglese, anche se ciò che recentemente ha focalizzato tutta l'attenzione è l'ambito di applicazione degli *exemplary damages*, che a ben vedere, risulta ad oggi notevolmente ridotto.

A partire dal 1964, infatti, anno in cui fu emanata una sentenza a dir poco storica per il settore della responsabilità civile di *common law*, il campo di applicazione e la continua espansione, che fin dal XVIII secolo aveva contraddistinto il settore dei danni punitivi, subisce una brusca battuta d'arresto.

Con la sentenza *Rookes v. Barnard*<sup>58</sup> emanata dalla *House of Lords* l'aspetto della *tort law* sassone muta i suoi connotati e il concetto di danno punitivo vede restringere il suo ambito di applicazione. Il *case* in questione verteva su una controversia che aveva come protagonisti tre lavoratori ed il rispettivo sindacato, contro il quale proprio i tre soggetti, costretti a licenziarsi, delineano un'ipotesi di *tort of intimidation*.

La causa viene vinta dai lavoratori in primo grado, a favore dei quali furono liquidati tanto i danni compensativi che quelli punitivi, ma la vittoria durò poco vista la decisione della Corte

---

<sup>57</sup> Cfr. In tal senso quanto scritto da M. WELLS, che afferma “*We would call these ‘non pecuniary’ damages. In the eighteenth century courts began to review these awards... About the same time, courts recognized the notion of ‘pain and suffering’ as a means of compensating non-pecuniary injuries...But the case-by-case decision-making of the common law tends to result in a kind of compartmentalization... Pain and suffering followed one track, while punitive damages took another.*” in *op. cit.*, p. 571. Cfr., inoltre, L. M. BROMAN, *Punitive damages: an appeal for deterrence in Nebraska Law Rev.*, 1982, p. 652.

<sup>58</sup> A.C. 1129, (1964).

di Appello che, non riconoscendo alcuna lesione, riformava la sentenza negando qualsiasi responsabilità in capo al sindacato.

La controversia così giunge dinanzi alla *House of Lords* che, riconducendo un'ipotesi di *tort* alla condotta abusiva del sindacato, impone la instaurazione di nuovo processo, al fine di quantificare i danni spettanti ai singoli soggetti lesi.

Tale provvedimento assume una fondamentale funzione grazie alla *opinion* di *Lord Devil*<sup>59</sup> che delinea, in maniera a dir poco netta, i confini degli *exemplary damages*, restringendone l'applicazione solo a tre ipotesi: a) atto arbitrario, incostituzionale ed oppressivo da parte dello Stato, con l'evidente finalità di tutelare la parte privata, oggettivamente debole rispetto al potere superiore dello Stato<sup>60</sup>; b) profitto ponderato con mala fede e calcolato, punibile in maniera effettiva solo attraverso l'ausilio dei *punitive damages*, riconducibile non solo ai

---

<sup>59</sup> Richiamando l'*opinion* di *Lord Devil*, Gotanda spiega "To fall within the first category a case must meet two requirements. First: there needs to be an act that is oppressive, arbitrary or unconstitutional. In *Holden v. Chief Costable of Lancashire*, the Court of Appeal that these terms are to be read disjunctively and, as a result, it may be possible to fall within the first category even if the unconstitutional action was neither oppressive nor arbitrary. Second, the act must have been committed by one exercising government power". Cfr. J. Y. GOTANDA, *Punitive damages: a comparative analysis* in *Columbia J. Trans. Law*, 2004, p.12. Infine, non poco rilevante si presenta la distinzione che lo stesso *Lord Devil* propone tra danni *exemplary* e danni *aggravated*, solo i primi idonei a produrre un effetto punitivo nonché deterrente *pro futuro*, mentre i secondi si focalizzano sulla persona del danneggiato, ulteriormente offeso in conseguenza della gravità del comportamento dell'agente, che va a ledere l'onore e la dignità della vittima. ("Exemplary damages can properly be awarded whenever it is necessary to teach a wrongdoer that tort does not pay").

<sup>60</sup> "The first category is oppressive, arbitrary or unconstitutional action by the servants of the government. I should not extend this category,—I say this with particular reference to the facts of this case,—to oppressive action by private corporations or individuals. Where one man is more powerful than another, it is inevitable that he will try to use his power to gain his ends ; and if his power is much greater than the other's, he might perhaps be said to be using it oppressively." cfr. L'*opinion* di *Lord Devlin*, *Rookes v. Barnard*, A.C. 1129, (1964). Tale ultimo concetto assume grande pregnanza anche nello studio di un'altra sentenza, epilogo del caso *Cassell v. Broome*, in cui viene specificato che l'esercizio del pubblico potere riguarda l'ufficiale di governo, l'incaricato di polizia e qualunque altro ufficiale pubblico. Cfr. J. Y. GOTANDA, *op. cit.*, 13.

casi in cui la parte agisce conscia dell'illegittimità della sua condotta, ma anche quando vi sia una certa premeditazione in relazione alla consapevolezza che il guadagno sarà certamente superiore anche ad un eventuale risarcimento del danno compensativo<sup>61</sup>; c) le varie ipotesi previste per legge<sup>62</sup>.

La riscrittura della disciplina del risarcimento in forma punitiva ha comportato una notevole restrizione del campo di applicazione, involuzione questa che non si è fermata nel 1964, ma ha raggiunto il suo culmine nel 1993 con il caso *A B v. South West Water Services Ltd.*<sup>63</sup>

In tale *case* l'attore lamentava di essersi ammalato dopo aver ingerito dell'acqua contaminata eppure, in conseguenza del riconoscimento della responsabilità del convenuto, il *plaintiff* non si vedeva riconosciuti i danni punitivi: la ragione veniva nel provvedimento giustificata alla luce del fatto che, al fine di ottenere un risarcimento ultracompensativo, l'ipotesi non solo doveva rientrare nelle prime due categorie esplicate nella *Rookes v. Barnard*, ma doveva risultare già riconducibile alla categoria del *punitive damages* perchè liquidata, anche e già, prima del 1964. Prerogative queste non esaudite dalla fattispecie in esame, riconducibile ad un *tort of public nuisance*<sup>64</sup>.

---

<sup>61</sup> “Cases in the second category are those in which the Defendant's conduct has been calculated by him to make a profit for himself which may well exceed the compensation payable to the plaintiff.” ancora cfr. L'opinion di Lord Devlin, *Rookes v. Barnard*, A.C. 1129, (1964).

<sup>62</sup> A tale ultima categoria sono riconducibili le fattispecie individuate nel *Reserve Auxiliary Force Act* del 1951; *Copyright Design e Patent Act* del 1988.

<sup>63</sup> 1 All. E.R. 609 (1993)

<sup>64</sup> Alla luce delle varie riletture dell'istituto in esame limitate sono le categorie, dopo la sentenza del 1993, risarcibili con danni esemplari, nella prima categoria solo le fattispecie dei *torts* riguardanti *malicious, false imprisonment, assault e battery*. Per quanto, invece, riguarda la seconda categoria prevista nel 1964 limita l'azione ai casi di *defamation, trespass to land, tortious interference with business*. Venivano, quindi, escluse le ipotesi di *negligence, public nuisance, deceit e patent infringement* e le varie forme di discriminazione su base razziale e di *gender*.

Il difficile confine da tracciare per delineare gli *exemplary damages* ha sortito anche l'interesse di una serie di giuristi che in una duplice occasione hanno tentato di disciplinare le singole fattispecie in maniera organica: due, infatti, furono le proposte di riforme sia nel 1995 che nel 1997, ma mai portate a conclusione.

L'evoluzione dell'*iter* del risarcimento del danno incontra un nuovo svincolo nel 2001, quando con la sentenza *Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary* vengono posti in discussione i principi cristallizzati nel provvedimento del 1993, donando nuova linfa all'istituto. La *House of Lords*, infatti, ripensa a quanto stabilito nella sentenza del 1993, eliminando lo sbarramento che, per accedere ad un risarcimento esemplare e punitivo, richiedeva la prioritaria sussistenza del *torts* nella categoria dei *cases* precedenti alla sentenza del 1964.

La disciplina resta comunque ristretta: è finita l'epoca in cui il danno punitivo rappresentava l'emblema dell'autonomia della giuria e la sua comminazione deve sempre far i conti con una serie di prerogative, dalla necessità che il soggetto (*plaintiff*) sia vittima diretta del danno, alla verifica dell'inidoneità di un risarcimento ordinario<sup>65</sup>.

Ciò che emerge con fermezza sono, dunque, le altalenanti vicende che hanno segnato l'istituto dei *punitive damages*, oggi limitati nell'Inghilterra moderna solo alle ipotesi in cui

---

<sup>65</sup> Cfr. J. Y. GOTANDA "Six limitation restrict the availability of punitive damages in England. The first is the 'if, but only if,' test. A court can award punitive damages only if compensatory damages are inadequate to punish the defendant, deter other, and mark the court's disapproval of such conduct. Second, the plaintiff must be victim of the defendant's punishable behavior. Third, punitive damages may not be appropriate if the defendant has already been punished for the wrongful conduct. The principle is based on the rationale that one should not be punished twice for the same conduct. Fourth, the existence of multiple plaintiffs may limit the availability of punitive damages. The reason for this limitation are that a court may be unable to apportion an award when not all of the plaintiffs are known or are before the court, or when not all of the plaintiffs may have been subjected to the alleged oppressive, arbitrary or unconstitutional behavior. Fifth, punitive damages may not be justified when the defendant has acted in good faith. Sixth, if the plaintiff caused or contributed to the behavior complained of, that may preclude an award punitive damages" in *op. cit.*, p. 12.

il *plaintiff* lamenti lesioni a diritti fondamentali e costituzionalmente rilevanti, ad ogni modo, sempre ben valutati nella loro dimensione economica<sup>66</sup>.

Un orizzonte parecchio ristretto rispetto a quello che un paio di secoli fa si spiegava dinanzi agli occhi dei giuristi inglesi, panorama che, però, sopravvive nei paesi che a lungo sono stati dominati dalla Corona inglese, quelli appartenenti all'*ex Commonwealth* per intenderci, e si espande con grande velocità nell'altro versante della *common law*, quello degli Stati Uniti d'America.

### **3. CENNI DI DIRITTO COMPARATO: I PAESI DELL'*EX COMMONWEALTH*.**

Nel delineare una precisa evoluzione storica del concetto di danno punitivo non può non farsi un cenno a tutte quelle realtà che, avendo vissuto sotto una dominazione anglosassone, hanno

---

<sup>66</sup> Cfr. F. BENATTI, *Correggere e punire dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, Milano, 2008; e ancora J. Y. GOTANDA, *op. cit.* Tale profilo ha assunto una duplice rilevante valenza, da un lato, infatti, ha comportato un effetto deflattivo del ricorso ai *punitive damages*, in linea con l'intento tanto della giurisprudenza che della dottrina inglese, poco favorevole all'ampliamento della categoria e della diffusione di tali danni, dal *quantum* incondizionato. Dall'altro lato, ha spronato la giurisprudenza inglese ad assumere una posizione ben ponderata ed attenta, che ha legittimato la Corte d'Appello a ridurre, senza troppi ostacoli, l'importo della liquidazione del danno (potere questo riconosciuto fin dal 1990 con il *Court and Legal Service Act*). La vera svolta avviene, però, solo con il provvedimento *Thompson v. Commissioner of Police for Metropolis*, in cui per la prima volta vengono indicati i criteri a cui la giuria deve attenersi, specificando la legittimità degli *exemplary damages* e *punitive damages* solo qualora il *quantum* degli stessi non superi di tre volte il valore del *basic damage*. Non pedissequamente seguita dalle sentenze emesse successivamente, tale indicazione resta un fondamentale esempio di quanto la logica punitiva si sia nell'ultimo secolo in Inghilterra assestata sul profilo dell'eccezionalità e non dell'ordinarietà. Tale impostazione, come si vedrà in maniera approfondita, sarà capovolta dall'idea statunitense di danno punitivo, la cui legittimazione trova forza tanto nell'istituto della giuria, quanto nei principi riconducibili alla teoria dell'analisi economica del diritto di Coaseiana memoria.

subito un vero e proprio trapianto del contesto giuridico, comprensivo anche del concetto di danno punitivo.

L'evoluzione, però, dell'istituto ha seguito una diversa direzione da quelli che si sono rivelati i limiti imposti dal mondo inglese.

Primo fra tutti gli ordinamenti a cui occorre far cenno è quello della Nuova Zelanda, fortemente influenzato dal contesto inglese, ma che però sembra prendere le distanze proprio quando nel Regno Unito la sentenza del 1964 *Rookes v. Barnard*, impone severe restrizioni alla disciplina dei *punitive damages*<sup>67</sup>.

La comminazione dei danni punitivi nella Nuova Zelanda segue una logica di deterrenza ed esemplare, gli stessi vengono, infatti, liquidati per insegnare a chi li commette che l'illecito non comporta profitti, né economici, né morali, ma anzi è un comportamento deprecabile<sup>68</sup>.

La quantificazione del risarcimento del danno, sembra in tale contesto essere concentrata e focalizzata sulla tipologia di oltraggio e comportamento disdicevole tenuto dal danneggiante, ed è solo a tale valore che il risarcimento deve essere commisurato e proporzionato<sup>69</sup>.

---

<sup>67</sup> Come precedentemente illustrato, infatti, è in tale occasione che il fenomeno dei *punitive damages* ravvede una riconsiderazione del suo ambito di applicazione notevole. La preliminare tipicità che delinea la disciplina dei *torts*, deve far i conti anche con una restrizione individuata a livello giurisprudenziale. In tale provvedimento la *House of Lords* d'Inghilterra, infatti limita l'applicazione dei danni esemplari solo alle ipotesi in cui vi sia un abuso da parte dello Stato, un profitto ponderato in mala fede e nelle altre ipotesi espressamente disciplinate da leggi speciali.

<sup>68</sup> Cfr. In tal senso J. Y. GOTANDA, *ult. Op. cit.*, 5 ss., in cui l'Autore con eleganza spiega che le Corti solitamente impongono tale particolare forma di risarcimento ultracompensativo nei casi in cui vi sia stata una condotta particolarmente oltraggiosa del convenuto, o comunque, qualora quest'ultimo non si sia per nulla posto il problema di andare a ledere la sfera giuridica ed i diritti altrui.

<sup>69</sup> Sei sono i fattori a cui le Corti di rifanno per quantificare il danno e sono ben illustrate da J. Y. GOTANDA, il quale le classifica così “ *to determine the size of punitive damages awards, courts consider six factors: 1. the gravity of the defendant's misconduct; 2. the principle that the awards must be modest in size; 3. the windfall*



Nel territorio della Nuova Zelanda fondamentale svincolo legislativo è stato rappresentato dall'*Accident Compensation Act* del 1974, modificato nel 1982, che riguardava una forma di risarcimento del danno a prescindere dalla colpa per le ipotesi di *personal injury by accident*, finanziato da un fondo statale, che, dunque, restringeva notevolmente le ipotesi in cui poteva essere esperita un'ordinaria azione risarcitoria, per favorire il soggetto leso senza sovraccaricarlo dei costi processuali<sup>70</sup>.

Breve fu, però, la originaria applicazione di tale *Accident Compensation Act* che nel 1982 fu richiamato in una sentenza della Corte d'Appello<sup>71</sup>, con questa solo i *compensatory damages* erano disciplinati dall'*Act* in questione, mentre altro genere di regole seguivano gli *exemplary damages* e la loro quantificazione.

Sede principale di tali *damages* erano sia la tutela della proprietà e sia la disciplina dell'illecito per diffamazione,<sup>72</sup> assolutamente escluse sono le ipotesi di *breach of contract* e inadempimento contrattuale di ogni genere.

---

*to the plaintiff; 4. the defendant's resources; 5. the injury or loss to the plaintiff and 6. the prior punishment of the defendant.*" in *op. cit.*, p. 26.

<sup>70</sup> Così F. BENATTI, la quale pone in evidenza che un simile meccanismo andava a restringere sia il *quantum* che l'*an* del risarcimento punitivo. Forma di danno ultracompensativo che lambisce poche ipotesi di *negligence*, individuate solo in quelle in cui la condotta è talmente grave da esser accostata a quella di stampo volontario.

<sup>71</sup> Il caso in questione è *Donselaar v. Donselaar*, 1982, ed in tale occasione la Corte nel provvedimento finale limitava l'applicazione di tale *Act* solo alla comminazione dei *compensatory damages* lasciando fuori le varie forme e fattispecie di danni punitivi.

<sup>72</sup> Nello specifico va posto in evidenza che l'applicazione dei danni esemplari non trova spazio nelle controversie aventi ad oggetto la *negligence*, questo in quanto la natura del comportamento del danneggiante deve essere commissivo ma soprattutto retto da una corposa dose di malizia e dolo. Ciò in ragione dello scopo che in tale ordinamento l'istituto dei *punitive damages* cerca di perseguire che, a differenza del contesto inglese, ma soprattutto americano, ha come fine ultimo la punizione del soggetto agente. Inoltre, eccezione va segnalata in merito alla *medical malpractice*, egregiamente analizzata da S. Todd, il quale afferma in relazione alle liquidazioni punitive del danno "*the option of a claim for exemplary damages remains. In A v. Bottrill [(2003) 1 AC 449 (PC)] the Privy Council upheld the availability of exemplary damages in a bad case of medical*

Il profilo della quantificazione assume un significato particolare nella disciplina della Nuova Zelanda: il procedimento di liquidazione del danno è infatti condotto dal giudice, in tal ordinamento, e non dalla giuria, come avviene negli altri paesi di origine anglosassone, ma soprattutto negli *States*. Ecco perché i *quantum* sono notevolmente bassi, in quanto stabiliti da operatori del settore<sup>73</sup>.

Va, ad ogni modo, sottolineato che al termine delle operazioni di calcolo e delle liquidazioni del risarcimento la misura dei danni punitivi in Nuova Zelanda resta sempre una delle più inferiori, rispetto ovviamente agli ordinamenti che contemplano tali forme di *damages* ultracompensativi.

Diversa è, invece, l'evoluzione dei *punitive damages* nell'ordinamento australiano, che benché anch'esso di matrice anglosassone e fortemente condizionato dalla evoluzione della *common law*, prende le distanze dopo il provvedimento *Rookes v. Barnard* del 1964, non con una disciplina settoriale, ma con un precedente del 1966.

In tale anno, con il case *Uren v. John Fairfax & Sons Pty*,<sup>74</sup> l'Australia traccia un netto confine con il mondo inglese fino a quel momento in grado di condizionarne ed influenzarne le sorti:

---

*negligence, but the decision was overruled in Couch v. Attorney-General, [(2010) 3 NZLR 149 (SC)] where the Supreme Court required that there be advertent or reckless wrongdoing. The test is likely to be difficult to satisfy, certainly in a medical context.”* In S. TODD, *Treatment Injury in New Zealand in Chicago-Kent. Law Rev.*, 2011, p. 1210.

<sup>73</sup> Secondo Gotanda oltre alla funzione di quantificare che viene attribuita all'organi giudicante vi sono anche altre due ragioni a supporto della decisione delle Corti riconducibile alla funzione principale che in New Zealand è quella di *deterrence*, di punire il *wrongdoer*, l'agente per intenderci; ma soprattutto la necessità che i danni siano proporzionati: i danni *esemplary* devono essere comminati in proporzione rispetto a quelli liquidati come *compensatory*. Cfr. J. Y. GOTANDA, *op. cit.*, p. 26.

<sup>74</sup> (1966) 117 C.L.R. 118, 160.

i *punitive damages* hanno, in sede australiana, una *ratio* punitiva, peculiarità molto spiccata, che sembra renderli rimedi straordinari<sup>75</sup>.

Benchè il distacco sia stato netto con la dimensione anglosassone una delle regole di *Lord Devlin* ne ha permeato la consistenza, soprattutto sotto il profilo dell'*an* e del *quantum*. Il principio "*if, but only if*" ha rappresentato la principale caratteristica dei *punitive damages* australiani: verificare se il risarcimento del danno cd. compensativo fosse sufficiente ed, eventualmente, comminare anche quello punitivo in caso di esiguità del primo rappresenta uno dei presupposti per la assegnazione di somme stratosferiche.

Anche un secondo elemento, però, funge da necessario presupposto: la verifica della sussistenza di un giudizio penale in corso. L'Australia, infatti, è forse il solo ordinamento che ravvede nelle condanne punitive e nella condanna penale un'ipotesi di *bis in idem* sostanziale, contrario ovviamente ad ogni sorta di norma processuale<sup>76</sup>.

La natura palesemente ibrida va di pari passo con il criterio di quantificazione più presente che è rappresentato dalla condotta dell'agente e dalla sua gravità. Ciò ha comportato la possibilità per le Corti di secondo grado non solo di ridurre l'eventuale sanzione esemplare,

---

<sup>75</sup> Sostiene un Autore appartenente al sistema giuridico australiano a tal proposito "*Punitive damages, as we shall see, are a rarity. Thus, the Australian system contains none of the same incentives to sue as are observed in the United States.*" Cfr. M. TILBURY E H. LUNTZ, *Punitive Damages in Australian Law* in *Loy. L. A. Int. 'l & Comp. L. J.*, p. 772.

<sup>76</sup> Cfr. In tal senso quanto riportato da R. Mulheron "...where the criminal law has been brought to bear upon the wrongdoer, and substantial punishment inflicted (and in the majority's opinion, a term of imprisonment would seem always to be substantial), exemplary damages may not be awarded. The majority of the High Court clarified that this decision must be reached if the criminal punishment is inflicted for what is substantially the same conduct as the conduct which is the subject of the civil proceeding; it is not a matter for the court's discretion. Further, the imposition of substantial criminal punishment is a bar to the award for two reasons. First, the purposes of awarding exemplary damages - punishment and deterrence - have been wholly met; and second, considerations of double punishment would otherwise arise." In R. MULHERON, *The availability of exemplary damages in negligence* in *Mac. Law Rev.*, 2000, p. 72.

ma anche, ed in ipotesi note, di aumentare la liquidazione ultracompensativa, proprio in ragione di un maggiore disprezzo nei confronti della condotta da parte della comunità.

Altro elemento singolare, in relazione ai vari ordinamenti fino ad ora analizzati, rappresenta la libertà attribuita agli stati confederali di emanare settoriali provvedimenti in grado di limitare o estendere le ipotesi di applicazione dei *punitive damages*, lasciando ampio margine valutativo alle esigenze di ambiti più ristretti.<sup>77</sup>

A ben vedere, nella casistica di riferimento non vanno dimenticate le tre tipologie di *trespass* (*to land, to person e to chattled*), ma anche i ristori in seguito a *defamation e deceit*; ipotesi queste tutte allocabili nella disciplina dei *torts*, essendo severamente limitata a fattispecie extracontrattuali e mai contrattuali, salvo le varie ipotesi di *negligence*, che talvolta vengono considerate *border line* con il contesto contrattuale.

Un cenno merita, infine, prima di passare agli *States*, l'ordinamento del Canada, anch'esso in parte discendente della disciplina anglosassone più antica e che, come ogni paese di cultura *Commonwealth*, di buon grado ha recepito e permesso una singolare evoluzione dell'istituto del *punitive damages*.

Il profilo storico, inutile ribadirlo, appare sovrapponibile a quello inglese, la distinzione arriva a posteriori della sentenza *Rookes v. Barnard* del 1964, le restrizioni previste nel Regno Unito non furono ben apprese dal sistema canadese.

---

<sup>77</sup> Si pensi alle autonome discipline in merito sia in *New South Wales* e nello stato di *Victoria*, contesto quest'ultimo in cui un'altra particolarità merita di essere segnalata, l'esiguo ricorso all'istituto della giuria, limitato solo a sporadiche forme di giudizio. Cfr. a sostegno F. BENATTI, *Correggere e punire*, Milano, 2008; R. MULHERON, *op.cit.*; M. TILBURY e H. LUNTZ, *op. cit.*

Lo strumento in questione, infatti, in Canada assume una forte connotazione punitiva, deterrente e una forma di manifestazione della disapprovazione da parte della giuria, come portatrice del senso comune.<sup>78</sup>

La grande diffusione dell'istituto ha superato anche i confini netti di responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale, sussistendo una marginale ma pur sempre calcolabile quantità di casi in cui viene applicata anche a fattispecie di *breach of contract*, in particolar modo quando le ipotesi di matrice contrattuale vanno a sovrapporsi a fattispecie analoghe al *tort*.<sup>79</sup>

---

<sup>78</sup> In tal senso, sostiene Klar “...*typical Canadian punitive damages cases involve proof of sexual assault, incest, battery, intentional infliction of mental suffering, defamation, trespass, and deliberate unlawful conduct in business relations, such as fraud and intimidation. Such misconduct ‘offends the ordinary standards of morality or decent conduct in the community in such marked degree that censure by way of damages is ... warranted. Furthering the goal of punishment, courts have also held that punitive damages can only be awarded if the compensatory damages awarded are an insufficient punishment or deterrence.’ The legitimacy of awarding punitive damages in civil cases in order to punish defendants for morally reprehensible behavior is firmly embedded in Canadian law.*” La componente fortemente punitiva incontra una *ratio* compensativa che trova la sua ragione d’essere nell’incapacità, talvolta attribuita ai *compensatory damages*, di ripristinare la sfera patrimoniale del soggetto leso, ribadita anche nella celebre sentenza *Hill v. Church of Scientology* [114 D.L.R.4th 1, 149-50 (1994) (Ont. C.A.)]. Tale profilo compensativo è solo residuale, poiché la funzione principale resta quella di sanzione e deterrenza. Cfr. L. KLAR, *Punitive Damages in Canada: Smith v. MegaFood in Loy. L. A. ’l & Int. Comp. Law Rev.*, 1995, p. 813.

<sup>79</sup> Tale visione è fortemente sostenuta in dottrina, *ex multis*, B. Feldthusen, il quale afferma “*According to the Vorvis Court [Vorvis v. Insurance Corp. of B.C., (1989) 1 S.C.R. 1085 (Can.)], punitive damages are not available for breach of contract unless the conduct complained of constitutes an independently actionable wrong. In Canada, there is no common law doctrine of strict product liability or similar tortious warranty, and nothing in the facts supports an action in intentional tort*”, si tratta di quell’impostazione che anche negli States viene apprezzata nel secondo *Restatement of Contract*, in cui si ammette una liquidazione *punitive* solo laddove l’inadempimento contrattuale riprenda una condotta riconducibile anche ad un illecito civile. In B. FELDTUSEN, *Punitive damages in Canada: can the coffee be too hot in Loy. L. A. ’l & Int. Comp. Law Rev.*, 1995, pg. 800. Altro profilo differenziale con l’istituto applicato al contesto americano è rappresentato dalla

La grande diffusione di tale risarcimento non è solo ampia per ambito di applicazione ma anche per ragioni di quantificazione. Non sussistono, a ben vedere, ritrosie che invece si sono palesate negli ordinamenti australiani e neozelandesi, ma anzi in Canada i risarcimenti sono frequenti e, spesso, spropositati<sup>80</sup>.

Importante è anche il rapporto che intercorre tra disciplina penale e civile: l'eventuale precedente condanna in ambito penale non inibisce quella civilistica, non sussistendo alcuna

---

*product liability*, in tal senso va preso in considerazione quanto affermato da L. N. KLAR “*The one important and probably best-known area of divergence between Canadian and American tort law is in product liability. Due to the wide use of products which have been manufactured in either country by consumers of both countries, the fact that Canadian and American product liability laws differ can have enormous importance. At least theoretically, Canadian product liability law falls into negligence law, and American law is based on strict liability. Arguments to adopt strict product liability have so far not been accepted in Canada by Canadian judges.*” In *The Impact of U.S. Tort Law in Canada* in *Pepperdine Law Rev.*, 2011, p. 373.

<sup>80</sup> Ed, infatti, Y. J. Gotanda, analizzando in una prospettiva comparatistica i *punitive damages* focalizza la sua attenzione, nel contesto canadese, sul procedimento di istruzione che viene predisposto per i giurati di un processo, in grado di decidere le sorti della liquidazione del danno. Proprio la smisurata tendenza all'emanazione di verdetti a dir poco stellari ha indotto la Corte Suprema canadese ad individuare ben 11 punti da tenere in ferma considerazione al momento della quantificazione del risarcimento ultracompensativo. L'Autore riprende così il passaggio “*It then set forth eleven factors that juries should consider: (1) Punitive damages are very much the exception rather than the rule. (2) [Punitive damages are] imposed only if there has been high-handed, malicious, arbitrary or reprehensible misconduct that departs from the ordinary standard of decent behaviour. (3) Where they are awarded, punitive damages should be assessed is an amount reasonably proportionate to such factors as the harm caused, the degree of the misconduct, the relative vulnerability of the plaintiff and any advantage or profit gained by the defendant . . . (4) [A]ny other fines or penalties suffered by the defendant for the misconduct in question [should be taken into account]. (5) Punitive damages are generally given only where the misconduct would otherwise be unpunished or where other penalties are or are likely to be inadequate to achieve the objectives of retribution, deterrence and denunciation. (6) Their purpose is not to compensate the plaintiff . . . (7) [The purpose of punitive damages is] to give a defendant his or her just desert (retribution), to deter the defendant and others from similar misconduct in the future (deterrence), and to mark the community's collective condemnation (denunciation) of what has happened.*” In J. Y. GOTANDA, *op. cit.*, p. 45.

forma di *bis in idem*, sia processuale che sostanziale, ma appare incontrovertibile che l'eventuale condanna penale può comportare notevoli risvolti in ambito privato.<sup>81</sup>

Non sono rari i casi in cui un soggetto danneggiante, riconosciuto penalmente colpevole si è visto alzare il risarcimento del danno a suo carico in ragione di una funzione punitiva spiccata.

#### **4. I PUNITIVE DAMAGES NEGLI U.S.A.**

##### **4.1. PROFILO STORICO.**

La diffusione del concetto di *exemplary damages* è solo relativamente più recente negli stati d'oltreoceano: il primo *case* all'interno del quale tale istituto è venuto fuori con grande forza risale al 1784, *Genay v. Norris*<sup>82</sup>, sollevato in occasione di un'intossicazione dell'attore, che lamentava dolori lancinanti, a causa di un bicchiere di vino offertogli dal convenuto al quale fu addossato un danno esemplare non solo in ragione della gravità della colpa, ma soprattutto

---

<sup>81</sup> La questione sulla compatibilità della condanna civile con quella penale è oggi piuttosto pacifica, ma non lo era altrettanto fino a qualche decennio fa, si prenda in considerazione quanto scritto da Klar nel 1995, il quale sostiene a tal proposito “*This tension between punishment and compensation raises interesting questions and highlights punitive damages' ambiguity of purpose. For example, there is uncertainty as to whether defendants who already have been criminally punished should be immune from additional punishment through punitive damages. Moreover, some jurisdictions prohibit punitive damages awards in favor of a deceased victim's estate, although who brings the action is theoretically irrelevant in terms of punishing the defendant.*” In L. KLAR, *Punitive Damages in Canada: Smith v. MegaFood in Loy. L. A. Int. 'l & Comp. Law Rev.*, 1995, p. 815

<sup>82</sup> 1 S.C. 3, Bay 6 (1784)

in virtù della sua professione (gestore di un'osteria), che gli avrebbe dovuto consentire ampi margini di prevedibilità dell'evento<sup>83</sup>.

Il caso non resta isolato, ma già pochi anni dopo in occasione della controversia *Coryell v. Collbough* del 1791<sup>84</sup> l'istituto del danno punitivo viene nuovamente posto sotto i riflettori, stavolta, però, per una ragione che sembra tanto ricordare la disciplina contrattuale (più che quella extracontrattuale), in quanto conseguenza del *breach of contract to merry*, la cui singolare disciplina viene ad accostarsi a quella dei *torts*.

Il provvedimento storicamente più rilevante, nell'evoluzione statunitense, è rappresentato dal *case Day v. Woodworth* del 1851<sup>85</sup>, momento nel quale la giurisprudenza degli *United States* definisce i danni punitivi come “radicati” nell'ordinamento americano<sup>86</sup>.

Alla contraddittoria vita degli *exemplary damages* in Inghilterra, dunque, si contrappone un'evoluzione, senza dubbio, lineare ed in continua apertura ai danni punitivi negli Stati

---

<sup>83</sup> In realtà sembra che già dal 1817 in un *case* incardinato a New York si parlasse di “*smart-money*”. Di tale episodio narrano J. M. LEVENTHAL e T. A. DICKERSON, i quali sostengono “*As early as 1817, New York cases referred to extracompensatory damages as ‘smart-money’. This term referred to the manner in which courts awarded extra-compensatory damages as consideration in amends for the pain which [the victim] has unjustly suffered. In other words, courts awarded damages that did more compensate an injured party, because the defendant caused an injury that hurt or smarted. In this way, early smart money resembled the modern day concept of compensatory damages for pain and suffering*” in *Punitive damages: public wrong or egregious conduct?* In *Albany Law Rev.*, 2012, p. 961 ss.

<sup>84</sup> 1 N. Y. L. 77 (1791) in cui il giudice ravvede la natura del risarcimento nel “*for examples sake*”.

<sup>85</sup> 54 U.S. 363, 371 (1851).

<sup>86</sup> Cfr. M. OWEN, il quale afferma che la Suprema Corte Americana, nel suddetto caso, “*asserted, without citations (and with some exaggeration), that the doctrine was supported ‘by repeated judicial decision for more than a century’*. *By the early part of the century, all but five states provided generally for such award upon appropriate proof*” in *A punitive damages overview: function, problems and reform* in *Villanova Law Rev.* 1994, p. 369.



Uniti, la cui, però, ampiezza del territorio e varietà di *Courts* si è, da sempre, rivelata importante fattore idoneo ad incidere sull'unitarietà dell'istituto.

A ben vedere, infatti, quella fase di assestamento e di identificazione dell'istituto giuridico che ha caratterizzato l'evoluzione del primo secolo nell'Inghilterra del '700, non ha avuto modo di spiegarsi negli Stati Uniti, in cui i danni esemplari sono sempre stati considerati connaturati al sistema giuridico, parte, peraltro, essenziale dello stesso.

Ciò che, invece, ha destato perplessità -ed ancora oggi non sembra pacifico- è la funzione riconducibile al concetto di danno punitivo, diversamente atteggiato nei molteplici *States* che compongono la *common law* d'oltreoceano<sup>87</sup>.

L'evoluzione del concetto giuridico di danno punitivo è frutto di una continua tensione tra la funzione di deterrenza e di compensazione.

Poco battuto il sentiero che riconosce una funzione solo ed esclusivamente compensativa: a differenza di quanti in Inghilterra sostenevano la *ratio* di completamento del danno punitivo, unico idoneo ad alleviare la parte lesa dagli *intangibile harms*, questi ultimi esclusi dal risarcimento per *pecuniary losses*, negli *United States* la funzione del danno esemplare pare esser stata fin dall'origine quella deterrente e sanzionatoria.

L'evoluzione del concetto di danno punitivo appare, a ben vedere, diametralmente opposta a quella che meno di un secolo fa connotava gli *exemplary damages* di matrice anglosassone. L'apertura dell'ordinamento americano, che pare andar sempre più ampliandosi in relazione alla comminazioni di risarcimenti ultracompensativi, assume un sapore particolare, di

---

<sup>87</sup> La molteplicità degli stati che compongono il nord America, ma soprattutto la moltitudine di *act* legislativi e settoriali che li governano inibiscono una visione unitaria ed omogenea dei vari istituti che compongono il mondo giuridico di *common law*. L'autonomia a livello interno, solo parzialmente limitata da discipline di stampo federale, fa sì che il dialogo tra varie impostazioni sia fluente, anche nelle ipotesi in cui le differenze sia notevoli e eclatanti. Ciò avviene anche nel settore dei danni punitivi, che pacificamente utilizzati nella maggioranza degli *States* è in alcune realtà tacciato di incostituzionalità, come avviene nello stato del Nebraska.

deterrenza e punizione, termini questi che, benché apparentemente sinonimi, assumono valenze distinte.

Ciò che, però, va evidenziato è il percorso diverso seguito dalle due facce della stessa medaglia, riconducibile alla *common law*: certamente il ruolo della giuria, la cui progressione ha raggiunto epiloghi diversi e opposti in Usa e Uk. E, ancora, lo sviluppo di quella scuola di pensiero che prese le mosse, sul finire degli anni '60, proprio negli Stati Uniti e che aveva come finalità ultima verificare la sussistenza di un costruttivo dialogo tra economia e diritto e che solo con *Coase e Posner* vedrà la luce.

Infine, non va dimenticata la presenza di una Costituzione Statunitense scritta, a differenza di quanto avviene nell'Inghilterra moderna, Carta di principi ma anche grande rete di salvezza per tutti quei diritti che dalla stessa sono tutelati. *Discrimen* questo che non può passar inosservato, vista la recente problematica di compatibilità che proprio i danni punitivi hanno posto con alcuni degli emendamenti della Costituzione americana.

L'inversione di tendenza dei danni punitivi in Inghilterra, e la brusca frenata che la loro espansione ha subito, è la ragione per la quale tale indagine, che sorge dall'ordinamento delle Corti Inglesi del 1700, lascia ora l'isola europea per approdare al Nuovo continente, negli ultimi anni sede fondamentale, nonché principale, di sviluppo e moltiplicazione dei *punitive damages*.

Storicamente il dibattito sulla funzione dei *punitive damages* vide due esponenti di spicco, portavoce di pensieri distinti ed antitetici, al punto da interpretare lo scopo dei danni esemplari in maniera contrapposta.

Nel XIX secolo il panorama giuridico vide avvicinarsi due celebri studiosi, *S. Greenleaf*, noto professore e giurista, e *T. Sedgwick*, importante avvocato originario del *Connecticut*, i cui pensieri si scontrarono soprattutto in merito all'evoluzione della funzione dell'istituto dei *punitive damages*.

Il cattedratico *S. Greenleaf*, autore del celebre scritto *Treatise on the law of evidence*, era fermamente convinto che l'istituto giuridico degli *exemplary damages* andasse abolito avendo gli stessi perso la funzione originaria che era loro riservata dalla regolamentazione, anglosassone prima e statunitense poi, cioè il ripristino<sup>88</sup> della sfera patrimoniale del soggetto leso per gli *intangible harms*.

Originariamente, infatti, gli ordinamenti di *common law* non presentavano altra disciplina risarcitoria che non fosse quella dei *compensatory damages*, in cui non rientravano forme di ripristino di lesioni che non fossero meramente patrimoniali.

Secondo quanto affermato da *S. Greenleaf*, invero, nell'elaborazione statunitense vi era stato un errore di interpretazione che aveva comportato uno slittamento immotivato di *ratio* sottesa alla comminazione di tali danni, l'utilizzo di una simile forma di risarcimento ultracompensativo non essendo corretta applicazione del primordiale istituto andava, pertanto, impedita e il concetto di danno esemplare fatto cadere in disuso, potendosi rivelare solo ed esclusivamente fonte di pericolo.<sup>89</sup>

---

<sup>88</sup> Come si evince da quanto scritto da *Greenleaf* in apertura del suo Trattato, al paragrafo § 253 che sigilla la definizione di '*damages*', il risarcimento non ha altra ragione di esistere se non la compensazione di quanto sottratto e detratto dalla sfera giuridica patrimoniale e non del soggetto leso. Peculiarità che l'Autore tiene a sottolineare immediatamente dopo è la distinzione tra *general damages* e *special damages*, questi ultimi oggetto di risarcimento solo in seguito ad una prova della loro reale consumazione. Egli afferma "*Damages are given as a compensation, recompense or satisfaction to the plaintiff, for an injury actually received by him from the defendant. They should be precisely commensurate with the injury; neither more neither less; and this whether it be to his person or estate.*" in *S. GREENLEAF, A Treatise on the law of evidence, vol. II*, Little, Brown & Co. Boston, 9 Ed., 1863, p. 276.

<sup>89</sup> Tale posizione fermamente contraria all'istituto angloamericano dei danni punitivi viene descritta da un celebre Autore americano contemporaneo, il quale afferma "*Professor Greenleaf argued that punitive damages were a mistake because they confused public and private functions. Thus, in his very influential Treatise on the law of evidence, Greenleaf categorically rejected punitive damages*". Secondo *Greenleaf* la funzione dei danni punitivi era esclusivamente compensativa e poteva avvenire per due ragioni "*Compensation for pain should come in two forms. The first is purely subjective: what did the plaintiff experience as a consequence of the*

Alla posizione assunta da *S. Greenleaf* si oppone con estrema determinazione *T. Sedgwick*, portavoce della funzione punitiva e fortemente deterrente racchiusa nell'istituto in esame. L'avvocato del *Connecticut*, autore del celebre *A Treatise on the measure of damages*, sostiene la natura afflittiva dei *punitive damages*, in ragione dello scopo di prevenzione di quei delitti o illeciti che vanno a minare e turbare interessi sia dei singoli che della collettività intera.

L'impostazione da *T. Sedgwick*, manifestata rappresenta la teoria che fin dagli albori dell'800 si consolida negli *States*, secondo cui la *ratio* meramente compensativa lascia spazio ad un istituto la cui funzione è quasi esclusivamente deterrente e sanzionatoria, orientamento questo immediatamente seguito anche da Corti di merito che fino al XX secolo continuano a richiamare tale impostazione giurisprudenziale.<sup>90</sup>

Come si evince dal capolavoro giuridico di *Sedgwick* i danni esemplari “*in other words, blends together the interest of society and of the aggrieved individual, and gives damages not only to recompense the sufferer, but to punish the offender. This rule, as we shall see hereafter more at large, seem settled in England, and in general in jurisprudence of this country*”,<sup>91</sup> si tratta del far confluire in un unico momento due propositi sottesi alla disciplina del risarcimento del danno, quello non solo di compensare il soggetto leso, ma prioritariamente di punire colui che ha agito senza rispettare le giuste regole di convivenza.

---

*injury? The second is intersubjective: what did the plaintiff experience as a consequence of the defendant possessing a certain attitude when the tort occurred?”* in A. J. SEBOK, *Symposium: private law, punishment, and disgorgement: what did punitive damages do? Why misunderstanding the history of punitive damages matters today* in *Chicago-Kent. Law Rev.*, 2003, p. 182.

<sup>90</sup> Si tenga in considerazione il case *Gertz v. Robert Welch Inc* [418 U.S. 323, 350 (1974)] e quello di qualche anno più tardi *Newport v. Fact Concerts Inc.* [453 U.S. 247, 266-267 (1981)].

<sup>91</sup> Cfr. T. SEDGWICK, *A Treatise on the measure of damages*, Baker, Woorhis & co. New York, 2d Ed., 1852, p. 38.

Talvolta quello che mancava era una comunione di termini o abitudini, anche tra Corti americane che, sebbene utilizzavano una differente terminologia portavano avanti identici pensieri.<sup>92</sup>

Il confronto durato per la seconda metà del XIX secolo andò pian piano sedandosi allorquando l'impostazione maggioritaria statunitense sembrò allontanare la funzione compensativa dall'istituto del risarcimento del danno, la cui essenza era ontologicamente riconducibile a finalità propriamente deterrenti e sanzionatorie.

Ben presto il dibattito si focalizzò (non più sulla funzione ma) sulla natura dei danni punitivi, a cavallo tra una disciplina semi penale ed una civile, il che diede spazio a numerosi confronti, uno dei più recenti, e forse anche di più noti, è quello che iniziò tra *Kenneth Mann* e *Franklin Zimring*, il primo fermamente convinto della insufficienza di un sistema bipolare di sanzioni negli *States* e della necessità di comprendere anche un'ipotesi mista di sanzioni; il secondo, invece, spiccatamente contrario alla posizione di Mann che considerava poco vicino alla realtà e dedito all'immaginazione.<sup>93</sup>

---

<sup>92</sup> Come A. J. SEBOK. Afferma in un suo più recente contributo "*As Sadgwick noted, there was a tendency among some States, such as West Virginia, to call damages for pain and suffering 'exemplary' damages*", il problema, secondo l'Autore, si riduceva ad una controversia terminologica, impostazione questa sicuramente valida ma fino ad un certo punto, nella misura in cui mentre per *Sedgwick* il problema non sussisteva, per *Greenleaf* sorgeva una questione di assoluta incompatibilità dell'istituto con l'ordinamento statunitense, al punto da considerare i *punitive damages* come pericolosi. Cfr. A. J. SEBOK, *Punitive damages: from myth to Theory* in *Iowa Law Rev.*, 2007, p. 1010 s.

<sup>93</sup> In un celebre articolo del 1992 K. Mann, partendo dalla presupposta insufficienza di un sistema bipartitico di sanzioni, inserisce tra *criminal sanctions* e *punitive civil sanctions*, anche, le *remedial sanctions*. Il raccordo tra le due forme di punizione civile è dettato dal diverso scopo perseguito, in un caso deterrente nell'altro rimediale. L'Autore afferma "...between these two paradigms there has always been a middleground in which legislatures and courts sought punitive ends through nominally civil proceedings. The history of middleground jurisprudence demonstrates the inadequacy of the bipolar paradigms for governing actual sanctioning policy. While the legal community has always recognized that many sanctions do not fit into either paradigm, it has never developed a systematic jurisprudence to explain the substantive and procedural position of punitive civil

Proprio in ragione della differente *ratio* sottesa ai danni esemplari nella *common law* europea ed in quella d'oltreoceano si spiega anche la disomogeneità nella diffusione dell'istituto, in particolar modo in relazione non solo ai diversi parametri strutturali, ma soprattutto in merito ai distinti àmbiti di diffusione, molteplici ed originali negli *States*.

#### **4.2. ÀMBITO DI APPLICAZIONE.**

L'evoluzione storica che ha delineato la figura dei danni punitivi negli Stati Uniti d'America si allontana profondamente da quella inglese per una ragione in particolare: l'àmbito di applicazione.

L'involuzione dell'istituto dei *punitive damages* nell'isola di *common law* europea ha comportato una notevole riduzione del campo di applicazione di tali peculiari forme di risarcimento, non solo in sèguito ai provvedimenti giudiziari degli anni '60 dello scorso

---

*sanctions within the field of sanctioning*". Cfr. K. MANN, *Punitive civil sanctions: the middleground between criminal and civil law* in *Yale Law Jour.*, 1992, p. 1871.

Contro tale impostazione si è espresso, con ferma convinzione peraltro, Zimring, la cui critica è serrata, soprattutto in relazione al contributo del Prof. Mann, di cui richiama le vaghe definizioni. Secondo l'opinione di Zimring ciò che merita attenzione (seppure in via indiretta) è la riforma del codice penale federale del 1984, sede in cui l'estensione delle tipologie di sanzioni penali va a ripercuotersi sulle forme di *penalty* civili. Anche nell'alveo delle sanzioni civili non basta la dicotomica distinzione tra *civil* e *criminal*, ma va forzato il richiamo alle agenzie amministrative che per l'Autore svolgono un ruolo fondamentale, come si evince dai suoi stessi scritti in cui sostiene "*Is the capacity of administrative agencies to control civil sanctions, to bring such systems almost totally within the sphere of administrative control, that seems to be the most important factor in the growth of these sanctions*" in F. E. ZIMRING, *The multiple middlegrounds between civil and criminal law* in *Yale Law Jour.*, 1992, p.1907.

secolo, ma anche per lo spazio di diffusione<sup>94</sup> che si è cristallizzato e che non va oltre la disciplina dell'illecito: la *law of torts*.

Negli ultimi anni, inoltre, la comminazione di tali forme di danni è stata limitata solo alle violazioni di diritti costituzionalmente tutelati riguardanti lesioni personali, subendo ancora una volta una battuta di arresto.

La copiosa e celere diffusione, invece, che ha denotato lo sviluppo dei danni esemplari negli stati d'oltreoceano ha vissuto una tendenza inversa: non solo una crescita nell'utilizzo dell'istituto, ma anche una diffusione in settori particolari e specifici dei *torts*, come è avvenuto per la *product liability*<sup>95</sup>.

Ciò che bisogna intendere per *product liability* è una singolare forma di responsabilità da prodotto, la illecita condotta di chi mette in circolazione un prodotto/bene difettoso, che oggi per lo più si colloca in ipotesi di *strict liability*, cioè di responsabilità pura, che non abbisognano di dimostrazioni di colpa o di elemento soggettivo alcuno<sup>96</sup>.

---

<sup>94</sup> Il contesto di applicazione dei *punitive damages* è nel Regno Unito estremamente ridotto sia rispetto al contesto statunitense, sia rispetto al territorio inglese di qualche secolo prima. La diffusione di tali forme di risarcimento ha subito un'involuzione che ne ha limitato l'applicazione solo alle violazioni di diritti costituzionalmente garantiti e tutelati, andando ad incidere sulla stabilità e validità del rimedio stesso.

<sup>95</sup> Quando viene individuata la *product liability* è bene specificare che tale definizione racchiude in sé tre forme di responsabilità: la *strict liability*, la *negligence* e *breach of warranty*. La prima caratterizza dalla fattispecie più frequente, la seconda riprende quanto detto precedentemente nella illustrazione della disciplina dei *torts* in via generale, mentre l'ultima ipotesi è, a ben vedere, la più problematica. La *breach of warranty*, infatti, implica la sussistenza di una garanzia il che pone l'ipotesi al limite tra la disciplina dei *torts* e quella di matrice contrattuale. Cfr. F. BENATTI, *Correggere e punire dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, Milano, 2008. Inoltre, come sostiene W. PROSSER "The adoption of this particular device was facilitated by the peculiar uncertain nature and character of warranty, a freak hybrid born of the intercourse of tort and contract" in *The assault upon the citadel* in *Yale Law Jour.*, 1960, LXIX, p. 1126.

<sup>96</sup> La *strict liability* ha avuto una singolare evoluzione, dettata per lo più dall'asimmetria dei soggetti che interagiscono tra loro, il cui equilibrio è particolarmente attecchito ed ha influenzato l'intera disciplina di

L'evoluzione della *strict liability* nell'ambito della responsabilità del produttore deve il suo massimo tributo alle teorie di un giudice statunitense, *R. J. Traynor*<sup>97</sup>, che per primo ipotizzò nel *case Escola v. Coca Cola Bottling*<sup>98</sup>, l'applicazione di una responsabilità da prodotto

---

riferimento. In senso pragmatico, infatti, secondo quanto stabilito dalle norme generali in materie di *torts* il settoriale *onus probandi* si presenterebbe, a ben vedere, rivelato a discapito della parte debole, nonché parte lesa dalla condotta negligente altrui (in tal caso del produttore). Di qui l'esigenza di svincolare il profilo soggettivo da qualunque valutazione, lasciando in eredità al consumatore la mera necessità di provare la lesione e, dunque, il danno subito. Ciò si evince chiaramente prendendo in prestito le parole di Ponzanelli "...La grande novità legata all'affermarsi del principio di *strict liability* sta nel fatto che la condotta del soggetto produttore è divenuta normalmente in termini di diritto, non essendo basata la sua responsabilità su una sua colpa, ma sul fatto oggettivo di aver collocato nel mercato un prodotto *unreasonably dangerous* o *defective*" in G. PONZANELLI, *op. cit.*, p. 451.

<sup>97</sup> Basta leggere le parole scritte di celebri Autori americani della medesima epoca per rendersi conto della originalità e creatività della figura di Justice Traynor "*No one who reads it for the first time today can capture the excitement my generation of lawyers felt on reading it. Its result, its reasoning, and many of its passages soon became a familiar part of the legal literature because of Roger Traynor's insights and gift for lucid and pungent expression. Today's reader is likely to react a little like the man who was disappointed in Shakespeare because that worthy author used so many trite sayings with which the reader had been brought up*". Cfr. FLEMING JAMES JR, *A Tribute to the Imaginative Creativity of Roger Traynor* in *Hofstra Law Review*, 1974, II, p. 445. E ancora "*Just as Escola was the seminal opinion, Greenman is the landmark decision. It created a new tort, established a new theory, and became the starting point for legal analysis and further, developments in the general area.*" Come afferma nello stesso anno G. W. WADE, *Chief Justice Traynor and Strict tort liability for products* in *Hofstra Law Review*, 1974, II, p 462.

<sup>98</sup> 24 Cal.2d 453, 150 P.2d 436 (1944), nella cui *opinion* Justice Traynor afferma "...the negligence rule approaches the rule of strict liability. It is needlessly circuitous to make negligence the basis of recovery and impose what is in reality liability without negligence. If public policy demands that a manufacturer of goods be responsible for their quality regardless of negligence there is no reason not to fix that responsibility openly", andando a sottolineare che la soluzione migliore nel campo dei prodotti destinati al largo consumo sia il distacco dalla logica di negligenza, ed un approccio alla responsabilità oggettiva pura. Tale principio andò ad integrarsi così a fondo nella *ratio* del risarcimento a causa di prodotto difettoso che anche qualche anno dopo lo stesso Justice Traynor scrisse una seconda celebre *opinion* in materia per il caso *Greenman v. Yuba Power Products Inc.* [59 Cal. 2d 57, 377P. 2d 897, 27 Cal. Rptr 697 (1963)], in cui ribadì il suo pensiero, portando avanti con gran fervore quanto affermato nella storica sentenza del 1944.



oggettiva, o piú precisamente, esterna al regolamento contrattuale e al generico concetto di *warranty*<sup>99</sup>.

*Justice R. J. Traynor*, in un suo celebre contributo, scritto in occasione del *Seventy-fifth Anniversary Program of the University of Tennessee College of Law* del 23 Aprile del 1965 afferma “*It should be clear that the manufacturer is not an insurer for all injuries caused by his products. A bottling company is liable for the injury caused by a decomposing mouse found in its bottle. It is not liable for whatever harm results to the consumer’s teeth from the sugar in its beverage. A knife manufacturer is not liable when the user cuts himself with one of its knives. When the injury is in no way attributable to a defect there is no basis for strict liability*”. Il giudice, dunque, distingue e specifica cosa sia il difetto di prodotto<sup>100</sup>: per la prima volta viene trasferito il principio *res ipsa loquitur*<sup>101</sup> anche ad ipotesi di responsabilità da prodotto in commercio.

---

<sup>99</sup> Secondo il *Justice Traynor*, infatti, la garanzia di prodotto e la responsabilità per difetto del prodotto operavano su due piani differenti. “*Warranty law, carefully spelled out in the Uniform Sales Act and the Uniform Commercial Code, is designed to govern such commercial questions between the parties. In the commercial setting the rules of warranty and of notice and disclaimer function well. A warranty affords a ready basis for determining whether a product is defective in relation to what the consumer has been led to expect. Only if the manufacturer agreed to supply a product meeting the consumer’s needs could the consumer hold him liable for the economic loss when the product failed to meet those needs. Thus courts have been reluctant to impose liability on a tort theory solely for economic loss even in actions for negligence.*” Cfr. R. J. TRAYNOR, *The Ways and Meanings of Defective Products and Strict Liability* in *Tennessee L. Rev.*, 1964, XXXII, p. 365.

<sup>100</sup> L’Autore sostiene “*A defective product may be defined as one that fails to match the average quality of like products, and the manufacturer is then liable for injuries resulting from deviations from the norm*” in *op. cit.* pg.. Per avere un’idea chiara della posizione di R.J. Traynor cfr. anche G. W. WADE, *op. cit.*,

<sup>101</sup> Cfr. per una disamina W. PROSSER, *The assault upon the citadel (Strict liability to the consumer)* in *Yale Law Jour.*, 1960, LXIX, p. 761, in cui l’Autore afferma, commentando in relazione a tale principio, “*It is said, again, that the doctrine of res ipsa loquitur is applied, in many cases to impose liability upon defendants who in reality have not been negligent at all; and that the strict liability merely formulates, as a general rule, what goes on all the time in fact*”.

Viene, infatti, allontanata l'idea di dover necessariamente ricercare in capo al produttore una qualunque forma di *negligence* per ottenere un risarcimento del danno di natura *compensatory*, fatta salva però la dimostrazione di una particolare componente psicologica qualora il soggetto leso agisca non solo per il risarcimento del danno patrimoniale, ma anche per quello punitivo e non compensativo.

Ciò che, pertanto, emerge è che la responsabilità del produttore e la eventuale comminazione di danni punitivi o esemplari sono due universi che hanno dovuto confrontarsi con notevoli incidenti di compatibilità e che fino agli anni ottanta apparivano due mondi non in grado di dialogare.

Le modifiche apportate al *Second Restatement of Law*<sup>102</sup>, nel quale la sussistenza di un difetto nel prodotto diffuso sul mercato rappresentava un'ipotesi di *strict liability* principalmente quando oggetto di commercio fosse il cibo,<sup>103</sup> dal successivo *Third Rest of Law*, in cui

---

<sup>102</sup> Preliminarmente va specificato il significato di tali *Restatement of law*: essi rappresentano “l'unico sforzo di sistemazione della giurisprudenza americana” in A. FRANSWORTH, *Introduzione al sistema giuridico americano*, Milano, 1979, p. 89. Quando nel 1932 fu fondato l'Istituto di Diritto Americano, esso aveva come fine ultimo la specificazione e la chiarificazione della moltitudine di definizioni e di *cases* che, benché manifestazione di vitalità dell'apparato giudiziario americano, rappresentavano un ostacolo allo svolgimento delle controversie, principalmente vista la difficoltà a ritrovare il legittimo precedente da richiamare. La nascita del *Restatement*, dunque, aveva come *ratio* sottesa non già la definizione dell'istituto *pro futuro*, ma una ricognitiva lettura delle applicazioni di precisi fenomeni giuridici.

Attribuiti a diversi autori che ne curavano la stesura, il *Restatement* si articolava (e tutt'ora si articola) in ben nove materie: agenzia, conflitto di leggi, contratti, *trust*, giudizi, proprietà, risarcimento, garanzia e responsabilità, settori che di volta in volta riformati andavano ad emendare al contenuto originale della disciplina, facendo spazio al *Second restatement*, *Third Rest.* e così via.

<sup>103</sup> Due sono le manifestazioni di tale difetto riconducibili a due rispettive ipotesi: la prima in cui il venditore non riporta ed il consumatore ignora il potenziale nocivo del danno, sia presente che latente; la seconda qualora il consumatore ignora la corretta forma di utilizzo del prodotto che impedisce il sopravvenire di particolari danni che proprio dall'uso scaturiscono. Tale lettura del *Restatement of tort* in realtà tradisce un po' quella che era la vera *ratio* sottesa alla disciplina della *product liability*, in cui si prospettava una forma di responsabilità pura ogni volta in cui il prodotto presentasse un difetto di costruzione. Nella applicazione quotidiana, però, la *strict*

vengono triplicate le fattispecie di responsabilità, conseguenza di difetti ontologici ma anche di immissione nel mercato, hanno segnato una svolta significativa.

Con tale individuazione la disciplina inizia a destare confusione: secondo quanto stabilito, infatti, nel terzo *Restatement* al paragrafo 2 del Primo capitolo “*A product is defective when, at the time of sale or distribution, it contains a manufacturing defect, is defective in design, or is defective because of inadequate instructions or warnings.*” Le ipotesi sono distinte in difetto di manifattura: “*(a) contains a manufacturing defect when the product departs from its intended design even though all possible care was exercised in the preparation and marketing of the product*”; in difetto di progetto<sup>104</sup> “*(b) is defective in design when the foreseeable risks of harm posed by the product could have been reduced or avoided by the adoption of a reasonable alternative design by the seller or other distributor, or a predecessor in the commercial chain of distribution, and the omission of the alternative design renders the product not reasonably safe*”; ed infine in difetto di istruzioni<sup>105</sup> “*(c) is defective because of inadequate instructions or warnings when the foreseeable risks of harm posed by the product could have been reduced or avoided by the provision of reasonable instructions or warnings by the seller or other distributor, or a predecessor in the commercial chain of*

---

*liability* prese il largo, portando nel suo campo di applicazione anche ipotesi in cui il produttore non educasse il destinatario del prodotto in maniera corretta, esempio lampante è quello relativo alle ipotesi di danno conseguenti al consumo di tabacco. Cfr. G. PONZANELLI, *La responsabilità civile, profili di diritto comparato*, Bologna, 1992, p. 190.

<sup>104</sup> “Il prodotto è difettoso perché non ha realizzato quella performance che era, invece, propria dello stesso, nonostante che il produttore abbia rispettato gli *standards* di produzione (in termini di controllo e di qualità) o quelli imposti da altre fonti regolamentari esterne di carattere autoritativo”, definizione questa lineare e presa in prestito da G. PONZANELLI, *op.cit.*, p. 191.

<sup>105</sup> Tale ipotesi, molto frequente invero, va ad insinuarsi nelle modalità di comunicazione che l’impresa ha con la clientela, ma anche funge da parametro fondamentale per la valutazione della funzionalità del prodotto. Cfr. F. BENATTI, *Correggere e punire dalla law of torts all’inadempimento del contratto*, Milano, 2008, p. 36 s.

*distribution, and the omission of the instructions or warnings renders the product not reasonably safe.”*

La perplessità sorge dal fatto che all'interno della struttura delle due ipotesi individuate nell'atto non poco valore assumono i concetti di prevedibilità (*foreseeable*) e ragionevolezza (*reasonable*), peculiarità queste estranee al mondo della *strict liability* la cui natura è di responsabilità oggettiva pura, che poco fa leva sulla componente psicologica del soggetto che lede l'altrui diritto<sup>106</sup>. Eppure ricondurre tali fattispecie di difetto del prodotto a parametri come la prevedibilità e la ragionevolezza sembrano richiamare a gran voce il concetto di *negligence* che, anche se tardivamente diffusosi nel settore della *law of torts*, oggi sembra predominare nell'ambito dell'illecito.

Ulteriormente problematico appare il profilo di compatibilità tra i danni punitivi o esemplari e tali forme di responsabilità: benché, infatti, secondo quanto prescritto dall'istituto di diritto americano le fattispecie di *product liability* per difetto di progetto e di istruzioni non sono forme di responsabilità pura, la giurisprudenza statunitense non sembra essersi mai posta un simile problema.

Ma lo scontro è fisiologico quando il risarcimento del danno non ha natura meramente compensativa, come avviene nel caso dei *compensatory damages*, ma ha un sapore punitivo come avviene in caso di *exemplary damages*,<sup>107</sup> che nella fase storica in cui il *Restatement* fu creato aveva già pacificamente una funzione sanzionatoria e deterrente.

---

<sup>106</sup> Cfr. F. W. MORGAN e K. A. BOEDECKER, *Punitive damages after BMW v. Gore (1996)* in *Jour. Public Pol. Mark.*, 1997, XVI, p. 163, in cui è affermato “*Strict liability does not require negligent behavior by the defendant; hence behaviorally based on punitive damages awards could be conceptually inappropriate*”.

<sup>107</sup> “*Present in virtually every products liability case involving punitive damages, however, are the three complicating factors raised by Judge Friendly in Roginsky v. Richardson-Merrell, Inc. First, there is the dubious fairness or utility of punishing the innocent shareholders of a product manufacturer for the misconduct of individual employees of the company. Second, there is the probability that the manufacturer has insured itself against the risk of a punitive damages assessment and consequently may be neither deterred nor punished by*

Ciò sta a significare che la liquidazione senza prova di una componente psicologica maliziosa da parte del danneggiante non incontra ostacoli quando il soggetto leso richiede il risarcimento del danno patrimoniale, ma diviene un *non sense* quando, invece, oggetto della richiesta di risarcimento danni sono i *punitive damages*, la cui *ratio* si proietta sull'agente e non su chi subisce la lesione<sup>108</sup>.

Ad oggi sono cinque le ipotesi in cui, versando nel settore della *product liability*, si riconoscono, con maggiore frequenza, all'attore i danni punitivi: a) *Fraudulent-Type misconduct* (condotta commerciale fraudolenta); b) *Knowing Violation of safety standards* (Violazione di previsioni concernenti la *standard* di sicurezza presente nei prodotti); c) *Inadequate testing or quality control* (non adeguata verifica o controllo); d) Mancanza di un adeguato avviso sul prodotto dai pericoli conosciuti; e) *Post marketing failure to remedy known damages* (Responsabilità della società produttrice per non aver eliminato danni conosciuti o conoscibili).

---

*such a verdict. Third, there is the difficulty of properly determining and controlling the amount of the punitive damages award. Each of these complicating factors is intertwined in products liability litigation with the various goals served by the punitive damages doctrine, and thus attention must focus on each factor to determine whether it impairs the achievement of those goals.*" Queste le parole di D. Owen, il quale definisce pacifica l'applicazione dei *punitive damages* ad ipotesi di *product liability*, benché si presentino alcune circostanze in cui la comminazione di un risarcimento ultracompensativo sembra andar contro la *ratio* a cui è destinato. Tre sono gli ostacoli individuati: a) la possibilità di colpire gli azionisti di minoranza nelle imprese condannate al pagamento di danni esemplari; b) la possibilità che l'impresa stipuli una polizza assicurativa, proprio in virtù della sua posizione sul mercato che vada ad influire sulla *ratio* della prestazione risarcitoria punitiva; c) la valutazione quantitativa dei *punitive damages* e la loro verifica in secondo grado, con tanto di possibile diminuzione/ aumento in sede d'appello. Cfr. D. OWEN, *op. cit.*, p. 1299 ss.

<sup>108</sup> "La applicazione dei *punitive damages* nella *product liability* è ammessa dalla *Section 908* del *Restatement* solo quando una condotta gravemente illecita è commessa per *reckless indifference or evile motive*", così F. BENATTI, *op. cit.*, p. 39.

Alla prima ipotesi vanno ricondotte quelle condotte positive idonee ad ingannare il consumatore, con omissioni o frodi vere e proprie riguardanti il prodotto.<sup>109</sup> Nell'analisi di tali fattispecie vanno richiamate (di diritto!) le tre controversie che negli anni '60 hanno coinvolto la casa farmaceutica *Richards-Merrell*,<sup>110</sup> contro cui furono incardinate circa 1500 azioni in conseguenza della diffusione di un farmaco, MER/29, che avrebbe dovuto abbassare i livelli di colesterolo nel sangue ed aiutare i soggetti affetti da patologie arteriosclerotiche, ma che in realtà presentava una moltitudine di effetti collaterali, non dichiarati anche se noti all'azienda.

Si ipotizzò, infatti, una vera e propria frode *in primis* all'organismo federale che vagliava la commerciabilità di prodotti alimentari e farmaceutici (FDA, *Food and Drug Administration*), vista la alta frequenza con la quale morivano i topi da laboratorio su cui le sperimentazioni, quasi dieci anni prima, erano iniziate. Considerazioni queste che furono omesse delineando un atteggiamento assolutamente ingannatorio e, ancor più, doloso quando, in sèguito alla diffusione della notizia relativa alla pericolosità del farmaco, l'azienda mise a tacere le voci che ne minavano la credibilità.

Seconda categoria di ipotesi, in cui i danni punitivi sembrano aver ottenuto un certo livello di diffusione, è rappresentata dalle violazioni di previsioni di *standard* di sicurezza,

---

<sup>109</sup> Come si evince dalle parole di D. Owen “*The phrase ‘fraudulent-type’ is used to describe a form of conduct that is calculated to deceive yet may not be provable fraud in some jurisdictions because of the difficulties in establishing all the elements of the rather intricate common-law action of fraud and deceit*” in *Punitive damages in product liability litigation* in *Michigan Law Rev.*, 1976, VI, p. 1329.

<sup>110</sup> Tre diversi *cases* che hanno coinvolto una casa farmaceutica in un periodo compreso tra il 1960 e il 1962 hanno diffuso un particolare prodotto. Le controversie *Tool v. Richardson- Merrell* [251 Cal. App. 2d 689, 60 Cal. Rptr. 398 (1967)], *Roginsky v. Richardson- Merrell* [378 F.2d 832 (2d Cir. 1967)], e *Ostopowitz v. William S. Merrell* [N.Y.L.J., Jan. 11, 1967, at 21, col. 3] hanno dimostrato la idoneità del farmaco a sviluppare nello specifico la cataratta e che più di 400 casi clinici di soggetti che erano stati ricoverati in conseguenza dell'assunzione del MER/29 vedevano riconosciuta in capo alla casa farmaceutica la responsabilità della vicenda ed in tutte e tre le controversie furono comminati *punitive damages*. Cfr. G. PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana* in *Riv. Dir. Civ.*, 1983, p. 453.

individuati di volta in volta sia a livello nazionale che federale a livello governativo e non solo, anche grazie all'ausilio di una serie di organizzazioni *ad hoc* istituite. Il problema che si presenta per queste fattispecie però, è di ragione probatoria: come già anticipato l'intento fraudolento va provato per poter accedere al risarcimento ultracompensativo, andando a gravare sul soggetto (in questo caso) debole<sup>111</sup>.

Diversa, invece, la *ratio* di risarcibilità consequenziale alla mancanza di un adeguato controllo o di un'adeguata verifica, direttamente riconducibile a quella teoria che ravvedeva in tale ipotesi un'autonoma forma di *tort*, specifico della *product liability*, e che imponeva all'azienda produttrice una forma di responsabilità diretta in occasione della mancata adozione di una serie di meccanismi di controllo<sup>112</sup>.

Le ultime due tipologie di lesioni che l'evoluzione americana della dottrina sulla *product liability* ha ritenuto risarcibili con l'ausilio degli *exemplary damages* sono distinte tra loro, ma accomunate da un singolare profilo: sia nei casi di mancanza di avviso sui pericoli potenziali scaturenti dall'uso del prodotto, sia nei casi di responsabilità della società produttrice per non aver eliminato danni conosciuti o conoscibili, ciò che è incontrovertibile è l'ignoranza della nocività del prodotto in cui il consumatore andava ad imbattersi.

---

<sup>111</sup> Due le fattispecie riconducibili a tale categoria: si tenga in considerazione il case di *Rosendim v. Avco Lycoming Div.* [No. 202,715 (Super. Ct. Santa Clara County, Cal., March 8, 1972)] per l'esplosione di un *jet* di cui si era dimostrato la difformità dagli standard richiesti per quel tipo di mezzo; e *Wusson v. Commercial Mechanism Inc.* che aveva ad oggetto le lesioni subite dal un quattordicenne che si allenava con un giocatore di baseball automatico.

<sup>112</sup> Tale osservazione è riconducibile a G. PONZANELLI, *ult. op. cit.*, p. 454. Ipotesi giurisprudenziale che va certamente menzionata riguarda il case *MacPherson v. Buick Motor Co.* [217 N.Y. 382, 111 N.E. 1050 (1916)], illustrata da D. Owen, il quale la commenta affermando "*The analysis of punitive damages claims requires that attention be shifted back once again to the manufacturer's diligence in searching for defects in its products. The inquiry here is whether the manufacturer's testing and examination procedures were so inadequate as to manifest a flagrant indifference to the possibility that the product might expose consumers to unreasonable risks of harm*" in D. OWEN *op. cit.*, p. 1340.

In entrambi i casi, infatti, l'azienda era a conoscenza di alcune lacune strutturali del prodotto e se nella prima ipotesi deliberatamente ometteva di comunicarle al consumatore finale, nella seconda fattispecie non le eliminava, ampliando i danni che già si erano prodotti.

Ai casi di *warning defect*<sup>113</sup> sono riconducibili *cases* in cui la non esplicita indicazione delle conseguenze dannose, talvolta letali, legate all'uso di specifici prodotti sono idonee a ribadire la responsabilità dei produttori. Ad oggi, invero, si presenta spesso una fattispecie contraria: l'abuso di segnali di attenzione e lo smodato richiamo a danni imminenti rendono inflazionato il simbolo di pericolo, comportando un effetto contrario, ma soprattutto denotando una inadeguata politica di controlli.

Diversa, invece, il *duty of care* nei confronti del consumatore *post-marketing*, cioè dopo che il bene è uscito dalla disponibilità del produttore: sorgono in tal caso due profili da indagare, uno legato alla consistenza dell'obbligazione che grava sulla società produttrice di rientrare in possesso del bene difettoso, anche dopo averlo immesso nel mercato; l'altro legato alla eventuale criterio in grado di legittimare la concessione di danni punitivi.

In realtà in simili circostanze ciò che deve sollecitare l'attenzione dell'operatore del diritto o del mero giurato che si trova a quantificare il risarcimento deve essere proiettato sui costi che l'azienda affronta per apprestare una simile forma di tutela *post-marketing*, ma soprattutto le valutazioni di politica economica che si trova ad affrontare.<sup>114</sup>

Tale profilo assume dei connotati fondamentali, poiché è esempio pregnante di quanto le teorie di analisi economica del diritto abbiamo nel corso del XX influenzato le politiche

---

<sup>113</sup> Il richiamo va diretto ai *cases Engebret v. Firechild Hiller Corp.* [No. A-9-71 (D. Alas., filed Jan. 18, 1971)]; *Johnson v. Husky Industries Inc.* [F.2d - (6th Cir. 1976)]; e ancora *Peace v. Beech Aircraft Corp.* [38 Cal. App. 3d 450, 113 Cal. Rptr. 416 (1974)] tutte ipotesi in cui le mancate manifestazioni di avviso non sono state in grado di modificare il tragico decorso degli eventi.

<sup>114</sup> Il richiamo è necessario alla monografia di S. BOBBIT e G. CALABRESI, *Scelte tragiche*, Milano, 2006.



economiche e monetarie d'oltreoceano, meritando un posto di grande rilievo nella speculazione anche dei profili risarcitori dell'illecito extracontrattuale.

### 4.3. PROBLEMI COSTITUZIONALI.

La discrezionalità concessa alla giuria nella comminazione dei *punitive damages* ha posto notevoli problemi di raccordo con gli emendamenti costituzionali degli *United States*: la crescita del rimedio ultracompensativo e la “deformazione evolutiva della sua identità storica”<sup>115</sup> hanno comportato la nascita di un insolito dibattito incentrato su eventuali profili di illegittimità costituzionale dei danni esemplari, in particolar modo rispetto al 5° emendamento, al 8° emendamento ed al 14° emendamento.

Il quinto emendamento della Costituzione americana prevede che nessuno può essere condannato ad una pena capitale o restrittiva della libertà personale se non in seguito ad un regolare giudizio e condanna di una giuria regolarmente istituita, e tantomeno può essere sottoposto due volte a giudizio per il medesimo reato o privato di beni in seguito a condanna penale<sup>116</sup>. Intuitiva la *ratio* di tale previsione: concedere ad un soggetto coinvolto in giudizio una serie di garanzie che ne tutelino la persona prima durante e dopo l'eventuale condanna.

---

<sup>115</sup> P. PARDOLESI, *Punitive damages nell'ordinamento italiano* in P. PARDOLESI (a cura di) *Seminari di diritto privato comparato*, Bari, 2011, p. 71.

<sup>116</sup> Il testo del 5° emendamento recita letteralmente “*No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb, nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use without just compensation*”.

Altrettanto intuitivo è che tale emendamento focalizza la sua attenzione sul giudizio di natura penale e non civile, o almeno non direttamente civile.

Gli elementi da cui non può prescindere nell'analisi di tale normativa sono tre: a) *same offence*; b) *twice in jeopardy*; c) *life or limb*. Il problema, dunque, verte sulla violazione del principio di *ne bis in idem* a cui si va incontro qualora un soggetto sia giudicato per ben due volte in relazione al medesimo illecito. Il problema è particolarmente sentito negli Stati Uniti, in cui storicamente non si è mai delineata una scissione netta tra il profilo di diritto civile e quello di diritto penale, in cui appare, quindi, più complesso pragmaticamente stabilire se si è verificata una violazione di tale principio, ma non solo.

Il diverso tipo di giudizio penale, che prevede un metodo di tipo accusatorio,<sup>117</sup> ravvede nello Stato la controparte del processo, legittimato, per tale ragione, anche all'eventuale risarcimento del danno.

---

<sup>117</sup> Il modello penalistico a cui si ispira l'ordinamento statunitense è molto diverso da quello che denota il settore penale dei paesi appartenenti al sistema di *civil law* continentale. La classificazione dicotomica tra modello accusatorio e modello inquisitorio, che regna sovrana nelle indagini comparative processualpenalistiche, funge da chiave di lettura per verificare le prerogative sussistenti nel corso del giudizio penale negli *States* e le ragioni sottese a tale disciplina. Va preliminarmente sottolineata la diversa fotografia della giustizia nei paesi d'oltreoceano, specificando non solo la coesistenza di ben 51 ordinamenti penali nel mondo nordamericano, ma anche il forzato dialogo che questi stessi devono tenere con la disciplina federale, unica che vanta una primazia rispetto alle discipline interne ai singoli stati. Il tutto va filtrato attraverso una struttura burocratica particolarmente atteggiata, connotata dall'assenza di un dialogo tra polizia e autorità giudiziaria, ma soprattutto dalla spiccata indipendenza sia a livello investigativo che processuale della pubblica accusa. Ciò che si evince è che ognuno dei protagonisti dell'*iter* penale ha una sua autonoma funzione, condizione questa che rende poco coordinato il lavoro di indagine e costruzione di prove e capi di imputazione. Inoltre, ragioni politiche - organizzative di non poco conto comportano conseguenze pragmatiche rilevanti: la carica elettiva, e non concorsuale, del giudice americano fa sì che la sua propensione al patteggiamento o al rilascio su cauzione, al fine di mostrare lo svolgimento efficiente della sua mansione in previsione di una progressione di carriera o mera riconferma del ruolo di giudicante, funga da ulteriore elemento di patologica autonomia. Il sistema *adversary*, volgarmente definito accusatorio, predilige una elevata tutela per i diritti inviolabili, tra i quali spicca

A tal proposito si presta utile, per comprendere a fondo la problematica, far riferimento ad un celebre caso che ha mediaticamente, e non solo, interessato le Corti Federali statunitensi: la condanna per l'omicidio della moglie e di un amico a carico di O. J. Simpson, *ex* giocatore di *baseball* poi convertitosi al cinema, unico indagato per il duplice crimine, ma scagionato per mancanza di prove.

La controversia si concluse in sèguito alla impossibilità di provare il delitto oltre ogni ragionevole dubbio, parametro necessario da raggiungere per consentire l'adempimento di una adeguata difesa al soggetto indagato, ma parametro questo necessario nel contesto penale e non anche in quello civile, in cui le regole sono certamente diverse.

Nel marzo 1997, infatti, dopo qualche anno dal processo criminale, i parenti delle due vittime, non avendo ottenuto giustizia, a causa di una giuria (composta da maggioranza di giurati non bianchi) per lo piú influenzata dalle origini afro-americane dell'atleta e dalla sua celebre carriera, decidono di instaurare una controversia risarcitoria<sup>118</sup> chiedendo un'ingente somma a titolo di *punitive damages*.

Sorge qui il dubbio: l'attore, infatti, già scagionato in sede penale, si trova ad affrontare un secondo giudizio per il medesimo fatto in cui si chiede la sua condanna al pagamento di danni esemplari, la cui natura sembra sempre essere ibrida.

La clausola richiamata dal '*twice in jeopardy*', che riprende il brocardo latino del *bis in idem*, tutela i cittadini americani proprio da situazioni analoghe, quando cioè è possibile perpetuare una doppia condanna di medesima natura. Va però precisata una distinzione fondamentale tra

---

il diritto alla difesa, attraverso un meccanismo di *rules* e *standards*, regole processuali consuetudinarie. La difficile comunicazione delle Corti Statunitensi con le raccolte di norme scritte ha reso necessario la standardizzazione di comportamenti in grado di metabolizzare attraverso il precedente giurisprudenziale discipline tipizzate, il meccanismo di *case law* in tal modo ha trovato un giusto temperamento con le esigenze di tutela costituzionale. Per approfondimenti si confronti E. AMODIO, *Processo penale, diritto europeo e common law (dal rito inquisitorio al giusto processo)*, Milano, 2003, p. 179 ss.

<sup>118</sup> *Goldman v. Simpson*, USA, Los Angeles, 10 marzo 1997.

*double jeopardy* e *double punishment*, quest'ultima infatti non va ad intaccare alcun diritto del convenuto vista la duplice natura dei due processi<sup>119</sup> e la distinta essenza ontologica delle due sanzioni<sup>120</sup>.

Tale ricostruzione legittimerebbe i due *iter* processuali ad avanzare autonomamente e parallelamente, sia in maniera sincronica che diacronica, non essendovi alcuna forma di interferenza tra le distinte forme di giudizio.

Altro dubbio di costituzionalità si poneva tra gli *exemplary damages* e l'8° emendamento della Carta costituzionale americana,<sup>121</sup> che rappresenta una forma di tutela a favore di chi,

---

<sup>119</sup> La distinzione è ben definita da G. Ponzanelli, il quale afferma “La garanzia costituzionale racchiusa nella formula del *double jeopardy* riguarda, cioè, solo la sfera penale, mentre diverso e costituzionalmente immune da qualsiasi obiezione è il sistema del *double punishment*, che ammette la coesistenza tra due tipi di sanzioni, quella propriamente penale e quella sostanzialmente penale, ma pronunciata dal giudice civile” in *Il caso O.J. Simpson tra assoluzione in sede penale e condanna civilistica ai danni punitivi* in G. PONZANELLI, Foro It., 1997, IV, p. 395 ss.

<sup>120</sup> Come sostiene G. Ponzanelli, il problema è vivace in tale ipotesi in quanto la natura ibrida dei danni esemplari, la cui carica deterrente e punitiva è molto forte, sembrerebbe andar in contrasto con la clausola prevista dal quinto emendamento, soprattutto in funzione del fatto che ciò che viene posto al centro della controversia è ancora una volta un comportamento che è già stato oggetto di separato e precedente giudizio, dunque, l'elemento della *'same offence'*. Nella fattispecie, però, conclude l'Autore non si corre tale rischio poiché “...la giurisprudenza nordamericana è assolutamente consolidata nell'attribuire ai danni punitivi, nonostante le chiare finalità di *'retribution'* e di *'deterrence'* loro proprie, una rilevanza tutta civilistica: non esiste, quindi, violazione del *double jeopardy* quando, oltre alla condanna, venga anche comminato il risarcimento per danni punitivi, misure tipicamente privatistiche, perché unici beneficiari sono i privati” in G. PONZANELLI, *op. cit.* p. 395 ss. L'elemento discrezionale sarebbe, dunque, rinvenibile nei soggetti beneficiari della somma, diversi dallo Stato, che precedentemente si era costituito come parte lesa nel procedimento penale. L'autore continua sottolineando, inoltre, quanto il secondo problema che perprime, cioè l'ingiustificato arricchimento del soggetto danneggiato (*windfall*), potrebbe essere facilmente arginato con un'imposizione ultronea fiscale, in modo da poter riequilibrare le sfere giuridiche delle parti.

<sup>121</sup> L'ottavo emendamento recita testualmente “*Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted*”.

avendo compiuto un illecito penale, non può subire l'inflizione di pene e sanzioni eccessive o cruento. La questione si poneva complessa rispetto alle condanne al pagamento di *punitive damages* in ragione della interpretazione che fin dagli anni '70, in conseguenza del *leading case Inghraham v. Wright*<sup>122</sup> che ne aveva sconfessato l'applicazione a sanzioni pecuniarie di matrice civilistica.

Una più recente *questio iuris* fu presentata al Supremo Collegio Federale con il *case Browning- Ferris Industries of Vermont Inc. v. Disposal Inc.*<sup>123</sup> in cui si dibatteva sulla valenza dell'ottavo emendamento e sulla possibile estensione della sua portata anche alle sanzioni di natura civile. La sentenza è celebre per il richiamo all'*opinion* di Justice O'Connors, il quale aderisce ad un'impostazione che vede ampliato il campo di applicazione dell'*excessive fine clause*, che ha fondamentale risonanza anche nel contesto civilistico. Per giungere a tale conclusione il discorso inizia da lontano,<sup>124</sup> più precisamente da quelle che sono le origini storiche ed etimologiche del termine '*fine*'<sup>125</sup>.

---

<sup>122</sup> 430 U.S. 651 (1977).

<sup>123</sup> 492 U.S. 257 (1989).

<sup>124</sup>“Unlike the majority, however, Justice O'Connor found historical support for the proposition that the antecedents of the excessive fines clause in the Virginia Declaration of Rights, the English Bill of Rights, and Magna Carta applied to civil damages awarded to private parties.<sup>49</sup> She placed particular emphasis on the apparently interchangeable use of the terms *amercement* and *fine*,<sup>5 °</sup> and the imposition of *ameracements* by the Crown on behalf of private individuals in actions that later evolved into private civil actions.” in J. C. M. WOLTZ, *Excessive Fines Clause Revisited: Punitive Damages after Browning-Ferris Industries v. Kelco Disposal, Inc.* in *Tolsa Law Review*, 1989, XXV, p. 343.

<sup>125</sup> Cfr. P. PARDOLESI, *op. cit.*, p. 74 s., cfr, inoltre, M. S. ROMANO, *Danni punitivi ed eccesso di deterrenza: gli (incerti) argini costituzionali* in *Foro it.* 1990, IV, c. 174, che ripercorrendo l'iter tracciato dal Justice O'Connors scrive “Viene in rilievo, in primo luogo, l'*amercement*, che risale al XII-XIII secolo, e che consisteva nella condanna, a titolo di pena, al pagamento di una somma di danaro al re o ad un suo rappresentate, in conseguenza di violazioni sia penali che civili. Ad essa non poteva riconoscersi natura strettamente penale, tenuto conto delle numerose applicazioni che aveva in ambito civilistico, e del fatto che a quel tempo mancava, nel diritto inglese una precisa demarcazione tra illecito civile e penale... Accanto agli *ameracements* fecero la

La ragione alla base di una così difficile interpretazione dell'ottavo emendamento della Carta costituzionale americana non può non soffrire la ritrosia dell'universo di *common law* americano a scindere nettamente la legge civile da quella penale. La commistione che fin dalle origini ha caratterizzato l'ordinamento d'oltreoceano è andata a scontrarsi con le opere di legislazione che, seppure scarse, risentivano della necessità di etichettare il mondo giuridico.

Quanto viene definito in tale *case* dalla Suprema Corte è innovativo, lasciando spazio ad un approccio non strettamente formale, quanto piuttosto ad un'interpretazione funzionale della definizione di *excessive fine clause*. Il problema qui non è più comprendere se una determinata sanzione sia penale o civile, ma andar a ripercorrere la sua ontologica consistenza per comprendere in che modo incide sulla sfera giuridica del convenuto e, qualora sia palese il suo connotato punitivo, allora sarà necessario il richiamo all'ottavo emendamento.<sup>126</sup>

Nonostante la rilevanza ricoperta alla *dissent opinion* di *O'Connors* il caso lasciò aperto il dibattito: l'interpretazione funzionale, infatti, aveva ragione di esistere solo ed esclusivamente qualora il soggetto beneficiario della somma punitiva fosse il soggetto pubblico, escludendo la libera applicazione alle ipotesi in cui destinatario dei *punitive damages* fosse il privato: la *ratio* era infatti la protezione dagli abusi del potere pubblico.<sup>127</sup>

---

loro comparsa, attorno al XIII secolo, le *fines*, utilizzate tipicamente per sanzionare illeciti penali, alle quali si riconosceva, in origine, natura di pene pecuniarie 'patteggiate o sostitutive della pena detentiva e quindi, sostanzialmente, un carattere 'facoltativo', che però tuttavia persero con l'andar del tempo, assumendo una struttura molto simile a quella degli *amercements*".

<sup>126</sup> Cfr. ancora M. S. ROMANO, *op. cit.*, c. 174 ss.

<sup>127</sup> Sostiene J. C. M. Woltz nelle conclusioni di un suo celebre contributo "*The Browning-Ferris case removes from the repertoire of constitutional challenges to punitive damages the claim that punitive damages in suits between private parties violate the excessive fines clause of the eighth amendment when they are much larger than the compensatory damages awarded. The decision suggests, however, that the excessive fines clause may*

#### 4.4. ...*SEGUE: IL 14° EMENDAMENTO.*

Ad oggi però, la più problematica ipotesi di compatibilità dei danni punitivi con i principi costituzionali americani è rappresentata da quanto statuito nel 14° emendamento,<sup>128</sup> oggetto di molte controversie istaurate dinanzi al Supremo Collegio nordamericano, che, in origine assolutamente distante dalle idee di incostituzionalità, ha rivisto poco meno di vent'anni fa la sua posizione.

Si tratta di stabilire se la categoria dei danni punitivi, e nello specifico la loro quantificazione, sia in collisione con il quattordicesimo emendamento che vieta qualunque forma di limitazione della proprietà, anche attraverso l'ausilio legislativo, qualora non sia rispettosa della *due process clause*.<sup>129</sup>

Il profilo problematico è in tale sede rappresentato dall'eccessiva onerosità dei *punitive damages* comminati al convenuto, apparentemente definiti senza alcuna logica, ma solo ed esclusivamente in ragione del convincimento della condotta deprecabile ad avviso della giuria.

L'iter evolutivo che ha segnato le pronunce di illegittimità dei danni punitivi, perchè in contrapposizione con il 14° emendamento, inizia con due sentenze della Suprema Corte<sup>130</sup> che, a ben vedere, non presero posizione nel caso specifico riducendo il valore del

---

*impose restrictions upon civil actions in which the government is the beneficiary of a punitive damage award*" in J. C. M. WOLTZ, *op. cit.*, p. 348.

<sup>128</sup> Il 14° emendamento, sezione prima, della Costituzione degli *United State* recita "All person born or naturalized in the United States, and subject to jurisdiction thereof, are citizen of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty or property, without due process law, nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws".

<sup>129</sup> P. PARDOLESI, *op. cit.*, p. 75.

<sup>130</sup> Le sentenze in questione sono *Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip* [499 U.S. 1 (1991)] e *Txo Production Corp. v. Alliance Resources Corp.* 509 U. S. 443 (1993)].

risarcimento del danno ultracompensativo, ma ponendo in evidenza fondamentali snodi poi rivelatisi necessari.

Nel *case* comunemente chiamato *Haslip* del 1991, per la prima volta, viene sottolineata la forza e la valenza del verdetto della giuria, in grado, secondo la parte soccombente nel giudizio di primo grado, di distorcere l'istituto degli *exemplary damages*, liquidando dei risarcimenti che non siano giustificati da ragione alcuna, ma solo frutto di un'empatica affinità con il soggetto leso dalla condotta maliziosa della controparte.

La Corte Suprema, però, in tale occasione sostiene che nessuna forma di violazione delle garanzie costituzionali può dirsi perpetuato in quanto, la Giuria nominata non avrebbe fatto altro che seguire le indicazioni impartite dal giudice naturale della controversia, e rivelandosi, quindi, indirizzata nel suo *agere*<sup>131</sup>.

Tutto quanto rilevato ribadisce non solo la forza con la quale l'istituto dei danni punitivi sia radicato nel sistema statunitense, ma che tali forme di ristoro non sono intrinsecamente contrarie ai precetti costituzionalmente rilevanti.<sup>132</sup>

---

<sup>131</sup> Come si evince da un commento alla sentenza *Haslip*, scritto poco dopo la pubblicazione della stessa “*The jury also was told to focus on promoting the state policies of deterrence and retribution and to consider the character and degree of of the wrong*” di V. E. SCHWARTZ E M. A. BEHRENS, *Punitive Damages reform- State legislatures can and should meet the challenge issued by the Supreme Court of the United States in Haslip* in *The American Univ. Law Rev.*, 1993, p.1375. Riportando, inoltre, la presa di posizione della Suprema Corte degli *States* gli autori pongono in evidenza che la *ratio* evidenziata è quella di punizione per un'azione civile, il che pose in evidenza la natura assolutamente non compulsoria.

<sup>132</sup> In tal senso è bene tener in considerazione quanto affermato da G. Ponzanelli, il quale sostiene “la concessione dei danni punitivi non presenta, di per sé, deviazioni dal ‘nucleo duro’ dei principi costituzionali” in *Punitive damages e due process clause: l'intervento della Corte Suprema Usa* in G. PONZANELLI, *Foro it.* 1991, IV, c. 237. Secondo l'autore, infatti, la valenza di tali forme di risarcimento ha certamente sconvolto l'assetto della disciplina dei *torts* e non solo, ma il quesito che va affrontato in tale sede è se effettivamente spetti alla Corte Suprema tale valutazione di illegittimità, nella misura in cui il fenomeno giuridico in questione è connaturato alla *private law* americana.



Quanto, osservando bene la controversia in sé, era in dubbio va ricercato nel paventato abuso da parte della giuria di un potere che gli fu attribuito secoli or sono e che fin dalla nascita del danno punitivo ha posto notevoli problemi di coordinamento anche nell'Inghilterra del XVIII secolo.

Il percorso, però, è solo all'inizio. Un'altra fondamentale pronuncia della Corte Suprema, quella della *Txo Production Corp.* circa due anni dopo segna un punto di svolta: l'esercizio discrezionale ed incontrollato dei suoi poteri da parte della giuria rappresenta certamente la violazione del quattordicesimo emendamento della Carta Costituzionale, ma la eventuale competenza di verificare tale lesione non spetta alla Corte<sup>133</sup>.

Ancóra una volta i danni punitivi vengono 'salvati', anche se il disordine latente al fenomeno e alla varie forme di commisurazione del danno piano piano emerge, la Corte, infatti, sottolineando che non è sua la competenza di vagliare la lesione di precetti costituzionali, implicitamente ammette che il sistema incappa, talvolta, in difficili errori di valutazione, anche se nel caso di specie rigetta l'istanza di rivalutazione del *quantum*.

La svolta si ha qualche anno dopo, con il case *BMW of North America v. Gore*,<sup>134</sup> con cui la Suprema Corte muta definitivamente il suo orientamento e individua tre imprescindibili criteri per valutare l'eccessiva onerosità del *quantum* liquidatorio, ma soprattutto tende a ricercare un equilibrio tra le parti in causa.

---

<sup>133</sup> Il profilo problematico della questione è ben approfondito da G. Ponzanelli, l'autore descrive l'*iter* affrontato dalla Corte e le pronunce che hanno preceduto la *Txo Corp.*, emerge dalla sua valutazione che anche la concessione di *punitive damages* 'grossly excessive' sono idonei a ledere il principio della *due process clause* nella sua veste sostanziale, eppure la Suprema Corte non prende esplicite posizioni nel caso in concreto stanziando la sua mancanza di competenza a riguardo, volgendo la questione su un profilo pubblicistico-costituzionalista. cfr. G. PONZANELLI, *Non c'è due senza tre: la Corte suprema Usa salva ancóra i danni punitivi* in Foro It., 1994, IV, c. 92 ss.

<sup>134</sup> *BMW of North America v. Gore*, 517 U.S. 559 (1996).

Può essere utile preliminarmente ripercorrere il *case* in questione: il Sig. *Gore* acquista una nuova automobile della casa *BMW*, decide dopo poco di farla riverniciare, ma in tale occasione scopre che la stessa era già stata verniciata dal concessionario per coprire i danni causati nel trasporto marittimo, nonostante ciò, però, l'automobile è stata venduta come nuova.

Per tali ragioni il dottor *Gore*, medico dell'Alabama, muove azione legale nei confronti della casa automobilistica tedesca, paventando gli estremi della truffa, vincendo in primo grado ed ottenendo dalla giuria una liquidazione di 4.000 dollari per i danni subiti in conseguenza del deprezzamento dell'auto e ben 4.000.000 di dollari a titolo di *punitive damages*.<sup>135</sup>

La questione viene portata dinanzi alla Corte Suprema dalla *BMW*, che lamenta non solo la spropositata definizione del *quantum* risarcitorio, ma anche la potenziale lesione del 14° emendamento della Carta Costituzionale, ricevendo, inoltre, l'appoggio dell'organo supremo che per la prima volta definisce la comminazione dei danni esemplari come '*grossly excessive*'.

La corte individua tre linee guida: a) *the degree of reprehensibility*, il grado di riprovevolezza; b) *the ratio of punitive damage award to the actual harm inflicted on the plaintiff*, relazione

---

<sup>135</sup> La politica aziendale aveva un rigido schema da seguire, che lasciava a carico del consumatore finale una svalutazione inferiore a determinate soglie, il che, forse impropriamente, faceva sentire l'azienda legittimata ad omettere all'acquirente determinate marginali modifiche, soprattutto in ragione del fatto che la casa costruttrice, avente sede in Germania, contemplava la possibilità che il trasporto marittimo anche se in forma minima andava a compromettere la carrozzeria dei prodotti. Come si evince da un contributo americano, scritto a quattro mani, che delinea il percorso delle decisioni della Corte Suprema "*If the cost of repair was 3% or less of the car's suggested retail price, BMW sold the car as new without informing its dealers. If repair costs exceeded 3%, the cars were placed in company service for a while and then sold as used. The cost to repair Gore's car was \$ 601.37, approximately 1.5% of its \$ 40,000+ retail price. BMW asserted that the repaired car was as good as a new one. BMW believed a punitive award was improper because of its good faith belief that it had not duty to disclose this minor repair to Gore*", cfr. F. W. MORGAN e K. BOEDECKER, *Punitive damages after BMW v. Gore* (1996) in *Jour. Public Pol. Mark.*, 1997, p. 168.

tra danni punitivi e danni patrimoniali in senso stretto; c) *the state's sanctions for comparable misconduct*, sanzioni previste per condotte comparabili.

L'opinione maggioritaria prende le mosse dalla censura di quei criteri generali che, invero, poco chiara e lineare rendono la commisurazione dei danni punitivi, la cui prassi si basa principalmente sul cd. Moltiplicatore, posto come nucleo centrale della disciplina del risarcimento del danno dalla scuola di analisi economica del diritto ed erroneamente applicato, considerando come base il numero complessivo di vetture che presentavano il medesimo difetto.<sup>136</sup>

Il primo di tali criteri si presenta come quello piú vicino alla *ratio* punitiva espressa dai danni esemplari: la riprovevolezza della condotta, infatti, rappresenta conferma della componente di deterrenza e punizione che caratterizza tali forme di risarcimento. Nello specifico, però, il comportamento tenuto dalla casa automobilistica non può essere considerato a tal punto biasimevole da fungere come base per il risarcimento ultracompensativo. Dall'*opinion* di *Justice Steven* emerge come la condotta della *BMW*, sia certamente volontaria e poco corretta, ma non a livello da tramutarsi in un grave illecito civile, a dispetto di quanto sostenuto dal Sig. *Gore* che ravvedeva nella condotta della casa tedesca una componente di recidiva, sostenuta per lo piú dalla vaga convinzione di non compiere un illecito, almeno non in tutte le giurisdizioni. L'argomento che, però, rappresenta la piú forte critica dell'attore è costituita dalla concezione di 'porto sicuro' connotato dalla normativa sugli obblighi di informazione nel mondo commerciale.

---

<sup>136</sup> La decisione della Corte può essere ricondotta alla *opinion* del Giudice *Stevens*, la cui impostazione viene seguita dalla maggioranza dei colleghi (*Kennedy, O'Connors, Souters*) e sposata da un altro collega che redige autonoma *concurring opinion*, *Justice Breyer*, ma viene anche biasimata dal Giudice *Scalia* e *Ginsburg*, che sviluppano due autonome *dissenting opinion*. Cfr. G. PONZANELLI, *L'incostituzionalità dei danni punitivi 'grossly excessive'* in Foro It., 1996, IV, p. 421 e ss.

Nonostante ciò, la Corte resta dell'avviso che le imprecisioni siano rilevanti e sostiene che manchi la prova della mala fede, ma soprattutto non appare certa la attestazione di falsità o di affermazioni fraudolente nell'ambito della vendita dei beni di consumo.

Di altra natura il secondo elemento: la proporzione tra il risarcimento compensativo e la sanzione punitiva. La tradizione statunitense, infatti, richiama sempre un ragionevole rapporto dei danni esemplari con i danni compensativi, da ultimo il richiamo alla sentenza *Haslip* in cui vengono stabiliti dei limiti di quantificazione per i danni punitivi, individuati nel quadruplo di quelli compensatori, oltre si incorrerebbe in profili di illegittimità costituzionale.

Infine, ultimo criterio di valutazione è rappresentato dalla verifica delle sanzioni per le condotte illecite assimilabili: basti pensare al fatto che, nel *case* in questione, la condanna punitiva risulta di gran lunga maggiore rispetto ad una multa comminata qualora una simile condotta fosse stata perseguita in sede penale, come pena alternativa all'arresto.

Questo terzo profilo di indagine si rivela fondamentale per verificare l'effettiva eccessività del valore comminato dalla giuria in caso di attribuzione di danni punitivi, rappresentando per la prima volta un confine tra la materia civile e penale.

L'impostazione così delineata non resta isolata, ma anzi, immediatamente confermata da alcuni *cases* di quegli anni, che, proprio sulla base dei tre criteri dalla Corte Suprema elaborati, si muovono in direzioni sempre più evolutive.<sup>137</sup>

---

<sup>137</sup> In contesto di grande irrequietezza conseguente alla sentenza *Gore* del 1996 ha favorito e consentito la fissazione dei tre criteri principali in materia di risarcimento ultracompensativo a livello federale in due *cases* giurisprudenziali di grande rilievo, soprattutto mediatico. Il primo è quello contro la *State Farm Ins.*: l'irregolare condotta di una compagnia assicurativa mal disposta al pagamento del premio in seguito ad un incidente stradale si è rivelato sconsiderato presupposto per una liquidazione da capogiro per una coppia che, lamentando un *emotional distress*, conseguenza della lite temeraria, è giunta fino in Corte Federale. Quest'ultima non può fare meno di notare la sussistenza dei tre presupposti cristallizzati nel caso *Gore*: a) reprobabilità della condotta,

I danni esemplari sproporzionati nel caso *State Farm* a favore di una coppia fraudolentemente ingannata dalla propria compagnia assicurativa vengono ridotti ancora una volta in ragione della loro eccessività. Stesso destino spetta alla compagnia di produzione di Tabacco *Philip Morris*, ritenuta responsabile della morte di un accanito fumatore di sigarette *Malboro*, a sua

---

che si era presentata non solo biasimevole, ma anche poco seria e scorretta; b) proporzione tra i danni compensativi e quelli punitivi, benchè non sussista una proporzione da tenere la liquidazione non dovrebbe superare si dieci volte la quota dei danni *compensatory*; c) infine, resta ferma la distinzione tra sanzioni civili e penali, appartenenti a contesti diversi. Altro caso, invece, riguarda la casa produttrice di tabacco *Philip Morris* che, nel 2007, fu citata in giudizio dalla vedova *Williams* per la morte del marito causata da un tumore polmonare conseguente al massiccio consumo di sigarette *Marlboro*.

La stessa lamentava un'inadeguata informazione sulle conseguenze letali del fumo e per tale ragione le venivano riconosciuti sia danni compensativi che punitivi. La controversia giunge, però, in Corte Suprema in ragione della (s)proporzione sussistente tra le voci di danno (il rapporto era quasi di 1 a 100) e l'organo federale riduce il risarcimento richiamando anche in tal caso i tre criteri della sentenza *Gore* e scagliandosi con veemenza contro il cd. multiplo o moltiplicatore, e ritenendo fuori ogni logica considerare, come fattore dirimente nella quantificazione, il numero dei soggetti che pur avendo subito lo stesso danno non si sono costituiti in giudizio, né hanno instaurato autonoma controversia. Vengono, allora, richiamati argomenti di analisi economica del diritto: scopo fondamentale di tale risarcimento ultracompensativo è rappresentato dalla "deterrenza", fine questo perseguibile solo attraverso un processo di internalizzazione.

Il trasferimento del rischio sull'azienda che pone in essere il comportamento antiggiuridico richiede, soprattutto nelle ipotesi in cui si instaura una controversia contro una *deep pocket party*, il rinvio al Moltiplicatore, il tutto per evitare che l'*intentio* di prevenzione si vanifichi. Nello specifico la condotta dell'azienda di tabacco era stata certamente fraudolenta e allora il rinvio all'analisi economica del diritto pareva necessario. Due i criteri attuativi: a) costo aggregato di risarcimento, conseguente alla presa in considerazione di tutti i potenziali danni subiti anche da soggetti che non hanno richiesto alcun risarcimento; b) il valore del guadagno del danneggiante successivo all'atteggiamento fraudolento. Nessuno dei due criteri sembra essere applicato, ma, soprattutto, emerge palese il disappunto dei giudici della Corte Suprema nei confronti del moltiplicatore, sostanzialmente proiettato alla creazione di una pericoloso *windfall* a favore del danneggiato. Per ulteriori approfondimenti si confrontino G. PONZANELLI, *La costituzionalizzazione dei danni punitivi: tempi duri per gli avvocati nordamericani* in Foro It., 2003, IV, p. 255 ss.; ID., *I danni punitivi sempre più controllati: la decisione Philip Morris della Suprema Corte americana* in Foro It., 2008, IV, c. 181.

volta colpita da un risarcimento così ingente da essere considerato più che ultra compensativo.

In un quadro così dipinto, avente ad oggetto l'istituto dei danni punitivi e la loro potenziale illegittimità costituzionale, non possono essere trascurati due profili imprescindibili e fondamentali: da un lato l'elemento della giuria, organo previsto al 7° emendamento della Carta Costituzionale americana e storicamente interprete di una discrezionalità forte; dall'altro gli studi dell'analisi economica del diritto, attraverso i quali vanno filtrati gli schemi del diritto privato e pubblico sorti e diffusisi negli *United States*.

#### **4.5. LA GIURIA.**

Come si può osservare il fervente dibattito dottrinale sorto negli Stati Uniti è stato, fin dalle origini, incentrato e focalizzato sulla funzione che tale forma di risarcimento ultracompensativo persegue, e sui fondamenti storici che sono sottesi a tale *ratio*. Diverso l'approccio rispetto a quello inglese, il cui fine era andare ad investigare le origini di tale fenomeno e la logica che esso seguiva.

La ricerca osmotica di un etichetta che, una volta per tutte, sancisse ed individuasse la funzione e lo scopo dei *punitive damages* è sfociata in una analisi accurata di alcune peculiarità proprie del sistema giuridico degli *States* e che ne rappresentano i profili problematici, ragione, al contempo, per la quale l'esperienza dei danni esemplari si presenta tanto diverso da quella anglosassone più remota.

La preliminare valutazione che va effettuata riguarda la funzione e la proceduralizzazione della giuria, elemento fondante del giudizio americano,<sup>138</sup> sia nel *process* penale che in quello civile, prima evidente differenza rispetto al processo anglosassone, in cui attualmente la giuria è imprescindibile solo nell'ambito della *criminal law*, e sporadicamente richiamata nel giudizio civile.

A ben vedere, inoltre, il giudizio cd. *Jury Trial* è sconosciuto ai paesi di *civil law*, in cui il diritto ad esser giudicati da una giuria anonima e composta da cittadini, non esiste: tale procedura, invece, continua ad esser viva ed in evoluzione negli *States* dove tale *iter* costituisce la manifestazione di una garanzia costituzionalmente rilevante al 7° emendamento<sup>139</sup>.

---

<sup>138</sup> Ciò che va preliminarmente esposto è la differenza di impostazione all'interno degli ordinamenti più rilevanti tra i sistemi di *common law*: mentre, infatti, negli *United States* l'istituto della giuria è estremamente rilevante sia nel contesto penale sia in quello civile, nell'Inghilterra moderna il *trial by jury* è quasi completamente scomparso. Nel giudizio civile, già nel 1933, in seguito all'emanazione dell'*Administration of Judicatur Act*, le controversie in cui le parti avevano la facoltà di richiedere ed ottenere il giudizio *by jury* furono limitate ai *cases* di diffamazione scritta (*libel*), diffamazione orale (*slander*), incarcerazione illegale (*false imprisonment*), calunnia (*malicious prosecution*), seduzione (*seduction*), violazione di promessa di matrimonio (*breach of promise of marriage*), frode (*fraude*). In tutte le altre ipotesi si lasciava spazio solo all'*iter* monocratico del giudice. Cfr. a tal proposito V. VARANO, *Organizzazione e garanzie della giustizia civile nell'Inghilterra moderna* in AA. VV., *Studi di diritto comparato* (a cura di) M. Cappelletti, Milano, 1973, p. 221 ss.

<sup>139</sup> Il settimo emendamento della Costituzione americana così recita “*In suits at common law, where the value in controversy shall exceed twenty dollars, the right of trial by jury shall be preserved, and no fact tried by a jury shall be otherwise re-examined in any court of the United States, than according to the rules of the common law*”. L'origine della stesura del 7° emendamento rappresenta un importante risvolto della politica statunitense: lo scontro tra due distinte fazioni, quella dei federalisti e degli antifederalisti, ha intrinsecamente dettato il risultato, nonché compromesso dialogico. In tal senso si prenda in considerazione quanto riportato da Chapman “*These amendments represented a compromise between the Federalists and Antifederalists. Federalist leader Alexander Hamilton noted that all the Framers agreed on ‘the value they set upon the trial by jury’. What distinguished the parties’ positions was that the Federalists believed there is no ‘inseparable connection between the existence of liberty and the trial by jury in civil cases’, but that Congress, as the people’s voice,*

Ciò ha, chiaramente, comportato notevoli conseguenze anche sotto il profilo meramente organizzativo: la necessità di radunare un numero non proprio esiguo di persone nello stesso luogo e la necessità di edurre loro sulla controversia allo stesso tempo e tutte insieme, ha reso il *trial* un evento fondamentale nel processo delle aule di *common law*, al punto tale da aspirare allo svolgimento di *cases* in grado di giungere a conclusione anche in un solo giorno.<sup>140</sup>

Tutto ciò appare possibile poiché la fase preliminare al confronto con la giuria consente alle parti ed ai relativi avvocati costituiti di ridurre al minimo l'effetto sorpresa, legato alle novità introdotte in sede dibattimentale, essendo queste ultime già preventivamente prodotte, e sussistendo vari momenti precedenti al *trial* in cui gli avvocati e i giudici si confrontano, risolvendo le questioni contingenti e secondarie, dando vita, solo apparentemente ad un sistema inquisitorio.

---

*would guarantee the jury's longevity. The Antifederalists, however, opposed the Constitution if an amendment securing civil juries was not added".* In N. S. CHAPMAN, *Punishment by the people: rethinking the jury's political role in assessing punitive damages* in *Duke Law Jour.*, 2007, p. 1133 ss.

<sup>140</sup> La presenza della giuria nei sistemi di *common law* ha avuto un'enorme influenza sulla procedura civile disciplinata in tali ordinamenti: la funzione attribuita alla stessa, come *ab origine*, in veste di giudice del fatto, necessaria a completare il giudizio dell'autorità giudicante, competente a valutare il diritto, ha reso necessario un coordinamento tanto organizzativo quanto di lavoro. L'audizione dei testimoni e la predisposizione dei mezzi di prova che parallelamente vanno confrontati con le norme giuridiche di volta in volta individuate non permettono dilazioni, ma soprattutto attribuiscono al *trial* un valore concentrato nell'*iter* di giudizio. Alla giuria, al giudice e agli avvocati, insieme con le parti che rappresentano, appare utile e proficuo la riunione in una seduta unica, rinviabile solo in casi strettamente necessari, ma comunque straordinari: ciò comporta una divisione in due fasi, il *trial* e il *pre-trial*, sede in cui ci si prepara alla discussione in aula. Tale percorso è ben illustrato da *Merryman*, il quale procede ad un'analisi dei profili procedurali dei giudizi di *civil law*, ponendo la sua attenzione sugli elementi differenziale, ma soprattutto con gli occhi di uno studioso cresciuto e plasmato da un ordinamento di *common law*. Cfr. J. H. MERRYMAN, *La tradizione di civil law nell'analisi di un giurista di common law* in AA. VV., *Studi di diritto comparato* (a cura di) M. Cappelletti, Milano, 1973, p. 167 ss.



Ciò che giunge dinanzi ai giurati, insomma, è solo parte della elaborazione processuale delle parti, soprattutto in ragione delle rigide norme che disciplinano l'inammissibilità di alcune prove (*exclusionary rules*), la cui *ratio* sottesa è finalizzata ad evitare che la *jury* venga influenzata da elementi probatori di scarsa consistenza, ma in grado di confondere le prospettive.<sup>141</sup>

Una tale impostazione processuale ravvede, dunque, nella giuria un organo fondamentale ai fini della risoluzione della controversia non solo tutelato costituzionalmente, ma soprattutto solitamente empatico nei confronti del soggetto leso, ragione quest'ultima che sarebbe alla base delle molteplici liquidazioni di danno dalla entità a dir poco sproporzionata.<sup>142</sup>

Emerge, da quanto sinora affermato, che la quantificazione dei *punitive damages* è riconducibile all'operato della giuria negli *States* e non dalla valutazione del giudice, profilo questo del processo civile che da tempo impegna il dibattito d'oltreoceano, fortemente cristallizzatosi nella profonda consapevolezza dell'inidoneità dei componenti della giuria ad emanare simili valutazioni con tecnicismi e competenze valide.

L'*iter* decisionale è dunque scisso in due frangenti: il primo in cui si definisce la colpevolezza del *defendant*, il secondo in cui viene definito e quantificato il risarcimento che lo stesso deve liquidare al *plaintiff*. La ragione di un simile percorso che si biforca, solo quando la responsabilità è stata riconosciuta, trova la sua ragione d'essere nell'*intentio* perseguita dal costituzionalista di garantire un'oggettività nella individuazione del *quantum*: detto in altri

---

<sup>141</sup> Cfr. ancora J. H. MERRYMAN, *op. cit.*, p. 174.

<sup>142</sup> Come lo stesso Pardolesi afferma la giuria, nel contesto statunitense, di rivela un organismo *pro-plaintiff*, ciò è legato al fatto che la lesione subita dal consumatore, nella maggior parte delle controversie di risarcimento del danno, è conseguenza immediata di una condotta non corretta e connotata da *malice* o *fraud*. Questo rende, agli occhi dei giurati, che sono pur sempre privati cittadini, ancor più grave l'atteggiamento dell'impresa, la cui mancanza di trasparenza stimola un'empatica immedesimazione nel soggetto leso, presupposto funzionale di liquidazioni di *exemplary damages* dalla smisurata quantificazione. Cfr. R. PARDOLESI, *I punitive damages nell'ordinamento italiano*, in AA. VV., *Seminari di diritto privato comparato*, a (cura di) R. PARDOLESI, Bari, 2011, p. 67 ss.

termini, per far i modo che i deboli non siano schiacciati da favoritismi da parte delle Corti nei confronti di responsabili, piú agiati e quindi piú inseriti in un tessuto sociale a cui appartengono i giudici stessi.<sup>143</sup>

Come nell'Inghilterra piú remota l'istituto del *jury trial* doveva alimentare la percezione nei cittadini di essere in prima persona artefici della sicurezza sociale diffusa, cosí negli *States* del XX secolo la persistenza del fenomeno della giuria ravvede come finalit  quella di attribuire ai singoli giurati il ruolo di supervisor anche delle autonome parti che operano in fase processuale (avvocati e giudici).

Il problema che consegue a tale scelta procedimentale   legata alla frequente inesperienza e mancanza di conoscenza tecnica necessaria per poter affrontare controversie riconducibili all'alveo della *tort law*, in particolar modo poich  la scarsa dimestichezza nel settore rende loro facilmente influenzabili e manovrabili da coloro i quali sono dotati di mezzi piú efficienti, si pensi ad una buona difesa o ad un *team* di avvocati di elevato spessore professionale, vantaggi questi che si riverberano senz'altro sul giudizio finale.

A oggi il giudizio comporta il coinvolgimento dei *Juros* in incontri con la Corte per la individuazione di linee guida: il giudice, infatti, una volta che il caso   stato rappresentato dalle parti alla giuria informa i giurati della *law* da seguire al fine di risolvere il *case*.

---

<sup>143</sup> Cfr. In tal senso F. BENATTI, *Correggere e punire dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, Milano, 2008, p. 57; cfr., inoltre, S. LANDSMAN, *The civil jury in America in Law and cont. Problems*, 1999, p. 288, in cui l'Autore afferma "*The jury is the most neutral and passive decisionmaker available. It is not called upon to rule on any pretrial disputes, nor is it involved in the administration of the lawsuit. At trial, it hears only the evidence that has been screened for the objectionable and prejudicial material. Juries are made up of people who come together to hear one case; they are, therefore, unlikely to be tainted by the sorts of predispositions judges may develop over the course of their careers either about certain sorts of claims or certain lawyers or litigants. Because the jury comprises a group, no single juror's prejudices can destroy its ability to reach a fair decision*".

Tale impostazione di condotta non è, però, identica in tutti gli *States*, ma dipende dagli usi locali: in alcune Corti, infatti, la giuria viene istruita prima che il procuratore costituito a favore del *plaintiff* illustri le sue memorie difensive, in altre, invece, il giudice lascia completa autonomia agli avvocati e interviene nella sua opera di mentore solo successivamente alla chiusura dell'arringa.

Nella medesima fase la Corte specifica alla *jury* la forma di verdetto che la stessa andrà ad emanare, potendo scegliere tra tre tipologie: a) *general verdict*, b) *general verdict with interrogatories*, c) *special verdict*. La più frequente tipologia è quella del verdetto generale, che si presenta come interamente posta nelle mani dei giurati, che ne analizzano sia il profilo legale che fattuale, senza dover giustificare la propria decisione e potendo vagliare sia la sussistenza di una responsabilità che la quantificazione dei danni in conseguenza di tale responsabilità.

Verdetto generale con interrogatorio, invece, implica la libertà di decidere la controversia, ma in concomitanza richiede ai giurati di rispondere ad una serie di domande in virtù delle quali si possano desumere i fondamenti della conclusione a cui i medesimi sono giunti.

L'ultima tipologia di verdetto, quello speciale, rimbalza parte della responsabilità della decisione alla Corte: quando previsto richiede la risposta da parte dei giurati ad una serie di domande molto specifiche finalizzate a comprendere l'approfondimento degli stessi rispetto ai fatti oggetto della controversia da cui, solo in seguito, desumere i profili legali. Tale impostazione priva la giuria della classica discrezionalità che le è attribuita per la conclusione della controversia, e per questa ragione nella realtà sporadica.<sup>144</sup>

Il forzato dialogo, dunque, che sussiste tra Corte e giuria ha sollevato ancora una volta l'attenzione di quanti ravvedono nella posizione del giudice la figura più autorevole, ma

---

<sup>144</sup> Cfr. Ancora S. LANDSMAN, *op. cit.*, p. 299.

soprattutto la piú consona a decidere sulla quantificazione in materia di risarcimento del danno.

Il problema potrebbe essere riassunto ponendo l'attenzione sulla inabilità dei giurati a quantificare le lesioni non patrimoniali e non solo: la forte componente emotiva che domina la scena rende vulnerabili ed influenzabili i giurati, ma non certo il giudice.<sup>145</sup>

Ecco, allora, che si rivela possibile tracciare le distinzioni: di fronte a casi simili sia i giudici che i giurati concordano nel considerare il *defendant* colpevole, e quando questo avviene ciò che ne consegue fa la differenza. La liquidazione dei danni punitivi è per mano della giuria sempre piú cospicua ed elevata, non viene tenuto a mente la correlazione che solitamente si auspica tra danni compensativi e danni esemplari, ma si focalizza sul disvalore della condotta e sulla lesione che la stessa azione ha prodotto.<sup>146</sup>

---

<sup>145</sup> Tali osservazioni sono state oggetto di accurate analisi ed esperimenti scientifici: la comparazione delle valutazioni di giudici e giurati, chiamati ad esprimersi in merito a medesimi *cases*, ovviamente concludendo in maniera sensibilmente differente, ha suscitato grande interesse, in particolar modo sotto un profilo prettamente economico e statistico. Si tenga in considerazione, in tal senso, l'elaborazione di J. Hersch e W. Kip Viscusi che in un saggio a quattro mani affermano “*In general, judges are less prone to suffering from various forms of hindsight bias, and their awards of punitive damages are highly correlated with the degree to which the defendant's behavior is reckless in economic terms, whereby the safety action that was not undertaken offered considerable benefits at low cost*”. In J. HERSCH & W. KIP VISCUSI, *Punitive damages: how judges and juries perform* in *The Jour. Legal Stud.*, 2004, p. 5.

<sup>146</sup> A sostegno di tale visione vanno richiamate le conclusioni di un celebre scritto in cui gli autori affermano a termine di un'analisi dal sapore statistico che “(1) *juries and judges award punitive damages in approximately the same ratio to compensatory damages, (2) little evidence of increasing levels of punitive awards exists, and (3) juries' and judges' tendencies to award punitive damages differs in bodily injury and no-bodily-injury cases. The similarity in punitive-compensatory ratios probably suggests that juries and judges behave similarly with respect to award amounts. The differences in punitive award rates more likely are a function of case selection than of jurors' relative harshness in bodily injury cases*”. In T. EISENBERG, P. L. HANNAFORD, M. HEISE, N. LA FOUNTAINE, B. OSTROM, *Judges, Juries, and Punitive Damages: Empirical Analyses Using the Civil Justice Survey of State Courts 1992, 1996, and 2001 Data* in *Cornell Law Rev.*, 2007, p. 293.

La giuria, dunque, empaticamente vicina al *plaintiff*, si trova a ricoprire un ruolo che, emotivamente vicino al soggetto leso, rende il suo operato pragmaticamente fazioso, schierato, sebbene implicitamente, a alla condanna del *defendant*.<sup>147</sup>

Vanno allora prese realmente in considerazione le osservazioni di chi pone attenzione sul fatto che analizzando quanto previsto nel settimo emendamento della Costituzione americana sancisce un vero e proprio diritto al *jury trial*, ma non una indicazione specifica in merito alla funzione della giuria di quantificare la somma in controversie aventi ad oggetto risarcimenti ultracompensativi.<sup>148</sup>

---

<sup>147</sup> Tale prospettiva viene confermata anche da E. Green in un suo celebre scritto in cui emerge la diversa posizione Assunta da giudice e giurati in relazione alla sofferenza sopportata dal soggetto leso, in particolare quando la controversia verte su lesioni personali: “*In personal injury cases, the judge and the jury agreed on liability 79 percent of the time. More interesting, however, was the fact that the judges and the juries disagreed considerably on damage awards. In 52 percent of the cases in which judge and jury agreed that the defendant was liable, jurors awarded more in damages; in 37 percent of cases where the defendant’s liability was agreed upon, jurors awarded less; and in only 9 percent of cases did jury and judge agree on the level of damages. Overall, jury awards averaged 20 percent higher than judges’ awards.*” In E. GREEN, *On juries and damages awards: the process of decisionmaking in Law and Contem. Probl.*, 1989, p. 228.

<sup>148</sup> Molto celebre a tal proposito è il contributo di P. Mogin, il quale fu fermo sostenitore di quella interpretazione che limitava l’ambito di estensione del 7° emendamento alla struttura del *jury trial*, senza ravvedere altrettanta copertura costituzionale anche in relazione alla funzione della giuria di quantificare il danno. “*The absence at common law of a right to have the amount of damages decided by a jury suggests that it might even be consistent with the Seventh Amendment for federal judges to determine the amount of compensatory damages. But whether or not such a practice would be permissible, there are considerations peculiar to punitive damages that confirm that the Seventh Amendment should not be interpreted to require that punitive damages be set by juries.*” Tra le varie effettuate dall’Autore una fondamentale merita attenzione, proponendo una modifica del concetto di danno punitivo dall’epoca dell’800 anglosassone “*In this country punitive damages are the subject of separate instructions, and in nearly all states the jury, if it chooses to award such damages, identifies in its verdict separate sums for compensatory and punitive damages. In contrast, in eighteenth century England, punitive damages typically were not a separate element of recovery.*” Cfr. P. MOGIN *Why judges, not juries, Should set punitive damages* in *Univ. Chicago Law Rev.*, 1998, p. 205.

Due i casi giurisprudenziali che sotto tale profilo vanno ricordati, tra i più recenti, *Gasperini v. Center for Humanities*<sup>149</sup> e *Tull v. United States*<sup>150</sup>; in quest'ultimo *case* citato emerge la visione restrittiva in merito alla corretta interpretazione del 7° emendamento della Carta costituzionale.<sup>151</sup>

La controversia, avente ad oggetto la corretta applicazione del *Clean Water Act*, si esplica ponendo l'attenzione sulla non automatica quantificazione di una *civil penalty* da parte della giuria e, consequenzialmente all'assimilazione tra penalità civili e danni esemplari, poteva concludersi che una medesima specificazione valeva alla stregua per i *punitive damages*.<sup>152</sup>

---

<sup>149</sup> 116 S. Ct. 2211, 2235 (1996).

<sup>150</sup> 481 U.S. 412, (1987).

<sup>151</sup> Nel testo della sentenza, infatti, si legge “2. *The Seventh Amendment does not guarantee a jury trial to assess civil penalties under the Act. The fact that trial judges assess those penalties does not violate the Amendment, since assessment cannot be said to involve the substance of a common law right to, nor a fundamental element of, a jury trial, as is necessary to implicate the Amendment. Congress has an unquestioned right to fix civil penalties, and may delegate that right to trial judges, particularly where, as here, highly discretionary calculations that take into account multiple factors are necessary.*” L'impostazione dalla core abbracciata è riconducibile alla visione storica della giuria, come organismo dalle radici sassoni il cui fine principale era la tutela dei deboli e la partecipazione dei concittadini alla vita giudiziaria del Regno.

<sup>152</sup> Tale caso resta, però, isolato: il Giudice Scalia, con *opinion* dissenziente, si allontana da quanto stabilito dai suoi colleghi, mettendo in evidenza la distinzione tra cause civili in cui la controparte sia lo Stato e quelle in cui il rapporto sia instaurato tra privati. Così si esprime “...*in my view, the right to trial by jury on whether a civil penalty of unspecified amount is assessable also involves a right to trial by jury on what the amount should be. The fact that the Legislature could elect to fix the amount of penalty has nothing to do with whether, if it chooses not to do so, that element comes within the jury-trial guarantee. Congress could, I suppose, create a private cause of action by one individual against another for a fixed amount of damages, but it surely does not follow that, if it creates such a cause of action without prescribing the amount of damages, that issue could be taken from the jury. While purporting to base its determination (quite correctly) upon historical practice, the Court creates a form of civil adjudication I have never encountered. I can recall no precedent for judgment of civil liability by jury, but assessment of amount by the court. Even punitive damages are assessed by the jury when liability is determined in that fashion. One is of course tempted to make an exception in a case like this,*

Sposando una simile impostazione, dunque, assumerebbero grande valenza le opinioni di quanti ravvedono nel *Justice* il soggetto processuale piú idoneo a quantificare il risarcimento del danno nella sua prospettiva *compensatory e punitive*, senza confinarlo in una fase solo successiva ed eventuale, poiché patologica.<sup>153</sup>

Non sono isolate, pertanto, le opinioni di quanti distoglierebbero dai poteri attribuiti alla giuria quelli relativi alla quantificazione, in virtù di una quasi accertata inabilità a convertire in valore economico le lesioni subite dal *plaintiff*.<sup>154</sup>

---

*where the Government is imposing a noncompensatory remedy to enforce direct exercise of its regulatory authority, because there comes immediately to mind the role of the sentencing judge in a criminal proceeding. If criminal trials are to be the model, however, determination of liability by the jury should be on a standard of proof requiring guilt beyond a reasonable doubt. Having chosen to proceed in civil fashion, with the advantages which that mode entails, it seems to me the Government must take the bitter with the sweet. Since, as the Court correctly reasons, the proper analogue to a civil fine action is the common law action for debt, the Government need only prove liability by a preponderance of the evidence, but must, as in any action for debt, accept the amount of award determined not by its own officials, but by 12 private citizens. If that tends to discourage the Government from proceeding in this fashion, I doubt that the Founding Fathers would be upset. I would reverse and remand for jury determination of both issues.”*

<sup>153</sup> L'intervento del giudice e della Corte, infatti, è ammesso al fine di sindacare la corretta quantificazione da parte della giuria, e ciò non avviene fisiologicamente, ma solo qualora il verdetto sia viziato per ragioni tassativamente previste. Come afferma J. Ghiardi “*As a general rule, an award of punitive damages will not be aside or changed unless the courts finds that: (1) it was based on prejudice, passion or bias; (2) it was based on a mistake of law or fact; (3) it lacked evidentiary support; or (4) it shocked the judicial conscience.*” Cfr. J. D. GHIARDI, *Punitive damages awards: an expanded judicial role* in *Marquette L. Rev.*, 1988, p. 35.

<sup>154</sup> In particolare a sostegno di una simile prospettiva va richiamato J. D. Ghiardi, il quale afferma in conclusione di un suo contributo “*Since punitive damages have essentially the same purpose as criminal sanctions - punishment and deterrence - it would be reasonable to allow the judge in a post-trial hearing to set the amount of punitive damages. The judge could, after liability for punitives has been determined by the jury, consider any and all of the factors necessary to tailor an appropriate punishment for a particular defendant in a controlled environment where the parties could introduce any relevant information applicable to the amount of damages to be awarded... This approach would allow a judge, who has at his disposal greater experience and knowledge in determining a reasonable amount of money adequate to punish and deter, to make the original assessment of*

Questo orientamento, però, deve ad oggi continuare a scontrarsi con la prassi che lascia un potere nel *trial jury* all'insieme dei giurati discrezionale e senza confine alcuno, se non in alcuni ipotesi, previste da normative settoriali o consuetudinarie.

#### 4.6. L'ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO.

Snodo fondamentale al fine di comprendere l'esatta consistenza dell'istituto dei *punitive damages* è rappresentato dalla teoria giuseconomica, la scuola di pensiero che nella seconda metà del XX secolo ha preso le mosse dagli studi di Posner e Coase, concretizzandosi nella cd. Analisi economica del diritto, dalle molteplici sfumature. "Espressione del locale pragmatismo, e dell'utilitarismo"<sup>155</sup> come sostiene Autorevole dottrina, la scuola dell'analisi economica del diritto certamente permea il mondo giuridico negli stati d'oltreoceano nella sua interezza.

A differenza, infatti, degli ordinamenti appartenenti all'area giuridica di *civil law* il procedimento ermeneutico seguito dagli operatori del diritto statunitensi non parte da un

---

*the amount of the award, instead of having to remit it. This approach would also prevent the introduction of potentially prejudicial evidence such as the amount and number of other punitive verdicts, and the wealth of the defendant from influencing the issue of liability. In addition, it would eliminate the wasteful costs of a new trial, and also the problem faced by defendants defending against liability in the first instance, while also having to introduce evidence as to his or her wealth and profitability at the same time".* In J. D. GHIARDI, *op. cit.*, p. 46. Tra gli altri vanno richiamati a sostegno di tale impostazione S. LANDSMAN, *The civil jury in America in Law and Cont. Prob.*, 1999, 285 ss.; N. S. CHAPMAN, *Punishment by the people: rethinking the jury's political role in assessing punitive damages in Duke Law Jour.*, 2007, p. 1119 ss.; E. GRENN, *On juries and damages awards: the process of decisionmaking in Law and Cont. Prob.*, 1989, p. 225 ss.

<sup>155</sup> A. GENTILI, *Senso e consenso*, Torino, 2015, p. 145.



testo, predisposto a monte dal legislatore, bensì valuta *ex post* gli effetti prodotti dalla norma giuridica, laddove vi sia, e la sua efficienza.

Gli ordinamenti che hanno tratto origine dal sistema romanistico ravvedono il parametro di ciò che è lecito e non antiggiuridico all'interno di testi di legge ed il compito del giurista è quello di interpretare gli stessi, ciò vuol dire che l'operatore del diritto non opera scelte, già effettuate dal legislatore, ma si limita a decidere tra le molteplici applicazioni quella più consona per la regolamentazione del caso concreto.

Il giurista, invece, americano predilige un approccio "che guarda in avanti"<sup>156</sup> andando a verificare le conseguenze che le regole in vigore comportano e selezionando le stesse sulla base della loro efficienza, ed è per questo che si distacca dal concetto di giustizia come testo oggettivizzato. La prospettiva, pertanto, sembra essere più dinamica di quella che si ravvede negli ordinamenti di *civil law* in cui il giudice, sia per legittimare il suo operato sia per

---

<sup>156</sup> Tale definizione è presa in prestito da un testo particolarmente esplicativo di Cooter, Mattei, Monateri, Pardolesi e Ulen, per i quali non sussisterebbe una vera e propria ragione per la quale la teoria dell'analisi economica del diritto non possa diffondersi anche negli ordinamenti di *civil law*, ma andrebbero vagliati tre piani di indagine per cogliere la sussistenza di una oggettiva incompatibilità tra l'analisi economica e gli ordinamenti continentali. In primo luogo bisognerebbe analizzare l'esistenza di un insieme di leggi scritte, prerogativa quest'ultima che non assimila i paesi appartenenti al contesto di *common law* con quelli di *civil law*. A tale osservazione va però eccepito che, a ben vedere, fino all'epoca del positivismo e del *Code Napoleon* del 1804 non esistevano codici unitari, bensì una moltitudine di testi minori, realtà quest'ultima che assimila il Regno Unito e gli Stati Uniti d'America con gli ordinamenti europei di fine '600. In secondo luogo, attenzione richiede l'approccio ermeneutico, certamente differente perché l'esistenza di testi codicistici pone l'operatore del diritto nella condizione di dover applicare in concreto una disposizione già stabilita in astratto, situazione questa che allontana le tecniche applicative degli studiosi di oltreoceano con quelli del vecchio continente. In terzo luogo, infine, diverso vigore ha assunto nei due sistemi il ruolo del linguaggio istituzionale del mondo giuridico, sicuramente anche in conseguenza della mancanza di una codificazione unitaria nei paesi di *common law*. Cfr. per approfondimenti R. COOTER, U. MATTEI, P. G. MONATERI, R. PARDOLESI E T. ULEN, *Il mercato delle regole*, Bologna, 1999, p. 15 ss.

sottolinearne la non arbitrarietà, va a trincerarsi dietro una volontà allo stesso preordinata e dallo stesso meramente recepita.

Ciò che emerge da un'introduzione agli studi di analisi economica del diritto è che l'economista tende a sostituire al concetto di giustizia quello di efficienza: la norma non si presenta come giusta, ma va seguita e rispettata in quanto efficiente.

È bene, però, precisare che anche la scuola giuseconomica presenta al suo interno differenti impostazioni, conseguenza di *iter* evolutivi diversi sia sotto il profilo cronologico che sotto quello accademico.<sup>157</sup> La prima scuola economica si è sviluppata a Chicago e viene definita “positiva”, essa fin dagli anni settanta si è consolidata nel solco degli studi di Ronald Coase ed in quelli, di poco successivi, di Richard Posner. Il fondamento di tale opinione economica è legato al raggiungimento dell'ottimo paretiano, cioè all'efficienza che, in qualità di fattore predominante nell'organizzazione politica e nell'evoluzione giudiziaria, rappresenta l'unico criterio di valutazione dell'*agere* dell'intero universo giuridico. Il concetto di giustizia, infatti, secondo tale corrente di pensiero lascerebbe spazio a molteplici ambiguità, che, per converso, l'obiettivo fotografica della realtà fissata dal parametro dell'efficienza non presenta. La coscienza dell'economista di raggiungere il giusto equilibrio solo attraverso la corretta riallocazione delle risorse, nel settore pubblico come in quello privato, si accompagna alla consapevolezza di non essere in grado di comprendere e sezionare il mondo giuridico nel suo complesso.

Di diverso avviso è stata la scuola di analisi economica definita “normativa”, proprio in ragione dell'idea che studi di origine economica potessero influenzare ed incidere sui fallimenti del mercato, rivestendo *pro futuro* una funzione appunto normativa, proprio in conseguenza della gestione di dati e algoritmi matematici. Tale corrente ha preso le mosse

---

<sup>157</sup> Cfr. Per una panoramica sull'evoluzione delle scuole di analisi economica del diritto il contributo di F. Parisi, il quale traccia le linee evolutive delle differenti correnti di pensiero, addentrandosi, inoltre, nelle più rilevanti impostazioni economiche F. PARISI, *Scuole e metodologie nell'analisi economica del diritto* in *Riv. Dir. Priv.*, 2005, p. 377 ss.

dagli studi di Guido Calabresi e dall'università di *Yale*, i cui contributi si sono focalizzati per lo più sulla corretta distribuzione delle risorse e sulla verifica dei costi sociali, tanto nelle fasi fisiologiche che in quelle patologiche.

Degno di nota si presenta, infine, l'approccio "funzionale" della terza e più recente scuola della Virginia la cui speculazione ha riguardato non i fallimenti del mercato, bensì quelli del mondo politico, da cui le norme provengono: secondo tale impostazione, infatti, la verifica della struttura e degli incentivi sottesi alla normazione sono fondamentali elementi di valutazione per la modifica dei dettami legislativi.

Delle tre differenti prospettive, la scuola normativa sembra, per prima, aver posto l'attenzione su materie come quelle dell'illecito civile, dei contratti e della proprietà, ciò perché Guido Calabresi, illustre giurista oggi alla Corte Suprema degli Stati Uniti, ha da sempre affermato la necessità che i costi sociali dovessero essere riassorbiti attraverso metodi che non fossero pregiudizievole per una sola classe o posizione all'interno della società.

In poche parole, "gli economisti vedono la responsabilità come un sistema di incentivi per tenere un comportamento efficiente. Un soggetto deve essere ritenuto responsabile se, e solo se, ciò crea incentivi per un comportamento efficiente", l'approccio economico ha come finalità il raggiungimento ed il perseguimento di un equilibrio tra le risorse e i costi della società, in cui tutti soggetti interagiscono.

La questione è legata al fatto che ogni qualvolta vi sia un pregiudizio e, dunque, una responsabilità, il costo del danno arrecato deve essere imputato in capo ad un soggetto, auspicabilmente in capo al soggetto responsabile, ma non sempre tale individuo può essere scovato. Si tratta di andare ad internalizzare delle diseconomie esterne<sup>158</sup> e tale finalità può essere perseguita qualora le disposizioni giuridiche siano in grado di incentivare gli operatori della realtà a tenere comportamenti efficienti, il metro di valutazione della complessiva

---

<sup>158</sup> Cfr. per approfondimenti su profili di economia politica e nozioni di efficienza, E. ZAGARI, *L'economia politica dal mercantilismo ai giorni nostri*, Torino, 2001.

efficienza del sistema, infatti, deve essere parametrato in base al grado di soddisfazione di tutti i consociati. Questi ultimi, inoltre, nelle loro condotte dovrebbero sempre aver ben a mente il rapporto tra benefici e costi, facendo in modo che le conseguenze delle loro attività siano sempre economie e non diseconomie, che, invero, creerebbero costi sociali.

L'argomento, oggetto di un'importante opera giuridica di Guido Calabresi,<sup>159</sup> si presenta ancora oggi la chiave di lettura dell'impostazione giuseconomica che protendendo ad una minimizzazione dei costi sociali si pone due differenti percorsi da seguire, da un lato quello degli incentivi primari, riferiti ai soggetti danneggianti, e dall'altro quello degli incentivi secondari, diretti alle vittime.<sup>160</sup>

---

<sup>159</sup> Cfr. G. CALABRESI, *Il costo degli incidenti sociali*, Yale University Press, 1970, in tale opera l'Autore individua le due funzioni della responsabilità civile, riconducibili al perseguimento della giustizia e alla riduzione dei costi. Il raggiungimento di tali obiettivi è possibile attraverso due differenti percorsi, uno di prevenzione "generale", l'altro di prevenzione "specificata". Seguendo il primo *iter*, onere della politica legislativa è ritrovare un equilibrio che consenta ai consociati di addivenire a corrette scelte comportamentali, con l'ausilio di deterrenti e il timore di eventuali sanzioni. Si tratterebbe di una valutazione a monte, che i consociati subiscono. Diverso il cammino, invece, in caso di prevenzione specifica, in cui i soggetti agenti all'interno del mercato decidono liberamente che tipo di condotta preventiva tenere, ricorrendo per lo più allo strumento dell'assicurazione, al fine di ammortizzare eventuali costi derivanti da potenziali illeciti. Chiaramente l'alea di rischio che tali pregiudizi si concretizzino nella realtà aumenta in caso di azioni o condotte fisiologicamente pericolose, come accade nell'ambito dei sinistri stradali, centro principale degli studi di G. Calabresi.

<sup>160</sup> La distinzione tra responsabilità connotata da una componente psicologica, dolosa o colposa che sia, ed una meramente oggettiva segna il passo anche nella differenziazione tra obblighi di prevenzione unilaterali e bilaterali. Questi obblighi, finalizzati ad ammortizzare i costi sociali che potrebbero derivare da un illecito prevedibile, sono talvolta addossati ad entrambe le parti, talaltra riconducibile alla diligenza del solo danneggiante. Qualora, infatti, il danno sia evitabile attraverso la diligente collaborazione dei due soggetti coinvolti nell'illecito, la produzione dello stesso non sarà imputabile al danneggiante se quest'ultimo dimostra che, avendo adempiuto correttamente ai suoi obblighi preventivi, il pregiudizio arrecato è conseguenza dell'inosservanza delle regole di diligenza della vittima e su quest'ultimo, pertanto, ricadranno i costi dell'incidente nel suo complesso. Diverso ragionamento si sviluppa se, vertendo in ipotesi di responsabilità

Un ruolo fondamentale viene, allora, attribuito alle forme di precauzione degli incidenti sociali, in grado di ammortizzare i costi degli illeciti che potevano evitarsi seguendo corretti comportamenti: il presupposto della mancato rispetto di norme preventive e cautelari farebbe sorgere in capo al danneggiante l'obbligo di risarcire il danno a chi lo ha subito.<sup>161</sup>

In tale ambito si può ravvedere la frattura tra l'impostazione degli ordinamenti di *common law*, evolutisi in osmotico dialogo con le teorie di analisi economica del diritto, e gli ordinamenti di *civil law*, ben riconoscibili all'orientamento di stampo romanistico che riconduceva alla responsabilità civile ed al risarcimento del danno una *ratio* meramente ripristinatoria e compensativa. In tal senso va letto il copioso richiamo e rinvio all'istituto giuridico dei *punitive damages*, la cui componente sanzionatoria e deterrente, ribadisce l'impianto giuridico a cui gli Stati Uniti, e precedentemente il Regno Unito, si ispirano: il perseguimento di un sistema politico e giuridico efficiente, infatti, mira ad evitare incidenti sociali sia in maniera preventiva, con mezzi deterrenti, sia in maniera successiva, con strumenti sanzionatori, deterrenza e sanzione che rappresentano peculiari caratteristiche dei danni punitivi.

---

oggettiva, come sarà illustrato a breve, l'obbligo di prevenzione sorge solo in capo all'agente, potenziale danneggiante. Cfr. in tal senso, R. COOTER, U. MATTEI, P. G. MONATERI, R. PARDOLESI E T. ULEN, *op. cit.*, p. 382 ss.

<sup>161</sup> Da tale ipotesi, che potremmo definire ordinaria, va distinta la fattispecie in cui si paventi una responsabilità di natura oggettiva, mancante dell'elemento soggettivo dell'agente, ma sostenuta da un mero nesso di causalità tra la condotta e la produzione dell'evento dannoso. In tali casi, affinché la responsabilità oggettiva si palesi come strumento idoneo a minimizzare i costi sociali sono necessari tre differenti presupposti: 1. La tecnologia di prevenzione che deve essere unilaterale; 2. Il risarcimento perfetto per la vittima, cioè per il danneggiato sia indifferente il sopravvenire dell'incidente a livello economico; 3. Devono essere a priori determinabili i soggetti che rivestiranno il ruolo di vittima ed il ruolo di danneggiante. Solo al persistere di queste tre condizioni ed in assenza di una riconducibilità soggettiva all'autore dell'illecito allora la responsabilità oggettiva potrà essere considerata in grado di internalizzare le diseconomie conseguenti ad un incidente sociale. Cfr. R. COOTER, U. MATTEI, P. G. MONATERI, R. PARDOLESI E T. ULEN, *op. cit.*, p. 393 ss.

Problema che le scuole di analisi economica hanno dovuto affrontare in merito alla responsabilità da illecito civile è quello della concreta definizione del *quantum* che deve essere liquidato in seguito alla produzione di un pregiudizio, economico e non.

La questione è stata affrontata secondo schemi diversi, ognuno dei quali manifestazione di ragionamenti e percorsi differenti avvinti da un comune denominatore: l'intenzione di internalizzare le diseconomie prodotte dall'illecito, ammortizzando il costo anche laddove la difficoltà di individuare il responsabile divenisse causa di denegata giustizia per il danneggiato, su cui però non poteva, comunque, ricadere la perdita patrimoniale.

Prima e più elaborata impostazione è quella che, prendendo le mosse dagli studi di *J. Bentham*, viene elaborata da *S. Shavell* e *A. M. Polinsky*, autori di un celebre scritto in cui l'analisi delle teorie di base di *deterrence* e *punishment* ha condotto al principio del *total damages multiplier*.<sup>162</sup>

Secondo tale impostazione la tecnica valida e più efficiente per parificare il danno liquidato con le perdite subite è rappresentato dal danno moltiplicato per il reciproco della probabilità che l'ingiuriante possa essere considerato responsabile, quando lo è.<sup>163</sup> Il moltiplicatore così

---

<sup>162</sup> Cfr. Quanto riportato nello scritto più esplicativo della posizione dogmatica di Shavell e Polinsky, in cui testualmente gli Autori affermano “*We will to the excess of total damages over compensatory damages as punitive damages. Thus, the optimal level of punitive damages from the prospective of deterrence is the level of total damages determined by the formula less compensatory damages. If an injurer as a one-in-four chance of being found liable for causing a \$ 100,000 harm, the formula implies that total damages should be \$ 400,000. Since \$ 100,000 of this total represents compensatory damages, the \$ 300,000 remainder is he optimal punitives damages amount. The optimal level of punitive damages also can be described as a multiple of harm or, equivalently, of compensatory damages. Specifically, punitive damages should equal the harm multiplied by a factor that we will refer to as the punitive damages multiplier: the ratio of the injurer’s chance of escaping liability to the injurer’s chance of being find liable*”, in S. SHAVELL e A. M. POLINSKY, *Punitive damages: an economic analysis in Harvard L. Rev.*, 1998, p. 898.

<sup>163</sup> Giova ricordare che vi è altra impostazione che differenzia gli strumenti e la loro efficienza per ammortizzare i costi degli incidenti sociali sulla base del livello di responsabilità del soggetto agente e la sua probabile

dovrebbe tenere in considerazione il *quantum* dei *compensatory damages*, base di moltiplicazione è la statistica probabilità del danneggiante di esser considerato responsabile, solo in tal caso tale teorema sarebbe in grado di garantire un'equilibrata deterrenza e quindi un efficiente risultato.

La distinzione tra la teoria di base di *deterrence* e quella di *punishment* ha una significativa conseguenza: il parametro del patrimonio del convenuto assume una pregnanza solo sotto un profilo di punizione, che è riconducibile alla connotazione soggettiva della condotta. In poche parole, se per qualcuno uno dei parametri per definire il *quantum* è rappresentato proprio dalla “tasca del danneggiante”, tale criterio viene considerato, nell'elaborazione di *Shavell* e *Polinsky*, *discrimen* sotto il profilo punitivo ma non deterrente.<sup>164</sup>

---

attribuzione di colpevolezza. Per tale Autore, infatti, le ipotesi sarebbero riassumibili in tre categorie, quelle riguardanti gli illeciti strategici, quelli, invece, perfezionabili nella consapevolezza di sfuggire alla condanna (*escape liability*) ed, infine, gli illeciti finalizzati ad ottenere un lucro nettamente superiore al pregiudizi causato alla vittima. A tale tricotomica distinzione corrispondono due tecniche di quantificazione del danno subito: per le prime due fattispecie idoneo sarà il *multiplier principle*; mentre in caso di perseguimento di ingiusto guadagno, più idoneo si presenta il meccanismo del *disgorgement*. Cfr. In tal senso D. D. FRIEDMAN, *L'ordine del diritto. Perché l'analisi economica può servire al diritto*, Bologna, 2000.

<sup>164</sup> Secondo quanto affermano tali Autori, infatti “*Concerning defendants' wealth and the appropriate level of damages from the prospective of punishment, first consider the situation when defendants are individuals. In this context, the common belief that punitive damages should be higher the higher is the defendant's wealth can be justified. The punishment goal is furthered if a proper punishment is imposed on a culpable individual, which we interpret to mean reducing the individual's utility by particular amount. To accomplish this, it generally is necessary to assess a higher penalty if the individual is wealthy than if he is poor, because money is worth less to him if he is wealthy. When the defendant is a firm, the relevance of the defendant's wealth may depend on whether the punishment goal is viewed in terms of punishing the firm as an entity or punishing culpable individuals within the firm. Under the first view, the firm's wealth might be thought to be relevant to the proper level of damages for punishment purposes. Under the second view, however, the firm's wealth generally would not be relevant: the level of damages needed to induce a firm to punish its culpable employees ordinarily would not depend on its wealth*” in in S. SHAVELL E A. M. POLINSKY, *op. cit.*, p. 978.

Eppure la rilevanza del patrimonio del convenuto non è un criterio poco apprezzato, per una parte della teoria giuseconomica,<sup>165</sup> infatti, sarebbe il più valido criterio di comminazione del danno punitivo, soprattutto in ragione dell'impatto che lo stesso produce, più o meno inconsciamente, sulla percezione dei giurati, chiamati a valutare la giustificabilità o meno della condotta del danneggiante. Sicuramente l'ingiuriante ricco e la cui azione è denotata da particolare disvalore suscita nella giuria un sentimento di giustizia sociale che si concretizza in una sanzione certamente più severa, finalizzata alla ingiunzione di una vera e propria punizione morale.

Differente *ratio*, invece, è sottesa a quel criterio di quantificazione del danno punitivo che assume come base il lucro consolidatosi nel patrimonio del danneggiante in seguito alla condotta illecita: secondo tale impostazione la componente punitiva del risarcimento del danno va commisurata sul cd. *Disgorgement*,<sup>166</sup> cioè sul guadagno che l'azione antiggiuridica ha procurato all'ingiuriante.

---

<sup>165</sup> A tale impostazione dedicano attenzione *ex multis* K. S. ABRAHAM E J. C. JEFFRIES JR., *Punitive damages and the rule of law: the role of defendant's wealth* in *Jour. Leg. Stud.*, 1989, p. 415 che criticano tale prospettiva, andando a scandagliare, però, gli argomenti a sostegno di coloro i quali ravvedono nel principio della "tasca del convenuto" l'unico idoneo a quantificare correttamente l'ammontare del danno punitivo.

<sup>166</sup> Egregia illustrazione del concetto di *Disgorgement* è riconducibile a P. PARDOLESI, *Vorrei, ma... sviluppi in tema di disgorgement* in AA. VV., *Seminari di Diritto Privato Comparato* (a cura di) P. PARDOLESI, Bari, 2011, p. 15 ss. L'Autore definisce il *disgorgement* come un criterio di valutazione del danno subito dal danneggiato che, vista l'impossibilità di ottenere un arricchimento da attività illecita per ovvia contrarietà sistemica ai principi dell'ordinamento, può esercitare la possibilità di ottenere un risarcimento del danno non in base alla perdita subita ma in ragione del lucro perseguito dal danneggiante. La duplice funzione -a) punitiva-sanzionatoria; b) preventiva- rappresenta uno strumento formidabile per la vittima dell'illecito che espone l'autore al rischio di rimetterci il guadagno ottenuto oltre al compensativo risarcimento che consegue alla responsabilità. Un simile strumento non è completamente sconosciuto all'ordinamento italiano: riconducibile a tale logica è il concetto di retroversione degli utili disciplinato all'art. 125 del Codice della Proprietà industriale, che da taluna parte della dottrina, infatti, è riconducibile a un'ipotesi particolarmente atteggiata di danno punitivo.



In tale lettura, infatti, l'eventuale danno arrecato risulterebbe minore del guadagno ingiustificato del danneggiante, il che in un'ottica di rapporto tra costi e benefici, non sarebbe in grado di porre in atto il giusto intento deterrente, consolidando nell'agente la consapevolezza che anche un'eventuale pretesa risarcitoria sarebbe certamente di valore inferiore rispetto all'arricchimento perseguito. Inoltre, l'illecito diverrebbe strumento piú efficace del contratto per ottenere un bene e implementare il patrimonio con una spesa inferiore all'aspettativa lecita e sinallagmatica.<sup>167</sup>

Giova, però, in conclusione, sottolineare che il criterio maggiormente apprezzato sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza resta quello tipizzato fin dagli anni '80 dagli studi di Polinsky, nonostante lo stesso sia stato oggetto di riletture pragmaticamente finalizzate ad evitare che il danno punitivo scivolasse nella incompatibilità costituzionale, come è avvenuto della celebre sentenza *BMW v. Gore*.

#### **4.7. FUNZIONE DEI DANNI PUNITIVI, UNA VISIONE DI INSIEME: LO STATO DELL'ARTE IN U.S.A.**

Avendo analizzato l'intero percorso evolutivo, sia sotto il profilo storico, che sotto quello applicativo, sempre tenendo ben presente le diverse sfumature che caratterizzano il fenomeno nella sua epifania inglese e statunitense, l'indagine appare matura per tracciare e delineare quella che è l'anima e la natura funzionale dei *punitive damages*.

Tale istituto non ha eguali nella maggior parte degli ordinamenti continentali, in cui la *ratio* risarcitoria, come piú volte ribadito, ha una funzione esclusivamente ripristinatoria e compensativa, che si crogiola nella sua culla latina.

---

<sup>167</sup> Cfr. Ancòra R. PARDOLESI, *op. cit.*

Gli *exemplary damages*, invece, si presentano come la sintesi di molteplici funzioni e scopi, prodotti di un ordinamento in cui il diritto civile ed il diritto penale non hanno mai delineato propriamente i rispettivi confini e in cui la moltitudine di *States* e di *Courts*, locali e federali, ha da sempre reso faticoso, se non impossibile, il dispiegarsi di un'evoluzione unitaria dell'istituto.

È bene sottolineare che proprio la molteplicità delle realtà in cui tali danni punitivi si sono sviluppati ha comportato distinte metodologie di approccio e valutazione, soprattutto negli Stati Uniti dove il fenomeno continua la sua evoluzione e la sua espansione. Ma lo sviluppo non è dovunque paritario, sarà bene allora procedere individuando le varie finalità, genericamente riconosciute, e tracciare le differenze tra le opinioni celebri di alcuni studiosi che hanno approfondito tale profilo.

Richiamando la mancanza di un confine netto tra *criminal law* e *private law* si spiegano le due fondamentali funzioni degli *exemplary damages*: a) *punishment* e b) *deterrence*, che, benchè *prima facie* sembrano incarnare concetti sovrapponibili, sono ben distinti nella loro essenza<sup>168</sup>.

Il primo, infatti, si focalizza sulla condotta dell'agente, andando a sottolineare tutte quelle sfumature criminali dell'azione che ne derivano, ciò comporta fondamentali conseguenze: la intercambiabile individuazione di scopi di *punishment* e *deterrence*, solo apparente, diviene

---

<sup>168</sup> Cfr. NOTE, *Exemplary damages in the law of torts* in *Harvard L. Rev.*, p. 522, in cui l'Autore sottolinea la differenza che intercorre tra i due termini da un lato, ma anche l'errore in cui spesso le Corti statunitensi si imbattono, considerandoli come sinonimi. Il concetto di *punishment*, infatti, si riferisce alla *ratio* di espiazione imposta al responsabile dell'illecito, mentre quello di *deterrence* è finalizzato ad una forma di prevenzione, attraverso l'imposizione esemplare di sanzioni non riconducibili ai *compensatory damages*, lo stesso Autore sostiene "The term, thus used, may be regarded as referring to the function of exemplary damages in compelling the wrongdoer to atone for his offence. As a purpose of exemplary damages, 'punishing' the defendant is closely related to the purpose of deterring him and others from further offences. The need for deterrence is particularly obvious in those torts, such as conversion, which involve wrongful gains to the defendant, since compensatory damages will at most restore the wrongdoer to the status quo ante and may even leave him with a profit".

chiara e reale quando si ravvede come parametro di quantificazione della prima solo la condotta del *plaintiff*, mentre assume valore incredibilmente importante anche l'*agere* del soggetto leso allorchè scopo del danno punitivo è quello di deterrenza<sup>169</sup>.

Tali profili, strettamente legati a quelli di equità ed efficienza sono tra loro canalizzati e proiettati al perseguimento di due diversi scopi, ma soprattutto sono rappresentazioni di distinte funzioni: solo al fine di comprendere la *ratio* sottesa al *punishment* va richiamata e ribadita l'attenzione sul concetto di *malice*, che deve pervadere la condotta lesiva, condizione necessaria affinché la componente punitiva della liquidazione acquisti un senso inequivocabile di punizione e ancora una consistenza afflittiva.

Eppure se la funzione preponderante sembra essere quella di *deterrence*, a ben vedere, non esiste una letteratura in grado di affermare ciò con certezza: senz'altro la componente esemplare di tali tipologie di danni non ha come scopo solo quella di punire l'autore della

---

<sup>169</sup> Una simile distinzione funzionale è stata illustrata con attenzione da G. T. Schwartz, che pone l'accento proprio su tale problema: bisogna verificare a monte quale sia lo scopo principale e sotteso alla liquidazione dei danni punitivi, questo poiché quando si discute di deterrenza e punizione si disquisisce di termini che solo in apparenza e in rare occasioni occupano uno stesso terreno di applicazione. La punizione, strettamente connessa all'azione che ha procurato la lesione del diritto altrui, va comminata solo ed esclusivamente al danneggiante, come mera manifestazione di espiazione per la commissione di un illecito. Non di uguale consistenza il concetto di deterrenza che, solo in parte coinvolge il soggetto agente, autore della condotta negativa, essa per lo più ha come destinatari la moltitudine di coloro i quali vedono e vivono indirettamente la lesione, mettendo loro in guardia dall'eventuale sanzione che gli spetta, qualora decidessero di comportarsi alla stregua. Per l'Autore, inoltre, tale dicotomia –*punishment* e *deterrence*– ricalca quella tra *fairness* (equità) e *efficiency* (efficienza), la prima conseguita solo grazie alla inflizione di una sanzione, l'efficienza, invece, soddisfatta solo qualora la deterrenza e l'effetto preventivo abbiano sortito gli effetti sperati. G. T. SCHWARTZ, *Symposium: punitive damages: comment: deterrence and punishment in the common law of punitive damages: a comment in Southern Cal. L. Rev.*, 1982, p. 135.

condotta lesiva, però attribuire a tali forme di risarcimento ultracompensativo una spiccata e preponderante *ratio* deterrente sembrerebbe un errore.<sup>170</sup>

Nonostante la spiccata peculiarità deterrente e punitiva racchiusa nell'istituto dei *punitve damages*, ad ogni modo va ascritta al risarcimento del danno di nazionalità statunitense una componente compensativa: altra funzione richiamata dai danni esemplari è quella della *compensation*, nella sua veste più originale.

Lo scopo della compensazione nella liquidazione di somme esemplari, infatti, assume qui una valenza particolare: tutto ciò che, per le più svariate ragioni, non può essere oggetto di materiale valutazione secondo i canoni dei *compensatory awards* necessariamente confluisce nelle liquidazioni ultracompensative.

Solitamente è proprio in tale voce che vanno ad iscriversi tutti quei danni che sono riconducibili agli *intangible harms*,<sup>171</sup> i danni non patrimoniali, non matematicamente

---

<sup>170</sup> In tal senso si esprime anche Schwartz che nell'esaminare la posizione di Ellis, (autore del celebre scritto *Fairness and efficiency in the law of punitive damages* [in *Southern Cal. L. Rev.*, 1982,]), pone sotto i riflettori che la finalità deterrente appare da sola insufficiente da decifrare e descrivere le esigenze di prevenire il compimento di illeciti, "Professor Ellis lists three such reasons. First, an actor will be inadequately deterred if he can foresee that his tortious conduct will cause harm to another in circumstances that may well enable him to escape detection (or at least escape suit). Secondly, insofar as the existing law of damages fails to recognize elements of actual harm that are characteristically produced by tortious conduct, the application of otherwise intelligent liability rules will result in underdeterrence. Third, tort law might not achieve appropriate deterrence levels if the actor derives benefits from his conduct that society regards as morally illegitimate or otherwise underving of respect". Cfr. G.T. SCHWARTZ, *op. cit.*, p. 138.

<sup>171</sup> Tale interpretazione è avallata da D. J. Owen, il quale afferma la componente implicitamente compensativa ogni qual volta si richieda la valutazione economica di profili che non sarebbero altrettanto quantificabili secondo i canoni dei danni compensativi. L'Autore riprende il caso in cui un soggetto, costretto in conseguenza di illecito altrui ed in seguito a lesioni subite, a star a casa, compromettendo in tal modo le sue relazioni sociali, non essendo in grado di coltivarle poiché bloccato per mesi, "Many of plaintiff's actual losses, particularly those involving intangible harm, simply are not compensable under the ordinary rules of compensatory damages liability. For example, a severely injured person who is rendered immobile for many months may lose

quantificabili e non esattamente delineabili, per tale ragione lasciati alla individuazione equitativa della giuria.

Altra importante voce, che refluisce nei danni esemplari perché non valutata nella liquidazione di quelli strettamente patrimoniali, è riconducibile alle spese di tipo processuale, sia quelle dovute dalla parte soccombente alla parte vincitrice della controversia, sia quella necessarie per l'iscrizione della causa stessa a ruolo.

Nella disciplina di *common law*, in verità, poco tenuta in considerazione è l'intera questione delle tasse e spese connesse e annesse ad una procedura giudiziale, grande differenza questa con gli ordinamenti di *civil law*, tra cui quello nazionale in cui vige il principio della soccombenza, che trasferisce sulla parte che riesce sconfitta dal giudizio l'onere di far fronte alle spese processuali.

Ecco che allora la componente di *compensation* connaturata alla liquidazione di danni punitivi si manifesta di nuovo, stavolta per sopperire ad una lacuna di matrice procedimentale che nulla definisce in merito alla suddivisione delle spese di giudizio.<sup>172</sup>

L'osmotica tensione che si è delineata tra funzioni punitive e di deterrenza e scopi meramente compensativi non è però in grado, da sola, di spiegare la *ratio* completa sottesa all'istituto dei *punitive damages* che risponde anche a logiche di *retribution* e rieducazione, ma soprattutto di *revenge* e *law enforcement*.

---

*a number of important interpersonal relationship and will probably suffer a arge variety of missed (and often unknown) opportunities. There is no pratical way for the law to measure such speculative or at least non-quantifiable losses, as real as they may be.*" In D. J. OWEN, *A punitive damages overview: function, problems and reform* in *Villanova L. Rev.*, 1994, p. 379.

<sup>172</sup> Cfr. in tal senso NOTE, *op. cit.*, p. 521, in cui l'Autore afferma "Same courts, for example, have allowed the jury consider attorneys' fees and litigation expenses in fixing the amount of exemplary damages. Although others reject this procedure, as a pratical matter exemplary damages always serve to compensate the plaintiff for these expenses", ricordando la funzione compensativa non solo in rapporto al ripristino dello *status quo* in ragione di *intangible harms*, ma anche in riparazione di spese processuali e giudiziali elargite.

La logica retributiva è finalizzata al ristoro della persona che, avendo subito un torto o una lesione, subisce una perdita a livello patrimoniale: il riequilibrio delle sfere giuridiche è fondamentale per un assestamento anche della pace sociale, consentendo il ricorso ad azioni giudiziali e rendendo quasi privo di fondamento il bisogno di ricorrere a forme di vendette private.

I concetti, pertanto, di *revenge* e *retribution*<sup>173</sup>, sono paralleli e complementari: il ripristino dello *status quo*, non sotto il profilo meramente compensativo e patrimoniale, ma in particolar modo sotto un punto di vista di giustizia sociale, funge da presupposto per scoraggiare qualunque forma di rivincita privata<sup>174</sup>.

La natura esemplare, inoltre dei danni ultracompensativi assume una forte valenza educativa, il cui scopo fuoriesce dal caso singolo e specifico che viene affrontato nell'aula di tribunale, ma giunge ad un pubblico più ampio, in grado di percepire così il disvalore sociale di una

---

<sup>173</sup> D. J. Owen individuando la funzione di *retribution* come la base filosofica dei danni esemplari spiega come in un ordinamento moderno non suoni poi così strano il ricorso a forme di vendette private legalizzate, che sono rappresentate proprio dai danni punitivi, nel caso in cui siano da sole in grado di assicurare la pace sociale e qualunque forma di pacifica convivenza. L'Autore afferma "*It may initially seem strange in a modern legal system for the law to be based on a kind of a private revenge, but it is entirely appropriate for the law to allow a person injured by the wanton misconduct of another to vent his outrage by extracting from the wrongdoer a judicial fine. This form of retribution is appropriate because it protects and promotes the two most fundamental values that support the law- freedom and equality*" in D. J. OWEN, *op. cit.*, p. 375.

<sup>174</sup> Il significato di quanto fin qui affermato viene esplicitato in maniera lineare e semplice in uno scritto in cui si afferma che "*...Many plaintiffs seeking damages are motivated to some extent by a desire to revenge themselves on the defendant. Tort law is based in part upon a recognition that satisfaction of this impulse will help preserve the peace by discouraging self-help. The vindictive nature of exemplary damages was frankly avowed in two year decision conceding that one purpose of large awards was to prevent dueling.*" In NOTE, *op.cit.*, p. 522.

determinata condotta, ed indirettamente edotto sulle eventuali conseguenze gravi a cui va incontro.<sup>175</sup>

Quanto emerge dal giudizio assume non solo una componente negativa, ma anche fortemente positiva, rappresentando una conferma della protezione di taluni diritti, non solo come piú tutelati di altri e dunque preminenti, ma soprattutto come manifestazioni imprescindibili dell'essere umano e che, pertanto, non possono non ricevere una forma di protezione particolarmente elevata.

Strettamente collegata a tale ultima funzione è quella di *law enforcement*, intesa come corretta applicazione della legge, il cui dispiegarsi in senso cronologico si pone in una posizione antitetica a quella della *deterrence*. Quest'ultima, infatti precede la (o almeno dovrebbe precedere) la commissione dell'illecito mentre quando si disquisisce di *law enforcement* si parla di una fase ben posteriore a quella di commissione del *torts*, in cui l'ordinamento, preso atto del relativo fallimento del proposito deterrente, vi pone rimedio attraverso una corretta e pregnante applicazione della legge.

La prospettiva cosí delineata rappresenta una celere, ma non superficiale, analisi funzionale delle forme risarcitorie ultracompensative d'oltreoceano, anche se non da tutti in questi termini affrontata: se si tiene conto, per esempio, delle elaborazioni del celebre G. Calabresi

---

<sup>175</sup> Ancóra una volta D. J. Owen pone in evidenza tale fondamentale profilo, affermando quanto la plateale condanna a sanzioni punitive assuma una valenza deterrente nel senso di educativa nei confronti dei privati cittadini, che come spettatori assistono alla evoluzione dell'illecito. L'Autore sostiene, dunque, che "*First, punitive damages certify the existence of a particular legally protected right or interest belonging to the plaintiff, one hand, and a correlative legal duty on the part of the defendant to respect that interest on the other. Second, punitive damages proclaim the importance that the law attaches to the plaintiff's particular invaded right, and the corresponding condemnation that society attaches to its flagrant invasion by the kind of conduct engaged in by the defendant*" in J. D. OWEN, *op. cit.*, p. 374.

si potrà senz'altro notare che l'individuazione delle funzioni dei *punitive damages* è assolutamente diversa e frutto di un'analisi casistica predominante.<sup>176</sup>

Ciò che merita, però, di esser posto in evidenza è la non unitaria individuazione di una gerarchia tra tali verificate funzioni, disomogeneità questa che ha dato luce a diverse interpretazioni dell'istituto dei danni punitivi e a diverse modalità di applicazione dei medesimi, anche all'interno dello stesso territorio nord americano.

---

<sup>176</sup> Guido Calabresi, in un saggio intitolato *The complexity of torts*, analizza le funzioni dei *punitive damages* non solo approcciando alla speculazione con un profilo più economico, ma soprattutto individuando ben cinque 'goals' che, secondo la sua opinione, tale forma di risarcimento del danno ultracompensativo persegue: A) *to enforce societal norms through the use of a private attorney general*, ottenere attraverso l'intervento di una parte pubblica in una controversia di un privato cittadino, che si presenti potenzialmente rilevante per la risoluzione di simili *cases* futuri, la precisazione di un principio di diritto successivamente vincolante. B) *The multiplier*, che, prendendo in prestito le teorie di *Gery Becker*, comporterebbe la quantificazione della liquidazione del danno tenendo conto del 'moltiplicatore', cioè degli individui diversi dal privato che ha iniziato la *suit* e che hanno tollerato o subito lo stesso danno. C) *The tragic choice function*, meno elaborata delle precedenti due finalità, quest'ultima si è concretizzata in tutta la sua problematicità allorché bisognava risolvere una controversia che coinvolse la casa automobilistica *Ford*, per aver messo in circolazione delle vetture modello *Pinto* che presentavano rischi elevanti in incendio, a causa del riposizionamento del serbatoio del gas. Tale scelta fu, secondo quanto sostenuto da Calabresi, 'tragica', nella misura in cui richiedeva il bilanciamento di due interessi contrapposti: da un lato l'applicazione di norme di sicurezza più severe, dall'altro la limitazione di costi di produzione, esigenza quest'ultima che fu ritenuta prevalente, provocando non pochi morti a causa di incidenti stradali, in conseguenza dei quali le vetture in questione esplosevano. D) *Recovery of generally nonrecoverable compensatory damages*, la necessità di liquidare danni che non rispondono a criteri di quantificazione utilizzabili con i *compensatory damages*. E) *Righting private wrongs*, l'impostazione americana, interpretata già tempo prima da Thomas Colby, che vede l'ordinamento statunitense come *rights-based society*. Cfr. G. CALABRESI, *The complexity of torts. The case for punitive damages in Liber Amicorum* per Francesco D. Busnelli, *Il diritto civile tra principi e regole*, II, Milano, 2008, p. 327 ss.



Negli *United States*, infatti, l'istituto dei danni punitivi, sebbene connaturato alla disciplina dei *torts* e non solo, viene fermamente ripudiato in quattro paesi: *Lousiana*, *Nebraska*, *Washington D.C.* ed infine in *Massachussets*<sup>177</sup>.

In tali ordinamenti federali, infatti, il fenomeno dei *punitive damages* viene considerato incostituzionale, anche se in forme e per ragioni diverse: in Lousiana danni esemplari sono concessi raramente, e di solito in conseguenza di danni lesivi della proprietà, mentre assolutamente piú rigidi si presentano gli ordinamenti di *Nebraska* e *Washington D.C.*, in cui gli stessi sono considerazioni contrari alla normativa costituzionale.

In *Nebraska*<sup>178</sup>, considerati assolutamente estranei all'ordinamento, la sola ipotesi in cui vengono previsti o comminati è legata all'adempimento di una sentenza di una Corte di portata federale, quasi a non voler compromettere i rapporti sovranazionali dello stato. Ancóra piú ferma, invece, la lettura seguita nel Distretto in cui ha sede la Casa Bianca in cui *exemplary damages* vengono avversati per due ordini di ragioni: in quanto ontologicamente considerati ingiusti e pericolosi; poiché la loro ibrida natura, quasi penale, richiederebbe l'applicazione di tutta una serie di garanzie che non sono assicurate nel corso di un giudizio civile e che li conferma come contrari agli emendamenti.<sup>179</sup>

---

<sup>177</sup> Cfr. per una visione complessiva G. PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nord americana* in *Riv. Dir. Civ.*, 1983, p. 435 ss.

<sup>178</sup> In tale Stato la questione è stata affrontata sotto una duplice prospettiva, dapprima nel *case Boyer v. Barr* [8 Neb. 68 (1878)] in cui la Corte manifestava una certa avversione all'istituto dei *punitive damages*, a causa dell'ipotetica violazione della *due process clause*; successivamente anche in occasione della controversia *Abel v. Conover* [170 Neb. 926, 104 N W 2d, 684 (1960)], in cui il problema che si presentò coinvolse la quantificazione della liquidazione del danno considerata fin troppo eccessiva in rapporto alla sola comminazione della mera somma compensativa. Cfr. L. M. BROMAN, *Punitive damages: an appeal for deterrence* in *Nebraska L. Rev.*, 1982, p. 651 ss.

<sup>179</sup> Cfr. in tal senso l'evoluzione dell'istituto nel continente statunitense come delineato da F. Benatti. L'Autrice non solo prende in considerazione lo stato dell'arte nell'attuale continente nord americano, ma individua in maniera accurata anche le sfumature di incostituzionalità che in maniere differente sono analizzate di Stato in

Diverso il punto di frizione che l'istituto dei danni esemplari incontra nello Stato dell'*Indiana*: qui il problema di incompatibilità si pone con l'eventuale *bis in idem* che si presenta nell'ipotesi in cui il soggetto agente sia già stato condannato in sede penale e viene poi rinviato a giudizio civile per la quantificazione della liquidazione dei *punitive damages*.<sup>180</sup>

Al quadro così rappresentato, che vede negli *States* il riconoscimento quasi unanime dell'istituto dei *punitive damages*, va però accostata una necessaria specificazione: non sempre ai danni esemplari si riconosce una funzione di punizione e deterrenza. In almeno tre distinti ordinamenti, infatti, lo scopo del risarcimento del danno punitivo ha come logica sottesa quella di ripristinare la sfera patrimoniale del soggetto leso. Ciò avviene in *New Hampshire*, in cui i *vendicative damages* sono concessi solo se previsti esplicitamente per legge; in *Michigan*, dove, invece, l'unica forma di risarcimento contemplata è di natura compensativa e la sola deroga ammessa è quella che si presenta qualora la disciplina sia tassativamente prevista per legge e se nella condotta dell'agente si possa ravvisa una grave componente di *reckless* e *malice*.

Infine altro cenno merita la disciplina del risarcimento danni in *Conneticut*, in cui i danni punitivi assumono una valenza solo ripristinatoria della spese sopportate dalla parte vincitrice del giudizio civile e, dunque, risulta finalizzata solo al finanziamento dei *legal cost*.

---

Stato. In F. BENATTI, *Correggere e punire dalla law of torts all'adempimento del contratto*, Milano, 2008, p. 106 ss.

<sup>180</sup> Per approfondire tale profilo si veda in considerazione quanto scritto da G. PONZANELLI, op. cit., p. 444, ma anche da C. MCCLELLAN, *Exemplary damages in Indiana* in *Indiana L. J.*, 1935, II, p. 276 ss.

## **CAPITOLO SECONDO**

### **LA RESPONSABILITÀ DA ATTO ILLECITO IN ITALIA.**

**SOMMARIO: 1. INTRODUZIONE – 2. LA RESPONSABILITÀ EXTRACONTRATTUALE E LA CIVIL LAW – 2.1. PROFILO STORICO. – 3. L’ILLECITO AQUILIANO: ANALISI NORMATIVA. – 3.1 GLI ELEMENTI. – 3.1.1. L’INGIUSTIZIA. – 3.1.2. IL DANNO. – 3.1.3. IL NESSO CAUSALE. – 3.1.4. L’ELEMENTO SOGGETTIVO: LA COLPA. – 4. LE FUNZIONI DELLA RESPONSABILITÀ – 4.1. IL DANNO PATRIMONIALE – 4.2. IL DANNO NON PATRIMONIALE – 4.2.1 PROFILI FUNZIONALI DEL DANNO NON PATRIMONIALE. – 5. DANNO AQUILIANO, PENE PRIVATE E PENE PENALI. – 6. LIQUIDAZIONE E TECNICHE DI VALUTAZIONE DEL QUANTUM. – 6.1. IL DANNO EMERGENTE E IL LUCRO CESSANTE NEL DANNO PATRIMONIALE. – 6.2. IL PARAMENTRO EQUITATIVO DEL DANNO NON PATRIMONIALE.**

## **1. INTRODUZIONE.**

L'analisi del secondo capitolo si sposta sul sistema normativo italiano: per poter tracciare i confini della disciplina dell'illecito aquiliano bisogna, però, partire dalle origini, riconducibili all'universo romanistico e alla *Lex aquilia de damno*. Delineato il fondamento storico è bene procedere all'analisi degli elementi che ne definiscono l'essenza, sia oggettivi (fatto, danno e nesso causale) che soggettivi (dolo o colpa), il tutto filtrato alla luce del parametro concettuale di ingiustizia, per la prima volta introdotto dal legislatore del 1942.

Una volta individuati i criteri definatori dell'odierno sistema della responsabilità extracontrattuale sarà possibile procedere in una duplice direzione: analizzando le funzioni riconducibili alla responsabilità da illecito e successivamente, sulla base di quanto verificato, alle tecniche di liquidazione del danno.

Tale analisi è fondamentale al fine di comprendere la logica sottesa alla responsabilità civile e soprattutto alla considerazione sulla compatibilità del concetto di danno punitivo con il sistema italiano, oggetto del III capitolo di tale lavoro.

## **2. LA RESPONSABILITÀ EXTRACONTRATTUALE E LA CIVIL LAW.**

### **2.1. PROFILO STORICO.**

Al fine di analizzare a pieno la disciplina dell'illecito extracontrattuale snodo necessario è la trattazione della normativa romanistica prevista nella *Lex Aquilia*. Molteplici sono le questioni irrisolte tra cui affiora quella riguardante l'esatta datazione nonché la particolare struttura che ha denotato la normativa fin dalla sua emanazione. L'importanza a livello ricostruttivo della *lex aquilia* rappresenta, però, una fonte e mera base dell'*iter* normativo che ha in sèguito delineato la disciplina dell'illecito civile. Va, infatti, preliminarmente ricordato che i presupposti della disciplina romanistica si presentavano ben diversi da quelli

che sono stati successivamente cristallizzati nel testo del codice del 1942. Certamente, l'epoca dei glossatori e le varie interpretazioni giuridiche dei secoli successivi hanno contribuito a disegnare una concezione di responsabilità extracontrattuale diversa e, in alcuni frangenti, opposta a quella prevista nel II secolo a.C.. Va per certo affermato, nonostante ciò, che la *lex Aquilia* rappresenta il punto di origine del lungo percorso dell'illecito civile.<sup>181</sup>

Emanata in occasione di un plebiscito, il che lascia intuire una complessa fase di gestione del dialogo tra la classe patrizia e i plebei, la *lex aquilia* non è riconducibile ad un momento specifico, ma Autorevole dottrina la colloca intorno al 287/286 a.C.<sup>182</sup>

---

<sup>181</sup> Giova in tal senso precisare che la disciplina romanistica oggetto di analisi non ha rappresentato fonte del solo diritto continentale, fungendo da ispirazione, seppur in via indiretta, anche degli ordinamenti di common law. In tali contesti particolarmente significativa è stata l'elaborazione del concetto di danno, per la prima volta tipizzato nella legislazione romana. In senso conforme, cfr., S. K. BANAKAS, *Trasformazioni della responsabilità extracontrattuale* in Riv. Dir. Civ., 1998, I, p. 69 ss.

<sup>182</sup> Invero, l'esatta collocazione temporale ha da sempre posto notevoli problemi: senz'altro tale provvedimento va ricondotto ad un'epoca precedente al II sec a.C. in quanto un giurista proprio di tale epoca, M. Giunio Bruto, divenuto anche pretore nel 142 a. C., ne parlava. Altro indice fondamentale è rappresentato da particolare contesto in cui la stessa viene ad esistenza: si tratta di un'ipotesi di secessione plebea che solo tre volte si è verificata e che fotografava la complessità del momento storico, implicando tensioni di una certa portata tra il ceto dei patrizi e la classe plebea. A ben vedere solo tre furono gli episodi riconducibili a tale forma di plebiscito: il primo nel 494 a. C., il secondo nel 449 a.C., l'ultimo nel 286 a. C.; tale ultima data sembrerebbe la più compatibile anche con la contestualizzazione effettuata dal giurista dell'epoca romana Ulpiano, anche se non vi sono certezza. Merita un richiamo, in tal senso, la "congettura", come viene definita da G. Valditara, quella avanzata da Honorè all'inizio degli anni 70 che ravvede nella *Lex Aquilia de damno* una forma particolarmente atteggiata di tutela della proprietà. La fallacia di tale lettura sarebbe rinvenibile nell'assunto che ricorda come nel contesto romano aventi ad oggetto penalità fisse fossero solitamente emanate in momenti di grande stabilità economica, mentre il periodo storico a cui lo stesso autore farebbe riferimento, 207-185 a. C., fotografava una situazione di inflazione particolarmente consistente dovuta alla seconda guerra punica. Per ulteriori approfondimenti cfr. G. VALDITARA, *Damnum Iniuria Datum*, II ed., Torino, 2005, p. 8 s. Altro profilo di indagine, invece, viene fornito da A. Corbino, la cui speculazione prende le mosse dall'individuazione del Tribuno che fece votare la legge: a ben vedere, infatti, furono ben 3 gli "*Aquilio*" che nel corso della storia romana rivestirono tale carica: Aquilio Floro, console plebeo nel 259 a. C., Publio Aquilio nel 200 a. C. e Lucio

Ciò che maggiormente pone dei dubbi è la sua peculiare struttura: distribuita in tre capi, la disciplina dell'illecito accomuna ipotesi molto distinte tra loro, caratterizzate dalla tipicità e della settorialità. Il primo e il terzo capo vanno a sostituire le ipotesi affini disciplinate nelle XII Tavole, mentre il secondo capo, invero, mai applicato sembra riconducibile ad una peculiare azione a tutela di un diritto di credito, il che stride con la idea di illecito aquiliano moderno<sup>183</sup>.

A ben vedere, quanto votato dal plebiscito riguardava una forma di protezione a favore del solo proprietario, “*erus*”<sup>184</sup>, che prevedeva al primo capo la regolamentazione del danno su

---

Aquilio Gallo tribuno nel 182 a. C. invero come lo stesso autore sottolinea, non sussiste un rapporto di necessaria consequenzialità tra il nome del Tribuno proponente e la rubrica assunta dalla Legge. A tal proposito lo storico richiama un'altra fondamentale fonte rappresentata dalla parafrasi di uno studioso, Teofilo, che riconduceva storicamente l'emanazione della Legge ad una secessione plebea. Aderendo a tale impostazione, a ben vedere, si finisce con il concordare con la tesi avanzata da G. Valditara, anche se partendo da basi completamente differenti. Cfr. In tal senso, A. CORBINO, *Il danno qualificato e la Lex Aquilia*, II ed., Padova, 2008, p. 58 ss.

<sup>183</sup> Va precisato in tal senso che successivamente all'emanazione della *Lex Aquilia* la maggior parte delle normative che regolavano ipotesi di illecito furono dalla stessa assorbite: due o forse tre azioni settoriali rimasero in vita e funzionali alla tutela dei diritti dei proprietari e sono riconducibili alla *actio de pastu pecoris*, in caso di sconfinamento di animali da pascolo; *actio de arboris succisis*, aventi ad oggetto il taglio di alberi o rami degli stessi; ed, infine, *actio aedium incensarum*, riconducibile alle ipotesi di incendio doloso. Tali forme di tutela restarono in vita in ragione di una serie di incompatibilità legate alla struttura della *Lex Aquilia* e dell'elemento dell'*iniuria*, peculiare insieme con il nesso causale.

<sup>184</sup> Il termine “*erus*” è particolarmente significativo in quanto in grado di contribuire ad individuare il periodo storico di emanazione della *Lex Aquilia de damno*. Attraverso lo studio della tecnica legislativa usata, nonché della terminologia adottata, si può infatti comprendere l'epoca storica: il termine “*erus*” rappresenta una forma arcaica di fase neo-classica della parola *dominus*, inteso nel senso di proprietario che, anche in relazione all'evoluzione del teatro romano, spesso veniva utilizzata da Plauto (255 a. C./ 184 a. C.), ma già con Terenzio (190 a.C./ 160 a. C.) il suo utilizzo appariva limitato. Non è, però, il solo sostantivo particolare successivamente caduto in disuso, basti citare, *ex multis*, anche “*eas*”, che nella medesima fase storica definiva la moneta oggetto di scambio. A ben vedere la classificazione del danaro in sé è un'ottima forma di classificazione temporale, segnando il passaggio dal momento in cui il commercio avveniva non più attraverso il peso delle monete di

determinati beni, oggetto di particolare interesse, come schiavi e quadrupedi, pertanto dal valore economico significativo; al terzo capo l'individuazione di precise condotte considerate contrarie al sistema giuridico e, quindi, in grado di far sorgere un'obbligazione risarcitoria.

La lesione perpetuata per potersi considerare giuridicamente rilevante doveva arrecare un danno certo e stimabile, ma soprattutto eziologicamente collegato alla condotta illecita: viene così introdotto il concetto di danno qualificato, che ancora oggi è punto focale della disciplina della responsabilità civile.

Ripercorrere l'evoluzione dell'illecito extracontrattuale si presenta operazione molto interessante al fine di comprendere la genesi dell'odierna responsabilità *ex art. 2043 c.c.*, da quanto, infatti, emerge in origine si trattava di una forma di tutela rigorosamente tipica, la cui tassatività richiese ben presto l'intervento del pretore e l'introduzione di un'*actio in factum*, in grado di colmare le lacune che la stringente disciplina del primo capo prevedeva.

La tecnica redazionale, inoltre, pone in evidenza la differenza strutturale delle due ipotesi del primo e del terzo capo<sup>185</sup> rispettivamente colorate da fattispecie di lesione a beni individuati a priori e da 4 differenti condotte che, qualora semplicemente perpetrate davano origine ad una lesione *in re ipsa*.

Altro importante rilievo da fare è riconducibile alla precisa struttura che cristallizzava l'illecito in sé: la contestuale presenza di un danno qualificato, nesso di causalità e *iniuria*. Riconducendo brevemente quanto finora affermato al presupposto del danno qualificato, complessa si rivela l'analisi del profilo della causalità e di quello della colpa.

---

bronzo ma con l'ausilio dello scambio di moneta vera e propria. L'uso di tali parole antiche ha sollecitato gli studiosi a collocare la genesi della normativa in una fase storica immediatamente successiva all'emanazione delle XII Tavole. In tal senso ancora A. CORBINO, *op. cit.*, p. 60 ss.

<sup>185</sup> Per ulteriori approfondimenti cfr. C. A. CANNATA, *Il terzo capo della lex aquilia* in M. TALAMANCA (diretto da), *Bullettino ist. dir. romano «Vittorio Scialoja»*, 1995-1996, vol. XXXVII-XXXVIII, p. 111 ss.

Il nesso eziologico, nel contesto romanistico astrattamente consequenziale ad contatto fisico e materiale, comportava una visione della condotta illecita particolarmente atteggiata che lasciava confluire nell'*actio in factum* le fattispecie in cui mancava il concreto contatto tra i soggetti coinvolti o il soggetto e il bene.<sup>186</sup> Lo stesso avveniva, infatti, *corpore corpori*, come ribadito anche da Giustiniano, cioè attraverso il contatto materiale di due distinti corpi, il che lascia intendere la necessità di un simile presupposto oggettivo.

Tale visione, foriera di notevoli problematiche, va successivamente attenuandosi al fine di evitare che eventi particolarmente gravi e pregiudizi significativi restassero impuniti e soprattutto non risarciti. In tale ottica vanno presi in considerazione due precisazioni: la prima riguardante la responsabilità solidale o collettiva che sorgeva qualora, in caso di più soggetti agenti nel medesimo lasso di tempo, non fosse possibile individuare l'esatto artefice della lesione. La seconda precisazione, invece, concerneva la compresenza di più azioni idonee a far scaturire il medesimo evento: in tale fattispecie solo l'ultima veniva considerata quella oggettivamente punibile, in quanto aveva in ogni caso accelerato l'esito negativo, astrattamente consequenziale anche alla prima azione dannosa.

---

<sup>186</sup> Il nesso causale veniva *ab origine* inteso nel contesto romanistico in una visione esclusivamente materialistica: non importava se vi fosse stata partecipazione o concausa preliminare che aveva fatto sorgere il nesso eziologico, responsabile della lesione era colui il quale aveva arrecato il danno in ragione del contatto fisico con il bene o con lo schiavo di proprietà altrui. Un celebre contributo di Ulpiano cristallizza e fotografa, però, come l'ausilio dell'*actio in factum* si rivelò il giusto strumento per temperare la rigidità della normativa, narrando lo scivolamento di due carri sul Monte Capitolino trainati da differenti mule. Il carico, particolarmente gravoso del carro che avanzava per primo, comportò lo scivolamento dello stesso che retrocedendo spingeva verso il basso anche il carro che lo seguiva e che, inerte sotto il peso dell'altro, uccideva lo schiavo di un passante. Quest'ultimo, invero, aveva molteplici soggetti contro cui intentare causa, ma di certo non contro il proprietario del carro che sospinto e trascinato, benché artefice materiale della morte dello schiavo, non aveva dato origine all'illecito né aveva agito con la componente soggettiva dell'iniuria. Cfr, inoltre, F. GIORDANO, *La colpa nell'illecito extracontrattuale tra vecchi e nuovi orientamenti di dottrina e giurisprudenza* in Giust. Civ., 1997, p. 172 s.



Certamente il nesso causale rivestiva un ruolo diverso nelle ipotesi previste al terzo capo, in cui non veniva individuate lesioni o eventi, ma erano indicate le semplici condotte che, *in re ipsa*, lasciavano intuire anti giuridicità e pertanto il sorgere di un pregiudizio risarcibile. In tal caso, infatti, la condotta di *rumpere, urere o frangere aliquid*, comportava il sorgere dell'obbligazione risarcitoria, non assumendo rilevante valore il più o meno stringente contatto tra il bene e il soggetto agente per ovvie ragioni.

Altro elemento imprescindibile era individuato nella *iniuria*: ebbene, il concetto di colpa era qui interpretato come mancanza di una causa di giustificazione, ma ancor prima come condizione in cui il danno si era verificato non “*casu*”, quindi in virtù di caso fortuito o forza maggiore, ma come conseguenza della condotta umana.<sup>187</sup> La concezione della colpa intesa nella sua sfumatura di anti giuridica componente soggettiva, in quanto non sistematicamente giustificata da ipotesi tassative come legittima difesa, stato di necessità *et similia*, rappresentava un'intuizione originale del contesto romanistico, perfettamente coerente con la natura strettamente oggettiva del nesso causale. Tale visione, però, in età tardo-repubblicana venne stravolta completamente, consentendo la diffusione, anche nell'ambito della responsabilità aquiliana, della colpa in senso stretto, il che comportò anche lo scivolamento dell'azione risarcitoria fuori dal contesto penalistico. La stretta oggettività della disciplina, focalizzata dalla tutela di beni e soggetti riconducibili giuridicamente a *res*, come schiavi o animali di vario genere, veniva accostata dalla protezione dell'*actio iniuriarum*, che

---

<sup>187</sup> Il concetto di *iniuria* rappresenta un presupposto necessario dell'illecito aquiliano di epoca romana: va tenuta distinta dall'*actio iniuriarum* che oggi potrebbe essere associata alla lesione della sfera personale del danneggiato comportando una lesione oggi assimilabile al danno morale soggettivo. L'interpretazione data in epoca romana, infatti, ravvedeva nell'*iniuria* la componente dell'anti giuridicità: il danno era ingiurioso se commesso *contra ius e non iure*, formule queste oggi riprese a gran voce dalla giurisprudenza. È bene, quindi, precisare che l'evoluzione storica, in età tardo-repubblicana, ha comportato un vero e proprio slittamento della definizione di *iniuria* che viene ad assumere i connotati della culpa. Quest'ultima finisce con l'aver una valenza soggettiva, che individua la riprovevolezza della condotta da cui scaturisce il danno, abbandonando la sua valenza meramente oggettiva e complementare al nesso causale. Cfr. Per ulteriori approfondimenti G. PASCUZZI, *Lex Aquilia*, Bologna, 2005; G. VALDITARA, *op. cit.*, p. 36 ss.

si prospettava come fine la tutela della lesione della persona, intesa nella sua massima espressione: una sorta di risarcimento del danno morale o da lesione della persona che oggi sarebbe riconducibile alla disciplina dell'art. 2059 c.c.

La responsabilità civile, così delineata, è rimasta cristallizzata e consolidata per molti secoli, finendo col divenire la base delle più moderne codificazioni europee, il che lascia intuire la particolare valenza che la stessa assume: la *ratio* che fin dagli antichi romani era attribuibile a tale *iter* risarcitorio poco aveva a che fare con la mera finalità compensativa o ripristinatoria dello *status quo ante* a livello meramente patrimoniale.

Invero, la *Lex Aquilia de damno* benchè sorta in proiezione di un ripristino economico della vittima era caratterizzata da un sapore penale: essa fungeva da complemento ad una disciplina che focalizzava l'attenzione non sul danneggiato ma piuttosto sul danneggiante, a cui erano ricondotte conseguenze non solo di natura penale ma anche civile.<sup>188</sup> Da ciò deve desumersi la componente sanzionatoria che colorava l'intera azione risarcitoria, posta in evidenza anche dalla componente di *iniuria*, dunque colpa, che ne rappresentava il presupposto fondamentale.

Giova sottolineare, in ogni caso, la funzione penale che veniva ricondotta a tale forma di tutela, principalmente supportata da una serie di indici, tra cui la noialità della stessa che implicava la predisposizione da parte del *pater familias* del soggetto che aveva causato il danno a favore del danneggiato, l'intrasmissibilità ereditaria della legittimazione passiva, che

---

<sup>188</sup> L'azione aquiliana sorge come complemento della tutela apprestata, ma con una valenza fermamente punitiva: le *actiones poenales* private rappresentavano l'imaturità della normativa originaria, che poco distingueva il profilo civile da quello penale. L'*actio furti*, l'*iniuria*, il *damnum iniuria datum* e la *rapina* andavano a delineare una forma di tutela penale che però, vista la non così grave intensità, non erano idonee ad arrecare pregiudizio allo Stato e al Re e per tale ragione venivano declassate nella fase pratica della persecuzione. A ben vedere, però, tali forme di tutela avevano come finalità quella di sanzionare l'artefice dell'illecito, visto che la *ratio* meramente compensativa era attribuita nell'epoca romana alle azioni reipersecutorie, che si occupavano del mero risarcimento del danno. Cfr. P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996, p. 37 ss.

lasciava in capo all'artefice materiale la responsabilità per la condotta ingiuriosa, nonché la possibilità che tale azione potesse concorrere con l'*actio reipersecutoria*, la cui valenza meramente ripristinatoria a livello patrimoniale lasciava intuire una diversità di *ratio* sottesa a quella aquiliana.<sup>189</sup> La *ratio*, dunque, sanzionatoria che *ab origine* colorava la normativa della *Lex Aquilia* subisce delle riletture a partire da quanto in epoca giustiniana la sua veniva considerata una natura *mixta* il cui prevalere della componente privatistica o penalistica veniva colto dalla concreta liquidazione economica del danno. La differenza, infatti, più evidente rispetto all'azione reipersecutoria era legata alla *estimatio* del danno che risultava sempre superiore al valore del bene stesso, talvolta considerato nella sua valenza più alta nel corso dell'anno in cui ebbe luogo l'illecito, talaltra nel *duplum* del valore di mercato.

È proprio tale convinzione, inoltre, che ha rappresentato il fulcro dell'intera elaborazione del XVIII secolo che riconduceva alla disciplina dell'illecito aquiliano una funzione punitiva e non meramente compensatoria.

### **3. L'ILLECITO AQUILIANO: ANALISI NORMATIVA.**

Il sistema della responsabilità è nel nostro ordinamento rappresentato da due grandi aree che, senza incrociarsi, regolamentano la disciplina del risarcimento del danno, da un lato la responsabilità da inadempimento contrattuale e dall'altro l'illecito extracontrattuale, o aquiliano. La logica sottesa all'azione risarcitoria è però comune: si tratta di andare a ripristinare uno *status quo ante* alla violazione di una legge, intesa in senso ampio, sia nella sua funzione normativa che nella sua prospettiva convenzionale. Il contratto, infatti, ha forza di legge tra le parti (1372 c.c.), comportando l'insorgere di una responsabilità per mancata esecuzione della prestazione dovuta.<sup>190</sup>

---

<sup>189</sup> Cfr. ancora G. VALDITARA, *op. cit.*, p. 56 ss.

<sup>190</sup> Cfr. C. M. BIANCA, *Diritto Civile*, 5. *La responsabilità civile*, Milano, 1987.

La disciplina dell'illecito aquiliano è delineata a livello normativo nell'art. 2043 del codice civile vigente, si tratta di un dettame notoriamente controverso per più ordine di ragioni: in merito alla sua portata, per taluno riconducibile ad una clausola generale e per talaltro considerato con norma di livello secondario; per la sua struttura, il duplice richiamo al danno con accezioni differenti; per la sua originalità rispetto al concetto di illecito extracontrattuale di origine francese e *illo tempore* racchiuso nel precetto ex 1151 del codice civile del 1865, di portata più ampia e onnicomprensiva.

Per un'analisi compiuta e completa della disciplina della responsabilità extracontrattuale non può prescindersi dalla verifica di tali profili problematici, ma solo dopo aver individuato gli elementi che compongono lo scheletro del danno aquiliano sotto una prospettiva oggettiva, fatto, danno e nesso di causalità, e sotto una prospettiva soggettiva, al cui interno vanno ricondotte le componenti di dolo o colpa.

Giova prendere le mosse dal dettame che regolava la disciplina nel codice di fine ottocento per comprendere a pieno la *ratio* sottesa all'opera del legislatore fascista e alla finalità perseguita da quest'ultimo. La normativa precedente, infatti, recitava "Qualunque fatto dell'uomo che arreca danno ad altri, obbliga quello per colpa del quale è avvenuto, a risarcire il danno". Dal contenuto asciutto e lineare, l'art. 1151 disegna i contorni di una concezione sanzionatoria della responsabilità aquiliana che, priva del necessario requisito dell'ingiustizia, implica una generale applicabilità illimitata, in virtù, inoltre, del mancato richiamo alla lesione di un diritto o di una specifica posizione soggettiva.

Figlia dell'impostazione napoleonica<sup>191</sup> del 1804, il codice del 1865 metabolizza l'approccio francese all'illecito aquiliano, a sua volta preso in prestito dal mondo romanistico, sebbene

---

<sup>191</sup> La codificazione francese del 1804 è stata fonte di ispirazione per molti successivi testi normativi europei riprendendo, anche se in maniera atteggiata, alcuni dei brocardi di epoca romanistica. L'elaborazione dottrinale per lo più si concreta nella suddivisione delle categorie dei delitti e dei quasi delitti, l'idea inizia a mutare: la colpa, unico fulcro della condotta, viene accostata da un sentimento di giustizia sociale che si concretizza nell'evitare che responsabilità senza colpevoli punibili restino a carico del danneggiato. Così alla categoria del fatto illecito (delitto), rilevante nel mondo giuridico, ma non al punto di far sorgere una responsabilità penale,

con notevoli aggiustamenti: la bipartizione di *Pothier* tra delitti e quasi delitti, i primi caratterizzati da un intento doloso e i secondi da quello colposo, viene recepita nel sistema italiano. L'art. 1382 del *Code Civil*<sup>192</sup> viene letteralmente tradotto in italiano, disegnando un illecito aquiliano diverso da quello delineato nella *Lex Aquilia* in cui regnava la tipicità e la componente soggettiva della colpa. Le codificazioni del XIX sec, infatti, aderiscono ad una visione tanto ampia dell'illecito aquiliano che il danno è concetto onnicomprensivo, in grado di accogliere al suo interno sia il pregiudizio materiale che quello morale, il danno, per intenderci, che all'epoca dei Romani trovava tutela nell'*actio iniuriarum*. Ciò spiega la lacuna, secondo tale visione deliberata, di una regolamentazione del danno morale, che per la prima volta appare nel codice del 1942.

Invero, è dall'epoca dei Glossatori e successivamente grazie all'intervento dei cultori del diritto naturale che il connotato penalistico dell'azione aquiliana va scemando: si inizia a considerare l'azione aquiliana non come *actio ex delicto* piuttosto come *actio ex equitate*, ciò lascia intravedere una visione differente che, però, non riesce ad imporsi nel codice del 1865, esplodendo in un intento riformatore che nel 1927 culminò nel Progetto di Riforma<sup>193</sup>

---

si aggiunge quella del fatto colposo (quasi delitto) nella sua duplice manifestazione di *culpa in vigilando* e *culpa in eligendo*, consentendo il ristoro patrimoniale anche in quei casi in cui manchi una responsabilità diretta o per fatto proprio. Dunque il principio cardine della disciplina sembra disegnare i suoi contorni sull'equità, che non comporta, si badi bene, un'equivalenza tra l'azione colposa e quella dolosa, bensì la mera idoneità di entrambe alla produzione di un'obbligazione risarcitoria. Per ulteriori approfondimenti cfr. G. VISINTINI, *La tecnica della responsabilità civile nel quadro dei modelli di civil law* in Nuova Giur. Civ. Comm., II, 1995, p. 51 ss.

<sup>192</sup> L'art. 1382 recita “*Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui per la faute duquel il est arrivé, à le réparer*”, esempio di una formulazione legislativa mediante l'ausilio di clausole generali, ha consentito la sua continua attualità ed elasticità necessaria per potersi adattare nel corso del tempo. Lo stesso articolo, infatti, è rimasto inalterato.

<sup>193</sup> Tale Progetto, elaborato da una commissione paritetica di giuristi francesi e italiani, aveva come fine ultimo la creazione di un testo normativo internazionale e allo stesso tempo in grado di sintetizzare al suo interno l'imperativo diritto romano, ancora simbolo e idea di perfezione giuridica. Benché lo stesso non sia mai stato posto in effettiva attuazione, comporta una chiara manifestazione delle elaborazioni dottrinali che ad inizio novecento andavano consolidandosi, anche in ragione del sempre più vispo dibattito intorno alla centralità o

comune alla disciplina italiana e francese, invero mai realmente posto in attuazione, sebbene particolarmente significativo per la successiva opera di codificazione di epoca fascista.

É con il testo del 1942 che l'elemento della colpa perde pacatamente la sua centralità e si fanno spazio ipotesi di responsabilità oggettiva, come quella dei padroni e dei committenti, o quella genitoriale. Viene abbandonata la bipartizione in delitti e quasi delitti, lasciando spazio alla rubrica unica "Dei fatti illeciti", così individuata per sottolineare la distinzione con gli atti, che nel medesimo testo assumevano un valore tendenzialmente più vicino all'orbita negoziale<sup>194</sup>, ma soprattutto emerge in tutta chiarezza la differenza di significato tra colpa e *iniuria*, concetti non più sovrapponibili.<sup>195</sup> Il punto focale muta, infatti, essendo

---

meno della colpa nell'ambito della responsabilità civile. L'art. 74, che si occupava proprio della disciplina dell'illecito, si articolava in due commi, il primo che stigmatizza la condotta antiggiuridica connotata da colpa, e il secondo che, invece, disciplinava in maniera particolarmente atteggiata l'istituto dell'abuso del diritto, oggi privo di qualsiasi aggancio normativo nel codice civile, nella sua forma di eccesso e abuso *sic et simpliciter*. La pericolosa astrattezza del precetto si è rivelata un buon punto di partenza per il legislatore del 1942, che, seppur con alcune modifiche, ha disegnato la disciplina della responsabilità da atto illecito proprio su tale appiglio legislativo. Cfr. per ulteriori approfondimenti G. ALPA e M. BESSONE, *La responsabilità civile*, Milano, 1980, p. 199 ss.

<sup>194</sup> Si evince chiaramente dalla Relazione al codice civile del 1942 la volontà di distinguere il profilo negoziale dalla disciplina dei fatti illeciti: nella medesima relazione si riporta testualmente "É sembrata più esatta la denominazione 'Dei fatti Illeciti', anziché quella di 'Atti illeciti', perché in altra parte del libro delle obbligazioni (art. 1324 e 1334), con la voce 'atti' si sono designati i negozi giuridici". Come Autorevole dottrina afferma il risvolto originale del codice del 1942 va ricondotto alla nuova dimensione del concetto di illiceità, che finisce con lo sdoppiarsi in due distinte voci e che viene "coniugato ma non identificato" con la colpa, a sua volta posta fuori dall'orbita dell'*iniuria*. Cfr. F. D. BUSNELLI, *Atto illecito e contratto illecito: quale connessione?* in *Contr. Impr.*, 2013, IV-V, p. 575 ss.

<sup>195</sup> Emerge la *ratio* chiarificatrice dalla Relazione al codice del Guardasigilli, la colpa e l'*iniuria* sono concetti distinti: serve la coesistenza di dolo o colpa e danno ingiusto, ma l'ingiustizia si desume dall'assenza di una posizione che a livello sistematico riprenda una forma di tutela di un proprio diritto. Nel testo il richiamo esplicito è fatto all'art. 833 c.c., rubricato "Atti di emulazione", in cui si argina l'esercizio abusivo di un diritto riconosciuto come illecito qualora lo stesso avvenga in senso antisociale e "non conforme allo spirito di solidarietà corporativa".

necessario presupposto dell'azione risarcitoria la componente soggettiva del dolo o della colpa, specularmente coadiuvata dalla lesione di una sfera giuridica protetta, ma soprattutto in assenza di cause di giustificazione.

Ad oggi norma fulcro dell'intera disciplina italiana dell'illecito extracontrattuale è rappresentata dall'art. 2043 c.c.<sup>196</sup> che recita “Qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno”, dettame sintetico ma ricco di sfumature come il duplice richiamo al danno, seppur con differente significato, il criterio dell'ingiustizia che si fa spazio come argine all'illimitato potenziale risarcitorio del 1865, ed infine, il richiamo della componente soggettiva posta in relazione al fatto e non più il soggetto responsabile.

### **3.1. GLI ELEMENTI.**

Secondo quanto sostenuto finora, la disciplina dell'illecito contenuta nel codice del 1942 presenta una struttura esplicitamente delineata dalla norma che, benchè si presenti dal contenuto asciutto e tendenzialmente aperto, individua le due componenti che delineano la responsabilità civile, quella oggettiva e quella soggettiva.

---

<sup>196</sup> Come Autorevole Dottrina sostiene, il codice del 1942 effettua, nel disciplinare l'illecito civile, un'accurata crasi tra due differenti testi, quello di massima ispirazione, il *Code Civil* francese, e il più distante *BGB* tedesco, rispettivamente protesi all'atipicità nella sua forma più spiccata il primo e alla tassatività delle ipotesi in grado di far sorgere un'obbligazione risarcitoria il secondo. A ben vedere, ciò che però caratterizza il codice fascista è l'aver adottato di base il principio della atipicità del danno, ma al contempo imponendo la verifica dell'elemento dell'ingiustizia. Ancora una volta emerge chiara la distinzione con la tassatività individuata nella sistematica tedesca in cui, anche in caso di filtro finalizzato a limitare le ipotesi risarcibili, la selezione delle lesioni rilevanti a livello civilistico è a monte effettuata dal legislatore. Nell'ordinamento italiano, invece, così come disegnato nel 1942 tale compito ricade sul giudice, il quale, nella fase di verifica della sussistenza dei presupposti necessari per il risarcimento del danno, analizza se la lesione sia effettivamente connotata dall'ingiustizia. Cfr. in tal senso F. GALGANO, *Le antiche e le nuove frontiere del danno risarcibile* in Contr. Impr., 2008, p. 78 ss.

Chiaramente l'analisi dei singoli presupposti, il danno, l'ingiustizia dello stesso e il nesso causale, colorati dal profilo soggettivo sintetizzabile nella duplice variante di dolo o colpa, è necessaria per poter comprendere la funzione che l'ordinamento italiano ascrive all'istituto dell'illecito.

### **3.1.1. L' INGIUSTIZIA.**

Come anticipato, il parametro dell'ingiustizia rappresenta un filtro che il legislatore del 1942 inserì *ex novo* nella formulazione dell'art. 2043 c.c., essendo del tutto sconosciuto al codice del 1865 e per la prima volta, timidamente, insinuatosi nell'art. 74 del Progetto di Riforma Italo- Francese del 1927. Elemento necessario, deve sempre essere presente nella verifica del presupposto del fatto illecito, essendo caratteristica del danno in senso stretto, ma soprattutto fungendo da criterio imprescindibile al fine di verificare il sorgere della responsabilità civile, con la sola eccezione delle ipotesi in cui il danno è definito tale già a priori dal legislatore.<sup>197</sup>

Molteplici le impostazioni che hanno cercato di analizzare tale criterio, talvolta, come Autorevole dottrina osserva, finendo col sovrapporre il concetto di ingiustizia con quello di danno, fusi in una crasi che rendeva impossibile scindere i due elementi.<sup>198</sup> Invero, va posto

---

<sup>197</sup> Cfr. R. Scognamiglio, il quale richiama tale possibilità nei casi in cui il danno riguarda beni o interessi già oggetto di norma di protezione, come avviene nella fattispecie disciplinata ex art. 185 c.p. in relazione alla liquidazione del danno non patrimoniale. In tali ipotesi, infatti, si può concludere che l'antigiuridicità della condotta e la lesione del bene-oggetto giuridico implicano di per sé l'ingiustizia del danno in R. SCOGNAMIGLIO, *Ingiustizia del danno e tecniche attributive di tutela aquiliana (le regole della responsabilità civile ed il caso Cir c. Fininvest)* in Nuova Giur. Civ. Comm., 2014, II, p. 360.

<sup>198</sup> Cfr. in tal senso V. Scalisi il quale sottolinea come nel corso del tempo i due concetti di danno e ingiustizia hanno finito col sovrapporsi, comportando un'interpretazione distorsiva del criterio che argina la clausola generale rappresentata dall'art. 2043 c.c. A ben vedere, però, la visione della duplicità e differenza dei concetti nella visione dell'Autore non comporta l'adesione a quell'orientamento che ravvede nel dettame del codice



in evidenza che il parametro dell'ingiustizia è stato al centro di un dibattito svoltosi su due distinti piani: dapprima ci si chiedeva se il criterio dell'ingiustizia fosse stato individuato dal legislatore come il filtro idoneo a contemperare la netta atipicità della neofita disciplina dell'illecito aquiliano. A ben vedere, nonostante l'espressa astrattezza della norma sulla responsabilità, infatti, una parte della dottrina sottolineava la *ratio* tipica della stessa, imponendo come filtro la predeterminazione da parte del legislatore di una serie di posizioni giuridiche tutelate che relegavano la norma a chiusura del IV libro delle obbligazioni a disciplina meramente secondaria e dalla valenza sanzionatoria.<sup>199</sup>

---

civile una forma di tutela costitutiva e atipica, conseguente alla violazione del precetto generico di *neminem laedere*. Per Scalisi, infatti, la disciplina prevista all'art. 2043 c.c. pur fungendo da clausola generale del sistema che necessita del filtro dell'ingiustizia, avrebbe una funzione meramente sanzionatoria e secondaria, il cui valore si esprime nel condannare la lesione di sfere giuridiche considerate a monte dall'ordinamento tutelate, come si evince da uno dei suoi contributi più mirati sul tema, V. Scalisi, *Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile* in Riv. Dir. Civ., 2005, p. 40 ss.

<sup>199</sup> La speculazione è certamente interessante: il dettame normativo del codice di epoca fascista si presenta assolutamente onnicomprensivo, *prima facie* atipico e idoneo a tutelare una moltitudine di ipotesi. Ciò nonostante, nella metà del XX secolo si sviluppò una corrente di pensiero che ravvisava nel concetto di danno ingiusto la chiave di chiusura del sistema, attraverso l'*escamotage* delle posizioni giuridiche rilevanti da cui poteva discendere il danno risarcibile. Secondo tale visione, infatti, la norma ex 2043 c.c. rivestendo una funzione meramente punitiva e assumendo un valore secondario, non aveva il vigore giuridico di individuare i casi di lesione, ma poteva esclusivamente intervenire in seconda battuta, sanzionando la violazione di una serie di obblighi primari, individuati da altrettanti dettami normativi. Tale concezione, trascinatasi per decenni, viene definitivamente sopita dalla Corte di Cassazione che in occasione della sentenza n. 500 del 1999, chiarisce la portata primaria e atipica del precetto ex art. 2043 c.c. A ben vedere, però, tale provvedimento della Suprema Corte interviene a sigillare e consolidare una posizione che già in dottrina andava cristallizzandosi, sebbene con differenti interpretazioni. Comune alle varie letture che ravvedevano nell'art. 2043 c.c. una clausola generale, atipica ma soprattutto primaria, è rappresentata dalla sua valenza assolutamente elastica in grado di tutelare posizioni differenti, anche se non esplicitamente individuate a priori dal legislatore. Il concetto di ingiustizia assume, pertanto, un ruolo cruciale, idoneo a fungere da spartiacque tra due ipotesi di danno, quello risarcibile e quello giuridico. Solo quest'ultimo assume una pregnanza tale da far sorgere un'obbligazione risarcitoria, il primo, invece, quello risarcibile, rappresenta una mera proiezione astratta del secondo che,

Successivamente, una volta consolidatasi l'idea dell'elasticità del dettame normativo di cui all'art. 2043 c.c., a lungo ci si è interrogati sugli effettivi contorni del danno ingiusto e su come il concetto di ingiustizia si atteggiasse nel mondo moderno.

Merita di essere richiamata, tra i vari orientamenti dottrinali, una teoria che spiega il concetto di danno ingiusto come lesione conseguente alla contrapposizione tra il permesso e l'obbligo:<sup>200</sup> si tratta di un'impostazione che ravvede nel permesso la sussistenza di un potere di agire e fare, mentre nell'obbligo, sia con valenza positiva che negativa, riconosce il dovere di tenere o non tenere un comportamento. Da tale dicotomia emerge un conflitto tra due posizioni giuridiche, rispettivamente riconducibili alle figure del danneggiato e del danneggiante e comportando in capo a quest'ultimo un'obbligazione di risarcimento del danno solo qualora la lesione arrecata si riveli ingiusta<sup>201</sup>.

---

proprio grazie al filtro della ingiustizia, viene valutato. Da tale comune presupposto, però, muovono due distinte correnti, la prima che attribuisce al giudice la funzione di valutare e vagliare il conflitto tra le due posizioni giuridiche, attribuendo all'autorità giudiziale una funzione creatrice, visione questa cara a S. Rodotà, precursore di tale idea, fermamente convinto che l'ingiustizia necessita una verifica concreta e non solo astratta. In opposta direzione si sviluppò l'idea di quanti alla atipicità del precetto normativo avvicinavano una concezione di disequilibrio tra posizioni giuridiche risolvibile a priori con l'ausilio del legislatore, il quale, però, lungi dall'essere un mero arbitro, attraverso l'individuazione di concetti assiologici e principi, si rivelava in grado di imbrigliare a priori il giudice designato, la cui valutazione, quasi obbligata, non sfociava in una revisione normativa del sistema. Per delineare meglio il dibattito cfr. S. Rodotà, R. Scognamiglio, *contra* M. Barcellona. Ancora per una visione d'insieme A. THIENE, *Rimedio risarcitorio e condotta del danneggiante: tramonto o riscoperta dell'ingiustizia del danno?* in Nuova Giur. Civ. Comm., 2002, II, p. 205 ss.

<sup>200</sup> In tal senso *ex multis* vanno prese in prestito le speculazioni di M. Barcellona, il quale esplicitamente prende le distanze da quanti riconducevano l'ingiustizia del danno alla sussistenza di una posizione giuridicamente rilevante coadiuvata dalla presenza di una componente psicologica particolarmente accentuata idonea a colorare la condotta vietata. L'Autore palesemente sostiene che tale impostazione sia frutto di un frequente errore, in quanto non in grado di spiegare la bilateralità che denota il requisito dell'ingiustizia.

<sup>201</sup> All'idea di conflitto fa richiamo anche V. Scalisi, il quale lamentando la sempre più frequente assimilazione dell'ingiustizia al danno, che la rende un inutile doppione, ravvede la necessità di vagliare differenti opzioni speculative per individuare l'effettiva valenza dell'ingiustizia. Essa si rivela il vero *discrimen* in grado di

Riaffiora, quindi, il parametro dell'ingiustizia all'interno di tale disequilibrio che va ricondotto alle ipotesi di asimmetria<sup>202</sup> tra il permesso di agire e il dovere di astenersi: in una simile lettura il danno meramente economico, manda in *tilt* la struttura dell'illecito aquiliano, mancando *a priori* una situazione legittimante in grado di consolidarsi, prima del danno, come meritevole di tutela. Nel corso degli anni '80 la mancata corrispondenza tra "danno giuridico" e "danno meramente patrimoniale" fa vacillare il concetto dell'ingiustizia, che non incontra come presupposto principale la spettanza del valore del bene leso dal danneggiante,

---

valutare la corretta allocazione del danno. L'Autore parla di "*zona di efficacia del fatto illecito*", come se l'ingiustizia e la sua presenza comportasse il dispiegamento dell'effetto in concreto della situazione che vedeva già netto il danno ma non l'insorgere dell'obbligazione risarcitoria. A differenza di quanto dettagliatamente analizza M. Barcellona, però, V. Scalisi focalizza un conflitto tra una moltitudine di interessi in cui anche la eventuale sussistenza della causa di giustificazione con comporta automaticamente la condotta nell'area del lecito, essendo ben possibile che l'autore del danno ecceda nell'esercizio del diritto che gli viene garantito dall'ordinamento. Cfr. V. SCALISI, *op. cit.*, p. 48 ss.

<sup>202</sup> Invero, l'Autore distingue situazioni giuridiche simmetriche e situazioni giuridiche asimmetriche, solo in queste ultime ipotesi si presenta un vero e proprio conflitto che va bilanciato facendo ricorso alla verifica della sussistenza dell'ingiustizia. Al primo ambito sono riconducibili, infatti, molteplici situazioni in cui la relazione si instaura tra un soggetto e un bene corporale, una *res materiale* insomma, che comporta l'insorgere di un rapporto di esclusività. Esempio palese è rappresentato dalle varie forme di diritto reale in cui il proprietario vanta un diritto assoluto a cui corrisponde, specularmente, un dovere di astensione riconducibile in capo alla moltitudine dei consociati. In tal caso non vi è conflitto: la violazione del dovere di astensione procura un danno e implica l'insorgere di un'obbligazione risarcitoria. Diverso la situazione qualora non vi sia un bene materiale ma il soggetto danneggiato si mostri titolare di una posizione tutelata o un rapporto giuridico con una *res immateriale*: in un simile contesto ciò che va verificato è se la sua sfera giuridica sia stata ingiustamente pregiudicata oppure se la condotta altrui, posta in essere sulla base di un diritto equamente esercitato, non sia connotata dal requisito dell'ingiustizia. Tale verifica è possibile ricordando la distinzione tra conflitti occasionali e conflitti modali, i primi frutto di una situazione concreta che pone difficoltà di coordinamento tra reciproci permessi e obblighi; i secondi conseguenza dell'erroneo esercizio da parte di uno dei soggetti che proprio diritto, posto in essere nel modo sbagliato. Per ulteriori approfondimenti M. BARCELLONA, *op. cit.*, p. 108 ss.

mancando il bene *in re ipsa*, ma concretandosi la lesione esattamente nel medesimo momento in cui il bene si palesa nel mondo giuridico.<sup>203</sup>

Tale distonia comporta una rilettura del concetto di interesse rilevante, non piú inteso sotto un profilo meramente statico, quanto in una prospettiva dinamica, complessa e composta non solo dallo *status* del bene in sè, ma anche dal contesto in cui lo stesso si presenta, soprattutto in virtù della tutela che l'ordinamento riconosce a quel determinato bene nella specifica situazione.

Alla teoria che riconduce alla valenza sottesa al bene leso da parte del danneggiante la funzione di discriminare per la sussistenza del requisito dell'ingiustizia si contrappone l'orientamento di coloro i quali al connotato dell'ingiustizia attribuiscono una valenza bilaterale, che come anticipato pocanzi, emerge chiara da due posizioni in conflitto.<sup>204</sup>

---

<sup>203</sup> Il rinvio è qui chiaro alla questione De Chirico, - Corte Cass., III Sez. Civ., 4 maggio 1982 n. 2765 in Giust. Civ., 1982, II, 1745, con nota di A. DI MAJO, *Ingiustizia del danno e diritti non nominati* - che negli anni ottanta ha destato grande clamore e scalpore, proprio in ragione della funzione creatrice, seppur ai limiti della norma positiva da parte della Corte di Cassazione che per la prima volta riconobbe il risarcimento in caso di lesione all'integrità del patrimonio. Viene ad esistenza il danno meramente patrimoniale, sconosciuto alla dottrina e alla giurisprudenza, o forse non ritenuto rilevante *sic et simpliciter*, vista l'assenza di una posizione giuridica rilevante preesistente alla dinamica lesiva. Secondo Autorevole dottrina tale interpretazione estensiva è strettamente collegata all'astrattezza assoluta che connota il precetto di cui all'art. 2043 c.c. La mancanza di un'esplicita tassatività e il generico filtro dell'ingiustizia sarebbero state le ragioni in virtù delle quali la Corte Suprema non avrebbe incontrato ostacoli nell'espandere a tal punto le maglie dell'illecito aquiliano. Cfr. G. PONZANELLI, *Il risarcimento del danno meramente patrimoniale nel diritto Italiano* in *Danno e Resp.*, VIII-IX, 1998, p. 729 ss. A ben vedere una simile voce di danno non è stata ben recepita dalla dottrina maggioritaria che, da sempre intenta a trovare una precisa *ratio* alla responsabilità civile, si ritrova senza un supporto logico sufficiente e idoneo a sostenere una simile forma di pregiudizio. *Ex multis*, C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1991; V. CARBONE, *I De Chirico di De Chirico- il commento* in *Corr. Giur.*, 1989, VIII, p. 860 ss. Per una ricostruzione della figura si tenga, inoltre, conto dell'opera di M. MAGGIOLIO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano, 2003.

<sup>204</sup> Tale visione viene proposta da M. Barcellona, che ponendo in relazione due soggetti, il danneggiato e il danneggiante, si interroga sull'effettiva presenza dell'ingiustizia che può evincersi tanto nel campo virtuale che

Il concetto di ingiustizia, infatti, si dispiega in una duplice prospettiva, la prima virtuale, cioè riconducibile all'attribuzione del valore distrutto da colui il quale ha subito la lesione e dunque la perdita; ma anche da un profilo squisitamente concreto, che impone una seconda verifica finalizzata al riscontro della sussistenza di una posizione lecita del presunto danneggiante. In altri termini: la mera sussistenza della lesione e il diritto ad ottenere un risarcimento del danno non sono presupposti legati da un vincolo di reciprocità, dovendo interagire anche con un ulteriore elemento, quello dell'accertamento di un obbligo riscontrabile in capo al danneggiante. Solo in tale ipotesi il danno potrà essere definito ingiusto, mentre qualora al danneggiante sia riconducibile una posizione di permesso, che lascia presumere un potere sul bene, l'esercizio del medesimo non sfocia nel connotato dell'ingiustizia, impedendo il sorgere di un obbligo risarcitorio a favore del soggetto leso. In una simile prospettiva assume valore significativo la ulteriore distinzione tra risarcimento e indennizzo, che si presenta come lesione ma scaturente da atto lecito o in qualsiasi modo autorizzato dall'ordinamento.<sup>205</sup>

---

nel campo concreto. Non basta il mero pregiudizio arrecato, ma è necessario che lo stesso non corrisponda ad un permesso del danneggiante, confluendo dunque nella condotta non anti-giuridica. Secondo tale lettura il danno meramente patrimoniale sarebbe riconducibile ad un'ingiustizia presente solo sotto un profilo virtuale, non riscontrabile anche nella realtà concreta. Ovviamente emerge chiara, a questo punto, la prospettiva di analisi dell'autore e la diffidenza dello stesso nei confronti di tale forma particolarmente atteggiata di lesione, invero, poco apprezzata dalla dottrina e sviluppatasi nelle aule di tribunale.

<sup>205</sup> Giova aderire a quell'impostazione che definisce la responsabilità civile un istituto che va ben oltre i soli confini dell'illecito: il concetto di danno ingiusto, fulcro del sistema risarcitorio, infatti, si palesa sia nelle ipotesi di attività anti-giuridica posta in essere dal danneggiante, quanto nelle manifestazioni di attività lecite, che implicano, ciononostante, la lesione della sfera giuridica di un soggetto distinto da colui il quale pone in essere l'azione. La inopportuna sovrapposizione di concetti quali: risarcimento, indennizzo e indennità ha finito con il confondere il giurista, poco disciplinato nell'individuare i confini di tali distinte categorie. Non va certamente, trascurato che il *discrimen* tra le due fattispecie non è riconducibile alla mera condotta, quanto piuttosto alla diversa valutazione del danno che ne consegue anche le finalità appaiono distinte, basti pensare che ai canoni di danno emergente e lucro cessante che intervengono in caso di risarcimento, si contrappone un generico obbligo di ristabilire l'equilibrio patrimoniale che caratterizza l'istituto dell'indennizzo. Per ulteriore

Tale teoria della bilateralità, a ben vedere sviluppata e nota in dottrina, non ha trovato grande riscontro e considerazione da parte della giurisprudenza e poiché, come taluno asserisce<sup>206</sup>, protagonista nel settore della responsabilità civile non può che essere il giudice, indiscusso punto focale dello sviluppo teorico e pratico, non si può trascurare il punto di vista della giurisprudenza di legittimità, che proprio in merito alla definizione di ingiustizia si è espressa qualche decennio fa, ormai, comportando una rilettura complessiva della disciplina e degli elementi che la connotano.

L'approccio sistematico ed etimologicamente ineccepibile fa riferimento al concetto di lesione ingiusta nella sua accezione di danno ingiustificato: il richiamo è all'equilibrio che sussiste tra esercizio di un diritto e causa di giustificazione, qualora l'attività sia comune a due soggetti che rivestono posizioni antitetiche. La Corte di Cassazione,<sup>207</sup> in tale occasione

---

approfondimenti cfr. P. PERLINGIERI, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento* in *Annali della Fac. Di Benevento*, 2006, X, p. 235 ss.

<sup>206</sup> Tale affermazione è riconducibile a F. Galgano, il quale affermava con vigore la funzione nevralgica dell'organo giudicante nel settore della responsabilità civile e del risarcimento del danno. L'Autore sostiene che la valenza di clausola aperta, generale, rappresentata dall'art. 2043 c.c. pone il giudice in una posizione particolarmente atteggiata, che sembra colorarsi di un potere nuovo, per lo più equitativo e non di mero esecutore della norma positiva. Certamente la componente creativa della giurisprudenza in tale settore non può essere negata, basti pensare alle evoluzioni che nel tempo si sono succedute in grado di identificar sempre diritti "nuovi", che meritano tutela in caso di lesione. Cfr. F. GALGANO, *La commedia della responsabilità civile*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1987, I, p. 192 ss. Di medesimo avviso, inoltre V. Scalisi, il quale riconosce alla giurisprudenza una funzione creatrice quasi in ambito di risarcimento del danno, cfr. *Ex multis, Regola e metodo del diritto civile della post-modernità* in *Riv. Dir. Civ.*, 2005, I, p. 283.

<sup>207</sup> La sentenza in questione è la n. 500 del 1999, in occasione della risoluzione di un conflitto di giurisdizione la Corte di Cassazione stabilisce una rilettura forte dell'intero istituto della responsabilità civile e del dettame previsto all'art. 2043, norma riconosciuta come primaria e con una funzione di clausola generale di sistema. Tale disciplina ha la *ratio* di apprestare adeguata tutela ad una lesione ingiusta, il requisito dell'ingiustizia, infatti, viene trasposto dalla condotta al pregiudizio che, ingiustificato, fa sorgere l'obbligazione risarcitoria in capo al danneggiante. In tal senso si esprime anche A. Fucci, che riprende l'impostazione secondo la quale il danno di chi parla l'art. 2043 c.c. non fa riferimento al danno ingiusto, bensì al danno risarcibile. La differenza

emana una delle sentenze che hanno segnato il passaggio da una concezione ancillare dell'art. 2043 c.c., il cui valore veniva considerato secondario e meramente programmatico, ad una posizione primaria nell'ambito del risarcimento del danno, rafforzata da una funzione immediatamente precettiva, non piú attuativa di comandi e divieti violati, ma in grado, essa stessa, di imporre il rispetto del generico principio del *neminem laedere*.

La sentenza a Sezioni Unite 500 del 1999 descrive una disciplina dell'illecito aquiliano che viene chiamata in causa qualora la condotta, colposa o dolosa, abbia arrecato al danneggiato una lesione *contra ius*, quindi contro una posizione soggettiva meritevole di tutela,<sup>208</sup> e *non iure*, cioè non speculare ad alcuna ipotesi di causa di giustificazione, prevista dall'ordinamento e avente valore sistematico.

Punto focale di tale lettura del parametro dell'ingiustizia era il bilanciamento del requisito dell'atipicità dell'onere del *neminem laedere* con la tipicità del novero della causa di giustificazione, previste dall'ordinamento e tassativamente elencate.

---

sarebbe riconducibile proprio alla sussistenza del duplice valore *non iure* e *contra ius* che la Corte di Cassazione ha sottolineato piú volte, in senso conforme anche Corte Cass. n. 9345 del 17 maggio 2004; Ss. Uu. n. 19200 del 24 settembre 2004; Corte Cass. n. 14629 del 10 ottobre 2000. Cfr. A. FUCCI, *Il danno ingiusto alla luce della sentenza n. 500/1999 della Cassazione* in Resp. Civ., 2005, p. 514 ss.

<sup>208</sup> A ben vedere, la componente di originalità della sentenza 500/99 è riconducibile proprio alla rilettura dell'elemento *contra ius*: la tradizionale impostazione, infatti, interpretava tale inciso come riconducibile solo ed esclusivamente alle posizioni di diritto soggettivo, lasciando prive di tutela interessi legittimi e aspettative di diritto, il che non sembrava preoccupare piú del dovuto quanti affermavano che la posizione di interesse legittimo fosse sufficientemente tutelata con il rimedio caducatorio dell'annullamento del provvedimento amministrativo lesivo della sfera giuridica del privato. L'evoluzione del diritto amministrativo e il diffondersi della dicotomica proiezione del concetto di interesse legittimo non solo oppositivo, ma anche pretensivo, palesavano l'insufficienza della tutela amministrativa dell'annullamento, non sussistendo nella maggior parte delle ipotesi di contenzioso avente ad oggetto un interesse legittimo pretensivo un atto amministrativo da impugnare. In una simile situazione il solo rimedio efficace si presentava la tutela risarcitoria, che però, in ragione della restrittiva lettura del criterio dell'ingiustizia espresso nell'art. 2043 c.c. e riconducibile ai soli diritti soggettivi, lasciava privi di protezione gli interessi legittimi vantati dai privati nei confronti della Pa.

Tale visione, da una parte della dottrina accolta, inoltre, va di pari passo con un'altra opinione Autorevole secondo cui l'ingiustizia non è semplicemente riconducibile al diritto soggettivo, né può essere considerato mera componente del danno, da cui svolge una funzione distinta, e ciò si evince chiaramente nell'ipotesi del danno meramente patrimoniale in cui non vi è posizione giuridica *a priori* tutelata e il solo criterio di valutazione va, probabilmente rintracciato nella componente soggettiva della condotta, mancando un'lesione pragmaticamente ingiusta.<sup>209</sup>

Punto claudicante, però, su cui si una serrata critica faceva leva era la considerazione che ciò implicava la sovrapposizione tra due concetti distanti che, secondo tale lettura, finivano per coincidere, l'illiceità e la responsabilità. La dottrina, infatti, ravvedeva in questo la carenza dell'impostazione giurisprudenziale che, attenta ad una lettura sistematica, sembrava perdere di vista il vero ruolo della causa di giustificazione, in grado sì di identificare la presenza di un conflitto, e non la sussistenza dell'ingiustizia in sé, verificabile solo nell'ipotesi in cui l'esercizio del diritto sia stato eccessivo e ultroneo rispetto a quanto sistematicamente giustificabile da parte dell'ordinamento.

L'ingiustizia, pertanto, finisce con l'emergere nella risoluzione del conflitto e nella ontologica rappresentazione di quest'ultimo, che non è sempre uguale ma si manifesta in una forma modale od occasionale.<sup>210</sup>

---

<sup>209</sup> In tal modo può sintetizzarsi l'opinione di Castronovo, il quale ravvede un errore di sistema nel danno meramente patrimoniale, banco di prova anche per l'elemento aquiliano dell'ingiustizia, disputa che sembra concludersi con il rinvio di tale forma peculiare di pregiudizio all'interno della mera sfera dell'inadempimento contrattuale. C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, cd. Perdita di chance, danni punitivi, danno cd. Esistenziale* in Dir. Eur. Priv., 2008, p. 320.

<sup>210</sup> Tale distinzione dei conflitti è dovuta a M. Barcellona, il quale partendo dalla distinzione secondo cui alcuni diritti sono necessariamente contrapposti, ma soprattutto genericamente, solitamente alla sussistenza di diritti assoluti corrisponde l'esercizio di alcune generiche libertà di altri soggetti, che per tale ragione entrano in contrapposizione. Ebbene in tali ipotesi siamo di fronte a conflitti modali, quasi connaturati a taluni diritti ma soprattutto che si concretizzano in determinate e pragmatiche situazioni. Di differente regime, invece, sono i



### 3.1.2. IL DANNO.

Altro elemento imprescindibile e molto discusso nell'ambito della responsabilità civile è rappresentato dal danno, di cui manca una lineare ed espressa definizione nel codice e che, per tale ragione, a lungo è stato oggetto di speculazioni da parte della dottrina, soprattutto in virtù della rilettura fornita dal codice del 1942 che lo qualifica come ingiusto<sup>211</sup>.

Prendendo in prestito la definizione enciclopedica giuridica si tratta di un “pregiudizio causato ad altri da un comportamento contrario al diritto, sia mediante la violazione di obblighi specifici derivanti da un particolare rapporto giuridico con l'avente diritto (diritto contrattuale o da inadempimento), sia mediante la violazione della norma giuridica generica (diritto extracontrattuale o aquiliano)”.<sup>212</sup> Il danno non è, pertanto, elemento esclusivo della responsabilità extracontrattuale, ma peculiarità fondamentale e presupposto dell'azione risarcitoria nella sua più ampia applicazione.<sup>213</sup>

---

conflitti occasionali: questi ultimi, infatti, non sono solitamente riconducibili ad alcune dinamiche ma sorgono in occasione di situazioni più o meno casuali e non si presentano come connaturati a determinati diritti o all'esercizio degli stessi. Cfr. M. BARCELLONA, *op. cit.*, p. 92; e per una recente rilettura sistematica A. THIENE, *op. cit.*

<sup>211</sup> In tal senso va precisato il rapporto che sussiste tra il danno e l'illecito, da sempre al centro di accese discussioni in dottrina.

<sup>212</sup> L. CORSARO. *Voce Responsabilità Civile, I) Diritto Civile* in Enc. Giur. Treccani, Roma, 1991, XXIV, p. 5.

<sup>213</sup> In merito a tal osservazione è necessario richiamare la visione di Autorevole Dottrina che individua nelle forme di responsabilità senza danno terreno applicativo esclusivo delle pene private. Invero, la necessità che nel riscontro di un'ipotesi di responsabilità civile vi sia la compresenza dei singoli elementi che pongono in relazione il fatto e il danno conseguente, implica il palesarsi di una *vacatio* giuridica in tutti quei casi in cui alla violazione del diritto non consegua un vero e proprio danno diretto ed immediato. In tale frangente le risposte della dottrina sono state molteplici: il richiamo al concetto di ingiustificato arricchimento; la cristallizzazione di forme di pregiudizio non patrimoniale: infine, vi era un'impostazione che nella mancanza di un danno, inteso come danno conseguenza, ravvedeva il rinvio all'istituto delle pene private, arginate per quasi tutto il XX secolo

Al centro del dibattito dottrinale vi era la constatazione della differenza ontologica tra danno e lesione: secondo l'impostazione classica,<sup>214</sup> infatti, il danno rappresentava un *quid pluris* rispetto alla condotta pregiudizievole illecita. Più specificamente lo stesso andava a completare la struttura della obbligazione risarcitoria e, pertanto, doveva necessariamente sussistere oltre la lesione.<sup>215</sup> E, infatti, secondo tale prospettiva la lesione del diritto rappresentava il presupposto della responsabilità, mentre il danno il fine in sé considerato dell'azione risarcitoria.

A diversa conclusione giungeva una parte, invero, minoritaria della dottrina,<sup>216</sup> che assimilando i due concetti sembrava considerare l'elemento del danno come meramente eventuale, per niente necessario, ma soprattutto la cui lacuna si presentava come inidonea ad

---

in seguito alla catalizzazione dell'attenzione che il sistema della responsabilità civile era stata in grado di produrre. Cfr. P. GALLO, *Pena private e responsabilità civile*, Milano, 1996, p. 9 ss.

<sup>214</sup> *Ex multis*, R. Scognamiglio il quale pone l'attenzione sul fatto che nel diritto civile l'atto illecito non si conclude con la lesione o messa in pericolo del bene, esso culmina con il pregiudizio, quindi con l'evento dannoso. L'*iniuria* o la lesione del diritto fanno parte della fase in cui la posizione giuridica tutelata dall'ordinamento viene concretamente intaccata, eppure, affinché sorga l'obbligo risarcitorio è necessario che si palesi nella realtà giuridica un *quid pluris*, il danno, presupposto dell'azione di risarcimento. Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Appunti sulla nozione di danno* in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1969, Milano, p. 464 ss.

<sup>215</sup> Va posto in evidenza che per Autorevole dottrina il danno rappresenta il requisito essenziale per far sorgere l'obbligazione risarcitoria: ciò lo si desume a contrario dall'idea che illecito e responsabilità non siano osmoticamente collegati, ben potendo esistere ipotesi di responsabilità in cui non vi è soggetto agente in maniera antiggiuridica. Il richiamo è ai cd. Danni anonimi, e a tutte le fattispecie in cui la condotta non è evitabile né controllabile e per tale ragione non imputabile ad un soggetto specifico. Secondo tale impostazione, pertanto, il concetto di danno rappresenta il *prius* logico della responsabilità, giudizio al termine del quale si individua su quale sfera giuridica pesa il risarcimento. Cfr. S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Napoli, 1964, p. 50 ss. Della medesima opinione anche C. Salvi, il quale pone in evidenza come la dicotomia danno-responsabilità prescinda dal fatto illecito: a ben vedere, infatti, è bene privilegiare un'analisi della disciplina della responsabilità che investighi non tanto una concettuale struttura aprioristica bensì la sussistenza di un necessario nesso funzionale che sussiste tra gli elementi che definiscono l'evoluzione dell'*iter* lesivo. Cfr. C. SALVI, *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Napoli, 1985, p. 26 ss.

<sup>216</sup> Cfr. *Ex multis*, G. CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza*, Padova, 1966.

intaccare il meccanismo risarcitorio. Per tale orientamento la mera sussistenza di una lesione *in re ipsa* palesa che una situazione giuridicamente tutelata è stata intaccata da una illecita condotta, rappresentando una compromissione di un diritto altrui. Da tale lettura sistematica discende, inoltre, anche una visione piú estrema di alcuni autorevoli esponenti della dottrina<sup>217</sup> che, sovrapponendo lesione e danno, considerano tale secondo elemento meramente contingente, concretizzandosi il danno già al momento della lesione, prendendo in prestito dal contesto penalistico il concetto di illecito di pericolo.<sup>218</sup>

A ben vedere, una temperata lettura sistemica è fornita da chi,<sup>219</sup> adeguatamente, approfitta di tale distinzione rileggendola con l'aggiunta della dicotomica categorizzazione di danno patrimoniale e danno non patrimoniale, prevista nello stesso codice civile, sebbene non esplicitata e definita. In base a tale visione il danno sarebbe necessario nell'ipotesi in cui lo stesso riguarderebbe il patrimonio, sia per ragioni quantitative sia per ragioni di causalità giuridica; mentre l'elevato livello di protezione degli interessi non patrimoniali implicherebbe il consolidarsi immediato del danno al momento della condotta illecita in caso

---

<sup>217</sup> Il richiamo è diretto a C. Castronovo, il quale sostiene che il danno rappresenta la lesione *in re ipsa* e che l'eventuale duplicazione della stessa comporta una errata lettura della responsabilità civile, cfr. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997.

<sup>218</sup> F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, Padova, 2015. Per ulteriori approfondimenti cfr. M. V. DE GIORGI, *Voce Danno, Teoria Generale* in Enc Treccani, X, Milano, 1999.

<sup>219</sup> Tale interpretazione è dovuta a P. G. Monateri, il quale giustamente sottolinea che in caso di danno non patrimoniale l'effettivo pregiudizio riguarda il bene e, indirettamente il patrimonio, ciò comporta che l'eventuale valutazione dello stesso deve avvenire a posteriori della lesione, potendo la condotta illecita anche non produrre concrete decurtazioni della sfera giuridica economia. Il ragionamento così presentato, però, non sarebbe ugualmente estendibile alle ipotesi di danno non patrimoniale la lesione comporta di per sé la lesione di un bene costituzionalmente tutelato da cui scaturisce il pregiudizio. Inoltre, l'impossibilità di quantificare esattamente il valore della diminuzione economica e la possibilità che a quest'ultima si accompagnino anche conseguenze meramente patrimoniali e materiali impedisce di creare e tipizzare un *iter* di valutazione del danno ripetibile automaticamente, ma richiede la constatazione caso per caso. Cfr. P. G. MONATERI, *Danno e risarcimento*, Torino, 2013, p. 31 ss.

di danno *ex* 2059 c.c., proprio in ragione della spesso evanescente consistenza dei danni morali, biologici ed esistenziali.

L'elemento del danno,<sup>220</sup> pertanto, va analizzato sotto un duplice profilo riguardante da un lato la sua tipicità/atipicità, strettamente consequenziale alla *ratio* sottesa al dettame normativo cristallizzato nell'art. 2043 c.c.; d'altro lato vanno evidenziate le teorie sul concetto di danno e verificato quale risulta la piú coerente con l'impostazione del codice di epoca fascista ancóra oggi in vigore.

Giova prendere le mosse dal consolidato dibattito incentrato sulla natura dell'art. 2043 c.c. e della essenza dello stesso: è necessario, però, guardare dapprima alla codificazione del 1865 per comprendere il passaggio alla visione odierna, caratterizzata da molteplici filtri prima inesistenti. La lettura onnicomprensiva della codificazione di fine ottocento all'art. 1151 richiedeva il requisito della colpa e non prevedeva il parametro dell'ingiusto danno, il che delineava i contorni di una responsabilità da illecito ad ampio spettro, ma dal colore sanzionatorio, che assumeva e ravvedeva nella colpa la unica componente psicologica idonea a far sorgere l'obbligazione di liquidare un risarcimento monetario.

Il codice fascista rivede e prende in prestito dalle impostazioni dottrinali contemporanee e dal Progetto di Riforma del codice del 1927 l'idea di incanalare e chiarificare la disciplina dell'illecito in maniera concreta. Il confronto con il BGB e la tipicità, che regnava sovrana nel sistema tedesco, si scontra con la vaghezza della disposizione del testo pre-novecentesco, sollecitando una revisione complessiva.

---

<sup>220</sup> Secondo C. Salvi, per delineare l'evanescente concetto di danno è bene tenere a mente tra idee di fondo che delineano la pregnanza dello stesso: il danno implica certamente una lesione patrimoniale, a prescindere dal tipo di valutazione che si formula a posteriori per concretizzarne il *quantum* (teoria differenziale o teoria reale); al contempo rappresenta una modificazione della realtà materiale, inteso in senso pragmatico, dunque, una trasformazione del mondo giuridico e reale; infine, assume i connotati di una violazione normativa, nel senso piú profondo di allontanamento da una regola di condotta la cui non conformità arreca un pregiudizio. C. SALVI, *Il danno extracontrattuale, Modelli e Funzioni*, Napoli, 1985, p. 24.

Il testo del 1942, emblema di una rilettura della disciplina, però, se chiarifica la struttura dell'illecito aquiliano non si è espressa sulla reale funzione che questa riveste ed esercita: due le visioni che immediatamente dopo la definizione del codice si sono scontrate, una sanzionatoria e che ravvisava nel 2043 c.c. una funzione meramente ancillare; l'altra che dotava di autonomia il testo rubricato "danno patrimoniale", attribuendogli una *ratio* precettiva e non esclusivamente programmatica e secondaria.

Obbligo di *neminem laedere* dal valore generico, riconosceva alla disciplina ex 2043 c.c. una funzione sanzionatoria e secondaria: la *ratio* sottesa a tale istituto era quella di soccorrere la norma attributiva di un diritto, o più genericamente di una posizione giuridica meritevole di tutela, in caso di violazione che implicava la lesione della situazione soggettiva e conseguentemente il danno. Il risarcimento, dunque, rappresentava una sanzione che l'ordinamento apprestava all'artefice della violazione, il quale era obbligato a ripristinare lo *status quo ante*, sia a livello giuridico che economico.

Diverso l'orientamento di quanti, invece, intravedono nell'art. 2043 c.c. una disposizione dal valore precettivo,<sup>221</sup> in grado di creare un divieto in capo al *quisque de populo* di ledere l'altrui sfera giuridica, a prescindere dalla posizione giuridica rivestita. Tale teoria, per vero pienamente condivisa dalla Corte di Cassazione, appare ora consolidata e fondamento imprescindibile per l'ampliamento del novero dei danni concretamente risarcibili, non più esclusivamente riconducibili alla posizione di diritto soggettivo, ma esteso oggi anche alla categoria degli interessi legittimi e non solo.

Tale interpretazione primaria della disciplina del risarcimento extracontrattuale, infatti, comporta una visione atipica del concetto di danno, in grado di apprestare tutela ad ogni situazione giuridicamente tutelata, a prescindere dalla sua qualifica normativa. La forza creatrice della giurisprudenza ha svolto un grande ruolo e apportato un grande contributo, consentendo l'estensione della categoria dei danni delle situazioni meritevoli di tutela.

---

<sup>221</sup> Cfr. *Ex multis*, S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Napoli, 1964; P. TRIMARCHI, *Rischio e Responsabilità oggettiva*, Milano, 1961; C. SALVI, *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Napoli, 1985.

In tale prospettiva va richiamata la opinione di Autorevole dottrina che facendo leva sull'interesse umano lesionato definisce il concetto che da esso scaturisce e che implica l'insorgere di un cd. Danno giuridico, in quanto reazione dell'ordinamento alla violazione di una norma di tutela.<sup>222</sup>

Giova, al contempo, ricordare che il danno di cui si parla ai fini squisitamente risarcitori va ravvisato del cd. danno - conseguenza e non nel danno - evento, che "non si percepisce" come Autorevole dottrina sostiene.<sup>223</sup> Tale dicotomica distinzione è riscontrabile anche indirettamente nel codice che, all'art. 1223 c.c., individua come risarcibili i soli danni conseguenza "immediata e diretta" dell'illecito.<sup>224</sup> Dal medesimo disposto normativo, attraverso la dogmatica distinzione tra causalità materiale, che avvolge l'evento lesivo, e la causalità giuridica, che individua il danno giuridicamente rilevante, emerge il volto della

---

<sup>222</sup> Tale visione è dovuta a A. De Cupis, il quale nella sua opera monografica, incentrata sul danno, individua il pregiudizio nella sua forma giuridica: il ragionamento discende dall'individuazione della lesione come conseguenza della violazione di una norma che, in quanto tale, è caratterizzata da una prospettiva teleologica infranta proprio in occasione della infrazione. E sulla base dell'individuazione del diritto tutelato, se pubblico o privato, si desume anche il contenuto del danno, implicando il pregiudizio privato quasi sempre una tutela risarcitoria, proprio in virtù della rilevanza della persona umana, e che può manifestarsi sia in caso di danno ad un interesse patrimoniale che in caso di pregiudizio arrecato alla sfera morale da cui deriva la lesione non patrimoniale. Cfr. A. DE CUPIS, *Il danno*, 1979, III Ed., Milano.

<sup>223</sup> Tale espressione è dovuta a L. Corsaro il quale testualmente afferma che "il danno si subisce, ma non si percepisce", esso rappresenta un "attributo della situazione prodotta dall'evento", il che lascia intendere la natura consequenziale del danno giuridicamente inteso. Cfr. L. CORSARO, *Voce Responsabilità Civile, I) Diritto Civile* in Enc. Giur. Treccani, Roma, 1991, XXIV, p. 5.

<sup>224</sup> Cfr. la classificazione riportata da G. Ponzanelli che distingue "il danno deve essere: a) danno-evento: il fatto deve essere imputato ad un responsabile; b) danno patrimoniale: la perdita sofferta dal danneggiato deve essere determinata secondo le generali regole del lucro cessante e del danno emergente; c) danno ingiusto: è necessaria la lesione di un interesse meritevole di tutela da parte dell'ordinamento." in *Il risarcimento del danno meramente patrimoniale nel diritto italiano* in *Danno e Resp*, 1998, VIII-IX, p. 729.

responsabilità civile che focalizza la sua attenzione sul danneggiato e sulla redistribuzione della ricchezza.<sup>225</sup>

La, già precedentemente richiamata, distinzione tra danno-evento e danno-conseguenza,<sup>226</sup> oltre a svolgere un fondamentale compito per la descrizione dell'elemento del nesso di causalità, è imprescindibile nell'analisi delle teorie sul danno. Tale concetto è frutto di indicazioni prettamente normative, una categoria giuridica dai contorni non ontologici ma speculativi e nella individuazione dei confini l'adesione ad una teoria piuttosto che all'altra

---

<sup>225</sup> Giova porre in evidenza che quando si richiama il danno in senso generico il rinvio è automatico al danno inteso in senso giuridico, essendo questo il solo pregiudizio che viene ad essere risarcito in caso di illecito civile. Certamente il pregiudizio implica una duplice prospettiva da tenere in considerazione, quella fisica che si concentra sulla lesione arrecata e quella giuridica, che ha come fine prioritario l'individuazione del *quantum* che dal danneggiato si sposta virtualmente sul danneggiante che deve restaurare la sfera giuridica lesa. L'idea di causalità giuridica assolve proprio questo compito: verificare l'esatta collocazione del danno in capo a chi deve spostarsi, ma soprattutto finisce con il valutare una serie di parametri che influiscono sulle conseguenze immateriali della lesione. Tale affermazione si rivela innovativa sotto il profilo dottrinale in quanto a gran voce ribadita da un Autore già quasi cinquant'anni fa, quando ancora la disputa sull'imprescindibilità della sussistenza del requisito della colpa rendeva torbido il concetto di responsabilità civile da illecito. Cfr. A. DE CUPIS, *Il danno*, Milano, III Ed., 1985, p. 211 ss.

<sup>226</sup> Come dottrina Autorevole sosteneva il concetto di danno è complesso: esso si riferisce nel medesimo frangente a due sfumature diverse che riguardano sia l'evento lesivo che l'insieme delle negative conseguenze che si producono sulla sfera giuridica economica del danneggiato. È bene, però, sottolineare che il danno di cui parla il principio di integrale reintegrazione si riferisce a quello conseguenza, cioè le ripercussioni patrimoniali, individuabili solo al termine di un lungo procedimento giuridico di qualificazione. Così C. SALVI, *Il danno extracontrattuale*, p. 52. Per A. DI MAJO la dicotomia danno evento- danno conseguenza sembra scricchiolare dinanzi a forme di lesioni che riguarderebbero la sfera interiore del danneggiato e che essendo lesioni di valori primi dell'ordinamento finiscono per essere tutelati per la medesima lesione. Cfr. *Tutela risarcitoria: alla ricerca di una tipologia* in Riv. Dir. Civ., 2005, I, p. 253. In tal senso sembrerebbe anche la speculazione di G. Valcavi, il quale ritenendo unitario il concetto di danno sembra sminuire la duplice accezione: l'Autore analizza inoltre, il concetto di causalità sottolineando il primato di quella giuridica e la quasi inutilità di quella materiale, vista la non necessaria presenza, come avviene in tutte le ipotesi in cui l'omissione non produce eventi concreti e visibili, pertanto, dando la stura a mere conseguenze giuridiche rilevanti in G. VALCAVI, *Sulla Causalità giuridica nella responsabilità civile* in *Danno Resp.*, 1998, XI, p. 1007 ss.

è foriera di conseguenze di non poca portata. Due le principali impostazioni: la prima definita concezione Reale del danno, che ravvisava il pregiudizio risarcibile sulla base di una dinamica di *aestimatio rei* del bene leso; la seconda, ad oggi ancora preminente e sposata anche dal legislatore del 1942 quella cd. Differenziale.

Secondo la teoria materiale del danno (reale) il *quantum* andava identificato sulla base del valore stesso del bene, un ragionamento che prendeva le mosse da una atavica tutela della proprietà e che protendeva al ristoro del bene intaccato. Proprio la ostica attitudine a conformarsi alla tutela di beni, alle volte, immateriali rendeva la teoria reale di difficile applicazione in un ambito in cui il danno conseguenza spesso non è riconducibile ad una sola *res corporale*.<sup>227</sup> Due le ragioni principali che hanno stroncato il percorso di tale impostazione riconducibili alla mancata possibilità di coprire tutti i danni che dall'illecito propagano, anche se non cadono direttamente sul bene leso; ma soprattutto la mancata risposta alla voce del lucro cessante,<sup>228</sup> che espressamente prevista nel codice non avrebbe alcuna giustificazione logicistica.<sup>229</sup>

Prende, quindi, il largo la concezione patrimoniale del danno, che invece di addentrarsi nella valutazione concreta del bene o della lesione naturalistica, prende come punto di osservazione l'intera situazione patrimoniale del danneggiato: si diffonde la teoria cd. Differenziale (*Differenztheorie*), che sembra incorporata nel dettame normativo *ex art. 1223 c.c.* che prevede il ristoro del danno emergente e del lucro cessante, come singole voci, ma complementari, dell'*asset* patrimoniale del danneggiato.

---

<sup>227</sup> Cfr. D. POLETTI, *Attuazione e tutela dei diritti, III La responsabilità e il danno* (a cura di N. Lipari e P. Rescigno), Milano, 2009, p. 357.

<sup>228</sup> Per quanto concerne l'elemento del lucro cessante, va fatta presente la posizione di chi ha rivisitato la teoria reale del danno, insinuando al suo interno anche il mancato guadagno. Scindendo, infatti, il danno emergente riconducibile ad una forma obiettiva di danno da poter considerare secondo *aestimatio rei*, il lucro cessante sarebbe una forma di danno subiettivo, appartenente alla sfera interna del danneggiato e da quantificare secondo l'*id quod interest*, successivamente da reintegrare. In tal senso cfr. F. MASTROPAOLO, *Voce Danno III, Risarcimento del danno* in Enc. Treccani, X, 1988, p. 9.

<sup>229</sup> cfr. P. FAVA, *Le obbligazioni: diritto sostanziale e processuale*, p. 771.



Certamente piú conforme alla finalità compensativa, l'applicazione della teoria differenziale si spiegava nella valutazione del patrimonio in una fase precedente all'illecito e nella comparazione con la *status* consolidato a posteriori del danno, ovviamente la differenza andava ad indicare la lesione arrecata e si spostava dalla sfera giuridica del danneggiato a quella del danneggiante, su cui sorgeva l'obbligazione risarcitoria.<sup>230</sup> Nonostante la maggior adesione alla realtà della teoria differenziale, neanche quest'ultima fu esente da critiche, prima fra tutte il curioso ripristino del lucro cessante che, a ben vedere, non appartiene ancora al patrimonio leso, ma è una mera potenziale proiezione di un guadagno futuro. Questa e altre ragioni, principalmente legate all'evoluzione del concetto di danno non patrimoniale, spinsero alla creazione di un'altra teoria del danno definita "normativa".

Tale orientamento consentiva, attraverso una serie di indici normativi di individuare effettivamente la lesione e il pregiudizio subito, anche nella sfera non propriamente patrimoniale, indagando il senso di danno giuridicamente rilevante e apprestando tutela a quest'ultimo.<sup>231</sup>

Giova, in conclusione, porre in evidenza però che il legislatore sembra essersi esposto in favore della teoria differenziale, l'individuazione del danno emergente e del lucro cessante, imbrigliano l'autorità giudiziaria nella liquidazione del *quantum*, tenendo anche in debito conto gli effetti di propagazione dell'illecito in senso stretto.

---

<sup>230</sup> Autorevole dottrina ravvede nella teoria patrimoniale due elementi imprescindibili: economicità e individualità. È necessario, cioè, che si perfezioni un'interferenza negativa, o comunque, svantaggiosa; e al contempo che la stessa incida sul patrimonio di un soggetto determinato, in un'ottica sia di patrimonio statico che dinamico. C. SALVI, *op. cit.*, p. 101 s.

<sup>231</sup> Proprio uno dei massimi sostenitori di tale impostazione fu C. Salvi, il quale auspicava un superamento della teoria differenziale ed un approccio piú giuridico, che solo l'impostazione normativa era in grado di dare, soprattutto in una fase storica in cui il concetto di patrimonio andava trasformandosi in una proiezione piú dinamica che statica.

### 3.1.3. IL NESSO CAUSALE.

Il nesso causale rappresenta l'ultimo degli elementi oggettivi dell'illecito da analizzare: la sua indagine si presenta *prima facie* particolare mancando un parametro normativo nel codice civile del 1942 che ne dia una esplicita definizione. E, infatti, al fine di delineare i connotati di tale presupposto della responsabilità civile, è bene indagare come il rapporto eziologico si atteggi nel mondo penale e quale sia la definizione stessa che il legislatore fornisce.

Certamente non va trascurata la peculiarità del rapporto causale nel diritto civile, che prevede un giudizio suddiviso in due fasi,<sup>232</sup> riconducibili ai concetti di causalità materiale (o naturale) e causalità giuridica, quest'ultima incasellata nel codice civile all'art. 1223, letto in combinato disposto con l'art. 1227 c.c.

È bene porre in evidenza, però, che tale orientamento, largamente pacifico in dottrina e in giurisprudenza non è il solo: a tale visione definita dualistica, che distingue il danno - evento dal danno - conseguenza, si contrappone la minoritaria impostazione<sup>233</sup> che non riconosce

---

<sup>232</sup> Secondo l'opinione di V. Geri, il rapporto causale è un iter progressivo che si sviluppa in due fasi distinte: la prima fase implica la produzione del fatto dannoso, che inizia con l'evento fino a giungere ad un momento che si presenta come un punto di arresto. A seguire si presenta la seconda fase, che, lungi dal proiettarsi in termini meramente naturalistici, prevede il dispiegarsi di tutta una serie di conseguenze immediate e dirette del fatto. In tali termini si sintetizza la dicotomia di causalità dell'evento e causalità del danno patrimoniale. Tale impostazione scaturisce da una riflessione di base che ravvede nell'evento e nel danno due concetti distinti e separati e che sono posti l'uno in successione dell'altro. Ciò, in senso pragmatico, comporta una suddivisione di compiti attribuiti alle due forme di causalità, risultando la prima (quella materiale) finalizzata al riscontro dell'*an debeatur*, e quindi della vera e propria esistenza dell'illecito, mentre la seconda (quella giuridica) proiettata alla valutazione del *quantum debeatur*, al contempo fungendo da argine alla liquidazione del danno risarcibile. V. GERI, *Il rapporto di causalità in diritto civile* in Resp. Civ. Prev., 1983, p. 338 ss. Per ulteriori approfondimenti, inoltre, cfr. G. VALCAVI, *Intorno al rapporto di causalità nel torto civile* in Riv. Crit. Dir. Priv., 1995, II, p. 481 ss.; M. TARUFFO, *La prova del nesso causale* in Riv. Crit. Dir. Priv., 2006, I, p. 101 ss.

<sup>233</sup> A ben vedere, infatti, nel momento in cui il danno viene riconosciuto come concetto unitario, anche la distinzione tra danno evento e danno conseguenza perde di significato e anche la causalità assume un aspetto unitario. Ciò, invero, si evince dal ragionamento in ordine alla compatibilità e alla lettura combinata e orientata

tale dicotomia, considerando il danno come voce unica, che implica una lesione risarcibile e conseguentemente ravvede una unica forma di causalità rilevante, propriamente giuridica.

La concezione pacifica del duplice valore di danno non lascia molti dubbi: la causalità civile va distinta in materiale e giuridica, tale classificazione, però, non viene ricondotta solo al codice civile, ma come anticipato, la normativa si differenzia. L'istituto della causalità naturale prende in prestito quanto statuito all'art. 40 del codice Rocco, codice penale, ancora oggi in vigore di epoca fascista.

Tale dettame individua il rapporto causa-effetto che sussiste tra il fatto antiggiuridico e la lesione al bene-oggetto giuridico che dalla norma (penale) è tutelato, sintetizzando il principio di frammentarietà e al contempo la riserva di legge e prevedendo che nessuno può esser punito per un fatto, considerato reato, se lo stesso non è conseguenza della sua azione od omissione. Tale dettame, accompagnato al secondo comma dal cd. Principio di equivalenza che attribuisce medesimo rilievo alle azioni e alle omissioni, nell'ipotesi in cui sussista un obbligo giuridico di garanzia, è la sintesi di una serie di speculazioni che fin dalla fine del 1800 si sono interrogate sul valore giuridico del nesso causale.

La prima teoria, riconducibile al XIX secolo dal criminalista *Von Buri*, viene definita della equivalenza, la cd. Teoria della *condicio sine qua non*, secondo la quale essendoci una serie di condizioni alla base della produzione dell'evento, le stesse si equivalgono poiché tutte

---

degli artt. 40 e 41, Il comma c.p.: l'insieme, infatti, degli accadimenti non ha valore in sé in quanto successione di eventi naturali, bensì assume valore in quanto giuridicizzato. Nell'analisi dell'interpretazione del fenomeno della causa ciò si comprende chiaramente: il fatto che un evento sia la conseguenza di una serie di fattori, condizioni o occasioni, che dir si voglia, e la forza che assume la causa da sola idonea a sufficiente a produrre l'evento, se sopravvenuta, al punto da rendere irrilevanti le concause precedenti o simultanee, palesa che la causalità naturale non trova spazio nel nostro ordinamento, lasciando il primato a quella giuridica, che si perfeziona solo all'insorgere di un insieme di presupposti. In tal senso cfr. M. CAPECCHI, *Responsabilità civile e interruzione del nesso causale* in *Danno Resp.*, 2006, V, 522; cfr. Inoltre, in senso conforme, M. BONA, *Il nesso di causa nella responsabilità civile del medico e del datore di lavoro a confronto con il decalogo delle Sezioni Unite penali sulla causalità omissiva* in *Riv. Dir. Civ.*, 2003, p. 361 ss.

necessarie per la realizzazione della lesione del bene-oggetto giuridico. Al fine di individuare, poi, la sussistenza di tale nesso eziologico la dottrina richiama il procedimento di eliminazione mentale che consente immediatamente di comprendere quale tra le condizioni può essere considerata scaturente: vagliando ad una ad una le varie condizioni e occasioni, quella che tra queste viene considerata causale si rivela la sola che, una volta eliminata, comporta il venir meno dell'evento lesivo.<sup>234</sup> A ben vedere, tale orientamento, non si presenta ineccepibile, presentando numerose questioni irrisolte,<sup>235</sup> ecco perché è stata seguita da numerosi correttivi elaborati al fine di consentire una più attendibile valutazione eziologica. Cronologicamente immediata fu la risposta dell'impostazione cd. teoria della causa efficiente,<sup>236</sup> secondo la quale andavano distinte le ipotesi di causa (da sola idonea e sufficiente), condizione (non da sola sufficiente) e occasione (dal carattere solo predisponente dell'evento), e tiene in considerazione solo quelle che per il mondo giuridico si considerano rilevanti. Prima svolta come vero e proprio correttivo della teoria delle equivalenze, però, fu del fisiologo tedesco *Von Kries*, il quale accostava al concetto di

---

<sup>234</sup> Per ulteriori approfondimenti in ambito penalistico cfr. F. Mantovani, *Diritto Penale*, Padova, p. 139 ss.; G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, VI ed., Bologna, 2010, p. 232 ss.; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto Penale, parte generale*, Milano, 2003.

<sup>235</sup> I problemi principali che tale teoria pone sono riconducibili al regresso *ad infinitum* che si crea non sussistendo un limite temporale entro il quale considerare un fattore scaturente, si pensi al killer che viene accusato in concorso con la madre poiché quest'ultima, responsabile di averlo generato, rappresenta una delle condizioni senza cui l'omicidio non si sarebbe realizzato. Inoltre, ulteriori difficoltà si presentano nella valutazione della cd. Causalità alternativa ipotetica e nella causalità addizionale: la prima implica che il decorso causale sia iniziato in ragione di due eventi che alternativamente avrebbero in astratto prodotto l'evento; la seconda, invece, è riconducibile all'ipotesi in cui due o più condizioni da sole idonee a far scaturire l'evento ne rafforzano la dannosità e che applicando il principio di eliminazione mentale condurrebbero a risultati aberranti.

<sup>236</sup> Tale impostazione, ben presto superato, appare oggi ancora apprezzata in dottrina: secondo Autorevole giurista sarebbe la sola idonea a creare un giudizio corretto e grazie all'elevato grado probabilistico funzionale a sostenere l'attività del giudicante. Tale orientamento, inoltre, proietta la causalità in un giudizio concreto, diverso da caso a caso, ma soprattutto retrospettivamente valutato rispetto all'evento. Cfr. in tal senso VALCAVI, *Intorno al rapporto di causalità nel torto civile* Riv. Dir. Civ., 1995, II, p. 486.

*condicio sine qua non* quello di prevedibilità: ciò comportava delle verifiche differenti che indagavano, non *ex post*, bensì *ex ante* e secondo il criterio dell'*id quod plerumque accidit*, se l'evento rientrava nell'ordinaria prevedibilità, da cui il norma di causalità adeguata.<sup>237</sup>

A tale revisione ne fece sèguito una seconda, coniata dal penalista italiano Antolisei, definita come teoria della causalità umana: secondo tale impostazione il concetto di prevedibilità veniva sostituito da quello di dominabilità dell'evento, il che comportava la sussistenza di un nesso causale tra la condotta e l'evento lesivo solo qualora quest'ultimo fosse riconducibile alla sfera di signoria dell'agente, sulla base dei suoi poteri conoscitivi e volitivi.<sup>238</sup> Molteplici le impostazioni secondarie che si sono succedute nel tempo<sup>239</sup> anche se ad oggi l'analisi del concetto di causalità materiale o naturale è pacificamente riconducibile alla teoria della

---

<sup>237</sup> Invero, anche tale correttivo alla teoria della equivalenza causale si esponeva a talune critiche: peccava, infatti, per difetto nel momento in cui non tiene in dovuta considerazione la scienza "straordinaria", limitandosi alla verifica del parametro comune; inoltre, ricollega genericamente alla vita comune il concetto di ordinarietà, che a ben vedere non è un parametro scientifico; infine, crea una pericolosa commistione tra la componente oggettiva della causalità e il profilo soggettivo del reato, riconducibile alla colpevolezza dell'agente.

<sup>238</sup> Secondo tale visione solo gli eventi con una scarsa probabilità di realizzarsi venivano considerati fuori dal controllo dell'agente e quindi considerati allo stesso non imputabili: come si può chiaramente vedere il concetto di probabilità riveste qui una posizione opposta a quella ricoperta nella teoria della causalità adeguata, fungendo in quel caso da parametro di imputazione, in questo caso rappresenta il limite minimo di esclusione della responsabilità.

<sup>239</sup> Per un'illustrazione approfondita, soprattutto in ragione della rilevanza anche in ambito civilistico, cfr. V. Geri, il quale individua altre teorie cronologicamente successive a quella della causalità umana e riconducibili all'orientamento della teoria della causa efficiente, secondo la quale vanno distinte le ipotesi di causa (da sola idonea e sufficiente), condizione (non da sola sufficiente) e occasione (dal carattere solo predisponente dell'evento), e tiene in considerazione solo quelle che per il mondo giuridico si considerano rilevanti.; cd. Condizione pericolosa, definita tale se idonea a creare un pericolo efficiente valutato *ex post*; la cd. Causalità immediata, che si focalizza sull'ultima, delle molteplici condizioni idonee a produrre l'evento, che però implica lo spostamento nella sfera dell'illecito della posizione giuridica di equilibrio garantita dalla legge; infine, la causalità alternativa ipotetica, che focalizza la sua attenzione sulla verifica di una situazione di fatto potenziale e per tale ragione ben si ataglia alla valutazione del lucro cessante. Ancora, V. GERI, *op. cit.*

causalità scientifica, che richiede che la conoscenza umana debba tenere in dovuta considerazione la migliore scienza ed esperienza del momento storico in cui sia perpetrato l'illecito. Al centro di notevoli dibattiti, soprattutto nel contesto penalista, la causalità scientifica è stata studiata sotto vari profili e oggi, alla luce anche della nota Sent. Franzese,<sup>240</sup> riveste una funzione galvanizzante, soprattutto in materie di difficile risoluzione come colpa medica e malattie lungolatenti o multifattoriali.

Quanto affermato finora, però, deve essere considerato solo per quanto concerne il profilo materiale del nesso eziologico, ma non riguarda anche la cd. Causalità giuridica, disciplinata espressamente nel codice civile del 1942 e che va riletta alla luce degli artt. 1223, 1227 e 1225, per quanto concerne la sola disciplina contrattuale.

Un'interessante prospettiva sulla causalità giuridica è quella presentata da Autorevole dottrina<sup>241</sup> che, partendo da un'indagine di tipo funzionale - teleologica, ricollega a tale istituto la *ratio* limitativa del risarcimento. Secondo tale impostazione la duplice funzione sottesa all'istituto del risarcimento del danno, principalmente ripristinatoria e secondariamente sanzionatoria, doveva fungere da canale cognitivo per l'operatore del diritto nell'individuare la corretta *intentio legis*. A tal proposito la *ratio* ripristinatoria implicava la necessità di risarcire i danni conseguenti alla condotta illecita, ma senza consentire un

---

<sup>240</sup> C. Cass., Sez. Un., Dell'11 settembre 2002, n. 30328.

<sup>241</sup> Cfr. in tal senso P. Trimarchi, Autore che sottolineava quanto fosse necessario comprendere la funzione sottesa al dettame al fine di individuare la più corretta interpretazione e consequenzialmente la forma di applicazione più ragionevole. Tale opinione ravvedeva in una lettura sistematica la soluzione alla problematica che travagliava la responsabilità civile. L'abbandono di una visione punitiva dell'illecito, il cui punto focale era la colpa, lascia spazio ad una interpretazione tendenzialmente oggettiva della responsabilità civile, proiezione quest'ultima di cui P. Trimarchi fu grande artefice, soprattutto grazie all'ausilio di teorie sul rischio oggettivo e sul vincolo eziologico in caso di danno. La teoria fin qui esposta, inoltre, rappresenta uno dei passaggi fondamentali della speculazione di detto Autore che, come si avrà ancora modo di verificare, è proiettato in una dimensione costituzionalmente orientata dell'intera disciplina dell'illecito. Cfr. P. TRIMARCHI, *Causalità giuridica e danno* in Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale (a cura di) G. Visintini, Milano, 1984, p. 1 ss.

ingiusto arricchimento della vittima, da ciò ne derivava l'irrisarcibilità di quelle perdite e di quei pregiudizi al cui rischio il danneggiato sarebbe stato esposto ugualmente, anche qualora non vi fosse stato il perfezionamento di alcuna azione anti-giuridica. Diverso, invece, il fine perseguito dalla componente sanzionatoria della responsabilità civile: sempre secondo tale interpretazione, infatti, la norma di tutela dalla cui lesione scaturisce il danno implica una forma di limitazione del *quantum*, e del medesimo campo di applicazione dell'art. 2043 c.c. Lo stesso serve a punire il comportamento contrario a quello disciplinato dalla norma a sua volta finalizzata ad evitare un determinato pericolo: ciò che esula dallo schema di protezione del dettame normativo o che, addirittura, può essere disciplinato dalla legge in ragione della sua utilità sociale (teoria del rischio consentito) non comporta l'insorgere di una responsabilità civile.

A ben vedere, anche la disciplina relativa alla normativa del codice fascista riguardante la causalità giuridica deve un grande tributo al *Code Civil* e a due dei massimi pensatori dell'epoca ottocentesca francese, *Domat* e *Pothier*, le cui preoccupazioni erano principalmente riassumibili nella verifica della prevedibilità dei danni conseguenti, nella evitabilità degli stessi da parte del danneggiante e dello stesso danneggiato e, infine, se tali lesioni fossero effettivamente consequenziali a quella determinata condotta o fatto illecito.<sup>242</sup> La risposta che inserirono nel Codice Napoleonico del 1804 fu a tal punto generica che, di fatto, è sopravvissuta fino ad oggi contaminando anche le successive codificazioni italiane: ciò, infatti, che emerge dall'art. 1223 c.c., come letto secondo tale interpretazione, è trovare un criterio in grado di stabilire quali siano i danni risarcibili e quali quelli non imputabili al danneggiante in ragione dello *status quo* che dovevano restare allocati in capo al danneggiato. Ciò che va preso in considerazione a livello normativo è, però, che l'articolo 1223 c.c., richiamato nella sfera dell'illecito extracontrattuale dall'art. 2058 c.c., appartiene al settore

---

<sup>242</sup> Per un'analisi storica italo-francese si veda G. VISENTINI, *Causalità giuridica e danno* in Contr. Impr., 2015, II, p. 263 ss.

dell'inadempimento, ciò lascia presumere un'intenzione di colmare la lacuna in materia di liquidazione del danno da illecito che manca di qualunque forma di valutazione.<sup>243</sup>

La disciplina della causalità giuridica, in ogni caso, imbriglia il giudice nella individuazione degli elementi rilevanti a livello quantitativo: le “conseguenze immediate e dirette” previste *ex art. 1223 c.c.*,<sup>244</sup> nonché la previsione *ex art. 1227 c.c.*, che limita il risarcimento in caso di concorso colposo del danneggiato, escludendo le ipotesi di danno che si sarebbero potute evitare con la ordinaria diligenza, danno all'organo giudicante un canale esatto da percorrere per definire l'esatto ammontare del pregiudizio da spostare nella sfera del danneggiante.

### **3.1.4. L'ELEMENTO SOGGETTIVO: LA COLPA.**

Una delle principali questioni che fin dalla stesura del codice di epoca fascista hanno ruotato intorno al concetto di responsabilità civile riguarda la componente soggettiva che avvolge la condotta del danneggiante. L'orientamento tradizionale<sup>245</sup>, in ossequio all'impostazione romanistica e all'origine dell'istituto latamente penale, ravvedeva come presupposto

---

<sup>243</sup> Cfr. G. VISINTINI, *op. cit.*

<sup>244</sup> A tal proposito merita un richiamo il contributo di G. Valcavi, il quale ripercorre l'*iter* che dall'epoca ottocentesca si dispiega nella definizione normativa delle conseguenze dell'illecito: l'originale distinzione tra risarcimento di danni immediati e diretti, che riguardava solo il ristoro di tipo contrattuale e ravvedeva nella disciplina dell'illecito una deroga, sparisce nella formulazione chiara e non soggetta ad estensione prevista all'art. 1223 c.c. Il richiamo che con l'art. 2058 c.c. avviene ai parametri di quantificazione del danno di inadempimento anche alla disciplina extracontrattuale non lascia intravedere spiragli di alcun genere: solo le conseguenze dirette e immediate meritano tutela, mentre non vi è spazio per le lesioni indirette e mediate, che resterebbero in capo al danneggiato. La visione dell'art. 1223 c.c. è, dunque, restrittiva e immutabile. Cfr. G. VALCAVI, *Intorno al rapporto di causalità nel torto civile* in Riv. Dir. Civ., 1995, II, 481 ss.

<sup>245</sup> Tale concezione, ad oggi superata, era prevalente a fine XIX secolo sia in ragione della millantata origine romanistica della responsabilità civile sia del richiamo al concetto jheringiana memoria “nessuna responsabilità senza colpa”.



imprescindibile la sussistenza della colpa, necessaria a colorare l'azione della richiesta illiceità. Per chi accoglieva tale orientamento il rinvio alla *Lex Aquilia de damno* era immediato, in cui due erano gli elementi insostituibili: il danno inferto *corpore corpori*, quindi attraverso un diretto contatto fisico che ne legittimasse il nesso eziologico; e l'*iniuria*, il cui valore, non ben esplicito, veniva interpretato come componente volitiva dolosa. La restrittiva lettura della *Lex Aquilia* che, è bene ricordare disegnava una disciplina dell'illecito civile stringente e tipica, ben presto fu ampliata con l'ausilio di un'*actio peregrina* che insinuava nella tassatività della responsabilità civile un alone di atipicità, ma soprattutto svincolava il concetto di nesso eziologico dal mero contatto fisico tra danneggiante e bene lesa. In tale fase, unico presupposto realmente immancabile resta l'*iniuria*, dunque, la colpa.

Nonostante il codice del 1865 nulla esplicasse a riguardo, il rinvio al *Code Napolèon* del 1804, che scimmiettava la romanistica versione dell'illecito civile, esaltava il concetto di colpa grazie anche alle elaborazioni giusnaturaliste e del diritto comune, che avevano sollecitato una rilettura delle fonti romane e giustiniane che, in alcuni frangenti, si allontanavano dalla vera normativa della *lex Aquilia*.

Mutamento di direzione avviene con il codice del 1942, che lascia scivolare la responsabilità civile in una visione esclusivamente riparatoria, che poca attenzione dedica alla condotta del danneggiante, e come finalità sottesa si propone il riequilibrio delle sfere giuridiche. La dottrina tradizionale lascia, pertanto, spazio all'orientamento moderno della responsabilità<sup>246</sup> che ricorda l'elemento della colpa ma senza ritenerlo sufficiente.

Come Autorevole dottrina faceva presente il richiamo a fonti storiche e il loro pregio deve necessariamente far i conti con la realtà in divenire: è in tal frangente che la speculazione giuridica deve intervenire, consentendo una contestualizzazione di normative teoricamente

---

<sup>246</sup> Tale prospettiva alternativa alla esclusiva prevalenza della colpa come indice della anti giuridicità della condotta accoglie e si manifesta in molteplici sfumature, ognuna delle quali avvicina all'*iniuria* differenti criteri di individuazione dell'obbligo risarcitorio.

ineccepibili e in grado di essere plasmate in ragione della necessità odierna.<sup>247</sup> In tale direzione sembrava procedere anche la giurisprudenza che plasma un concetto di colpa dalla duplice valenza, da un lato soggettiva, sintetizzabile nelle formule della imprudenza, negligenza e imperizia; dall'altro lato oggettiva, ricollegabile al livello di scollamento dalla legge o formula legislativa in grado di definire la condotta astratta da tenere. Comune peculiarità alle tali due interpretazioni del termine di colpa è la mancanza di una reale volontà alla commissione del fatto illecito, da cui ne scaturiva l'irrilevanza della gradazione.

Secondo la visione della giurisprudenza, quindi, la lettura del sistema della colpa non poteva prescindere da uno dei due profili, e tantomeno poteva trascurare il rapporto con la prevedibilità, in grado di temperare il disvalore della condotta del danneggiante.<sup>248</sup>

Le riletture del sistema più innovative, invero, si devono alle speculazioni dottrinali che apparivano di medesimo avviso, nell'intenzione di superare un sistema di responsabilità civile interamente focalizzato sul concetto di colpa, come fulcro unitario del giudizio di responsabilità: il pregiudizio "ideologico" di cui parlava Rodotà<sup>249</sup> sembrava dover lasciare

---

<sup>247</sup> Cfr. in tal senso S. Rodotà, il quale ripudiava l'idea che la colpa fosse il solo criterio di individuazione della responsabilità civile principalmente facendo leva su un'esigenza rilevante nel contesto storico moderno come il risarcimento della lesione in caso di danno anonimo. Tali nuove categorie, sconosciute al diritto romano, non intaccavano il sistema della *lex Aquilia* che non si proponeva come fine quello di distribuire rischi giuridici, ma solo di far sì che il pregiudizio materiale arrecato da una condotta illecita non restasse impunito.

<sup>248</sup> Per un'analisi estremamente approfondita della posizione giurisprudenziale si tenga in considerazione l'opera monografica di G. Alpa e Bessone, in cui l'evoluzione della colpa come presupposto dell'illecito viene fotografata nella varie fasi vissute nelle aule di tribunale. Secondo quanto affermato dagli Autori l'opera di specificazione dei concetti avutasi con il codice del 1942, non troppo distante da quello di epoca post unitaria, Codice Pisanelli, ha fatto sì che le nuove prospettive si aggiungessero alle vecchie impostazioni senza del tutto intaccarle, ecco perché il maggior tributo in ambito speculativo, in particolare sotto il profilo dell'elemento soggettivo, va riconosciuto alla dottrina che in quell'epoca cercava di distaccarsi dall'atavica impostazione romanistica, dal sapore penale. Cfr. G. ALPA e M. BESSONE, *La responsabilità civile*, Milano, 1980, p. 221 ss.

<sup>249</sup> Il pregiudizio di cui parla Rodotà è riconducibile al considerare la superiorità del concetto di colpa, e ricondurre ad essa il valore di sinonimo di civilizzazione. Secondo l'Autore, infatti, le teorie di *Jhering* che, in qualche modo reinterprestando le idee romanistiche, sembravano asserire l'imprescindibilità del richiamo a tale

spazio ad una prospettiva maggiormente possibilista, ma soprattutto conforme alla volontà del legislatore che aveva tipizzato nel codice del 1942 una serie di ipotesi in cui la colpa non aveva certa valenza imprescindibile.<sup>250</sup>

Fermo restando il dibattito che si incentrava sulla constatazione di quale fosse ormai la regola e quale l'eccezione,<sup>251</sup> non si poteva più trascurare l'idea di chi affermava l'inidoneità della colpa a fungere da unico parametro di valutazione, principalmente in ragione della irrazionale suddivisione e distribuzione del rischio che una simile prospettiva generava.<sup>252</sup>

---

categoria, rappresentavano una fallace rappresentazione del sistema, che aveva nel tempo confuso anche i legislatori moderni, insitillando in questi ultimi la convinzione che l'eventuale ripudio della colpa come fulcro del sistema dell'illecito rappresentasse una retrocessione ad un concetto di responsabilità civile primordiale e primitiva. Cfr. S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1967, p. 65 ss.

<sup>250</sup> Giova richiamare in tal senso M. BUSSANI E A. VENCHIARUTTI, *Variazioni sulla colpa* in Riv. Crit. Dir. Priv., 1987, I, p. 47 ss., in cui gli Autori analizzano il modo in cui il parametro della diligenza interagisce con la colpa ponendo in evidenza la vistosa deroga in tal senso rappresentata dalle fattispecie in cui soggetti agenti siano bimbi e infermi, dai quali una condotta corretta e ossequiosa dei doveri sociali sembra quasi considerarsi inesigibile.

<sup>251</sup> Secondo De Cupis, infatti, l'origine romanistica della legislazione italiana non poteva scomparire del tutto lasciando che il parametro della colpa perdesse di valore improvvisamente: sicuramente il contesto che poteva essere fotografato nel 1942 era differente sotto molteplici aspetti da quello che aveva gettato le basi per la stesura del primo codice post unitario del 1865, eppure il sistema della responsabilità civile non poteva far a meno del concetto di colpa. Avviene allora una sorta di slittamento semantico: la colpa come stato d'animo piano piano riveste un ruolo diverso, riconducibile ad un criterio di valutazione, che al contempo viene accostato anche da altri, come quello del rischio, non essendo più in grado di coordinare l'intero universo aquiliano autonomamente, in ragione di uno sviluppo economico e industriale che aveva visto l'insorgere di una serie di rapporti dai diversi connotati, come quelli tra produttore e consumatore. Cfr. A. DE CUPIS, *Il danno*, Milano, 1966, p. 121 ss.

<sup>252</sup> Tale prospettiva fu per la prima volta avanzata da P. Trimarchi il quale asseriva la diacronicità del concetto di colpa come fulcro della responsabilità civile. Il problema diveniva significativo nelle ipotesi di danno prodotto in occasioni di attività industriali, all'interno del contesto lavorativo e nell'ambito di tutte quelle forme di sviluppo economico che impedivano l'insorgere di un rapporto determinato strettamente tra soli due soggetti. Il profilo problematico era rappresentato dalle forme di responsabilità che conseguivano alla non corretta

E, infatti, il sempre maggiore dialogo anche con i sistemi di oltre oceano aprivano ora prospettive mai valutate prima, come quelle che ponevano in relazione istituti giuridici, come la responsabilità, con i parametri di efficienza, ricollegando la valutazione di validità della norma ad un economico rapporto costi-benefici.<sup>253</sup>

A ben vedere, l'art. 2043 c.c. intorno al quale l'intera disciplina dell'illecito ruota definisce dolo e colpa come esplicazioni della componente soggettiva che colora la condotta, ma senza attribuire un significato alla colpevolezza come concetto preliminare e propedeutico.<sup>254</sup> Il

---

gestione di un rischio, fattispecie che però facevano leva sulle ipotesi di responsabilità senza colpa che il codice civile aveva nel 1942 inserito. Secondo, l'Autore, infatti, benchè i lavori preparatori del codice non sembravano essersi focalizzati su tale controverso aspetto, il prodotto di tale *iter* normativo si concludeva con la previsione di diverse formule normative che non richiedevano la sussistenza di una componente soggettiva ricollegabile alla colpa, da cui poteva desumersi un non formale ripudio del concetto di colpa, così come fino a quel momento inteso, eppure al contempo un sostanziale superamento dell'idea che non vi fossero altri criteri di collegamento ultronei rispetto alla colpa. Cfr. P. TRIMARCHI, *Rischio e Responsabilità oggettiva*, Milano, 1961.

<sup>253</sup> Tali prospettive sono riconducibili alle Scuole di Analisi Economica del Diritto, di cui una delle maggiori fu promossa da G. Calabresi, fondatore della scuola normativa, il cui proposito era rappresentato dalla inversione del meccanismo di valutazione della validità di una norma: la disciplina normativa, infatti, può essere considerata efficiente solo qualora sia in grado di distribuire equamente all'interno della società i cd. Costi sociali. Il problema che sorge in riferimento alla responsabilità civile e alle sue interferenze nel contesto socio-giuridico sono da ricercarsi nella funzionalità a questa sottesa di redistribuzione dei costi che si presentano in seguito al verificarsi di un evento illecito. A ben vedere, il meccanismo assicurativo che sostiene il contesto giuridico americano consente una prospettiva di indagine differente: il modo di intervenire dell'economia nel profilo giuridico solleva l'apparato da una serie di valutazioni di politica assistenziale che, invero, rappresentano una fonte di risorse non indifferenti. Ne discende che il modo di gestire l'apparato economico e gestionale con un approccio privatistico richiede il ricorso al sistema assicurativo in forme massicce che al contempo instaurando dinamiche di tipo privatistico in cui l'istituto della responsabilità civile rappresenta l'incontrovertibile conseguenza all'*agere* scorretto. Cfr. per ulteriori approfondimenti G. CALABRESI, *Il costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, Milano, 1975.

<sup>254</sup> Giova precisare che l'elemento della colpa e il voler rifugiare dalla necessaria sussistenza dell'elemento soggettivo inizia la sua evoluzione nell'ambito del diritto contrattuale, in considerazione anche del fatto che l'art. 2043 c.c. esplicitamente richiama l'alternativa tra dolo e colpa, nella sua formula ordinaria, e individua deroghe tipiche nelle forme di responsabilità speciale oggettiva o presunta tale. Cfr., F. GIARDINA,

rinvio, allora, va stavolta effettuato alla materia penale anche se però con una particolare correzione che riguarda l'equivalenza della componente soggettiva che caratterizza l'illecito civile.<sup>255</sup> Inoltre, a differenza di quanto avviene nel contesto penalistico la distinzione tra dolo e colpa non è di immediata percezione, sebbene per taluno si tratti di una gradazione della riprovevolezza della condotta che non può passare inosservata.<sup>256</sup>

Ad oggi, il panorama risulta chiaro: la colpa rappresenta un elemento dell'illecito civile necessario ma alla stregua fungibile, laddove vi siano ipotesi di responsabilità oggettiva in grado di delineare un quadro più semplice e di allocare il pregiudizio subito dal soggetto leso in maniera più proficua. La colpa, pertanto, assume anche una valenza funzionale alla quantificazione del risarcimento del danno, come avviene nelle ipotesi di danno prevedibile, danno evitabile o concorso di colpa del danneggiato.

---

*Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: una distinzione attuale?* In Riv. Crit. Dir. Priv., 1987, I, p. 79 ss.

<sup>255</sup> Cfr. F. Giordano, che effettua un'analisi della disciplina della responsabilità sotto differenti punti di vista: la *ratio* velatamente sanzionatoria, la tipologia di danno risarcibile, la tutela dei soli diritti assoluti e soprattutto la funzione imprescindibile che riveste la colpa nella normativa della responsabilità. È, infatti, questo che rappresenta il profilo maggiormente problematico, visto l'atteggiamento restio da parte della dottrina conservatrice ad aprirsi nei confronti di ultranei criteri di imputazione. F. GIORDANO, *La colpa nell'illecito extracontrattuale tra vecchi e nuovi orientamenti di dottrina e giurisprudenza* in Giust. Civ., 1997, II, p. 169 ss.

<sup>256</sup> In tal senso A. De Cupis, il quale pone in evidenza il concetto di colpa come riprovevolezza della condotta, ripudio di un *agere* che per taluno viene considerato tale in quanto anti-giuridico, scivolando nell'idea dell'esistenza di un danno anche anti-giuridico, qualora manchi la componente soggettiva nella condotta, ma per altri viene considerato riprovevole in ragione della condivisione dell'intento illecito. Il problema sembra confluire nuovamente nella delicata questione che nel contesto penale veniva sintetizzata dalla dicotomia, colpa psicologica e colpa normativa. Giova ricordare che per tale Autore la colpa rappresenta un vero e proprio stato d'animo che conduce alla produzione di un danno riprovevole, in quanto lontano dalle condotte poste in essere da un soggetto equilibrato e, quindi, restio a condotte perniciose. Cfr. A. DE CUPIS, *Il danno*, Milano, 1966, p. 115 ss.

#### 4. LE FUNZIONI DELLA RESPONSABILITÀ.

Una volta analizzati i vari elementi che costituiscono l'illecito civile è bene investigare le funzioni attribuite all'istituto della responsabilità civile, che ha da sempre posto notevoli problemi: il richiamo alle origini romanistiche della codificazione Pisanelli di fine '800 e il contagio con la normativa d'oltralpe hanno contribuito a rinvigorire la componente sanzionatoria dell'illecito civile, principalmente figlia della mancanza di una vera e propria scissione tra le azioni civili e le azioni penali nella Roma del III sec. a.C.<sup>257</sup>

Il codice fascista, invece, prendendo come spunto il Progetto comune di riforma di Italia e Francia del 1927, ridisegna i contorni della responsabilità civile ponendo in evidenza la natura privatistica e riparatoria dell'istituto, inoltre, introduce filtri di notevole importanza come l'ingiustizia, che va a colorare il danno e la duplice componente psicologica, dolosa o colposa.

Le continue riletture sistematiche da parte della dottrina, motivata a scardinare la cristallizzata concezione tradizionale della responsabilità dal gusto sanzionatorio, hanno comportato l'insorgere di molteplici prospettive, differenti tra loro ma aventi un unico e certo punto d'incontro: la mancanza di una sola funzione ascrivibile all'illecito. Invero, la crescente evoluzione industriale aveva posto il giurista dinanzi ad una varietà di danni e lesioni prima sconosciute e la necessaria dimostrazione della colpa e della componente

---

<sup>257</sup> Come giustamente pone in evidenza Rotondi in epoca giustiniana come in epoca gaiana, l'*actio legis aquiliae* è un'azione penale, come d'altro canto il *damnum iniuria datum* rappresenta un *delictum*. Da ciò discende la grande attenzione all'elemento della colpa e si cristallizza un'idea di punizione che accompagna l'illecito civile, conseguente, come già ampiamente trattato, alle caratteristiche di nossalità, intrasmissibilità passiva e solidarietà cumulativa che si sfumano con l'avanzare delle epoche, ma senza mai far scivolare, almeno in epoca romanistica, la responsabilità aquiliana in una forma civile di riparazione. Cfr. G. ROTONDI, *Dalla lex aquilia, all'art. 1151 cod. civ.: ricerche storico-dogmatiche* in Riv. Dir. Comm., 1916, I, p. 942 ss.

soggettiva rischiava di lasciar sprovviste di tutela posizioni giuridiche pregiudicate senza una vera e propria volontà.<sup>258</sup>

Giova, dunque, sottolineare che l'evoluzione dell'istituto dell'illecito si condensa in ben tre diversi momenti: preliminarmente il ripudio di un solo criterio di imputazione; successivamente l'interferenza nella disciplina della responsabilità civile dei principi costituzionali, che hanno sollecitato un mutamento di prospettiva; infine, lo studio e l'elaborazione del modo di atteggiarsi dell'istituto risarcitorio quando conseguenza del fatto illecito sia un danno non patrimoniale, portando alla luce come il profilo funzionale abbia mutato veste in ragione di una nuova forma di protezione della persona *tout court*.

Come Autorevole dottrina ha sostenuto, nessuna delle varie *ratio* individuate nel corso della speculazione giuridica appare da sola idonea a spiegare l'istituto nel suo complesso:<sup>259</sup> la

---

<sup>258</sup> Tale passaggio storico è secondo Ponzanelli una delle principali ragioni che hanno condotto alla rilettura del sistema dell'illecito civile: la continua scoperta di nuovi danni e di nuove forme di economia andavano di pari passo, comportando un grande mutamento dello *status quo* e implicando una obbligata variazione di rotta. Nelle epoche ottocentesche ancora regnava sovrana l'idea che l'illecito, di derivazione romanistica, contenesse al suo interno un fattore repulsivo nei confronti del *positum* legislativo, il che lasciava intravedere una natura mista. Restare ancorati ad una simile percezione della responsabilità extracontrattuale, a ben vedere, si rivelava una forma di anacronistica *vacatio* di tutela non in grado di modellarsi al mutamento dei tempi. Da qui la spinta al cambiamento, all'abbandono dell'illecito misto, che si conclude con l'approdo ai codici del '900 più vicini alla *ratio* di ripristino e allocazione delle risorse dei soggetti pubblici e non solo. Cfr. G. PONZANELLI, *La responsabilità civile*, p. 67 ss. La medesima prospettiva è sposata da Galgano il quale pone l'accento sul sentimento comune: l'Autore, a ben vedere, spiega come il danno considerato conseguenza della colpa fosse l'unico a non poter essere accettato dalla società. Quando, invece, la lesione scaturiva da una condotta che mancava di una carica soggettiva volontaria, tale lacuna giustificava la persistenza in capo al danneggiato del pregiudizio, che non poteva essere trasferito su nessuno effettivamente responsabile di quanto arrecato. Ovviamente tale prospettiva muta con l'insorgere dell'epoca industriale e con la diffusione di una serie di rischi incombenti e non più straordinari nella società dell'epoca. F. GALGANO, *Le antiche e le nuove frontiere del danno risarcibile* in *Contr. Impr.*, 2008, p. 81 ss.

<sup>259</sup> Cfr. in tal senso C. Salvi, *Il danno extracontrattuale*, Napoli, 1985; cfr. inoltre, C. Salvi, il quale afferma che il momento in crisi che attraversa l'istituto della responsabilità civile dopo la rilettura con il filtro della Carta Costituzionale, è riconducibile certamente alla molteplicità di scopi e funzioni che la stessa si trova oggi a

natura multiforme della responsabilità e le differenti tutele che appresta sono indice di una valenza generale della stessa, non protesa ad un'unica finalità.

Invero, il nocciolo della questione muove dalla consapevolezza che la molteplicità dei criteri di imputazione, non più riconducibili alla sola colpa che colorava la disciplina dell'illecito di una valenza punitiva, è presupposto propedeutico alla sussistenza di più scopi, ognuno dei quali in grado di asservirsi ad una lettura dell'istituto.<sup>260</sup> In altri termini: l'idea che il solo criterio di imputazione dell'illecito fosse la colpa rappresentava un collante per le varie impostazioni dottrinali, accomunate dalla idea di sanzione sottesa alla responsabilità, prospettiva che appariva sempre più diacronica.

Una valenza punitiva alla responsabilità era riconosciuta anche da coloro i quali negavano la centralità della colpa come fulcro dell'intera disciplina dell'illecito, sostituendo a questa la responsabilità oggettiva, in grado di spiegare e ristorare ogni tipo di lesione con il mero

---

soddisfare. La finalità meramente riparatoria viene sommersa da altre esigenze che, alimentate dalla ormai moltitudine di criteri di imputazione della responsabilità civile, sembrano rimarcare la esistenza di altri scopi, come quello di prevenzione, ma anche latamente sanzionatorio e punitivo. Cfr. C. SALVI, *Il paradosso della responsabilità civile* in Riv. Crit. Dir. Priv., 1983, I, p. 123 ss.

<sup>260</sup> Giova ricordare che la multifunzionalità a cui protende l'istituto della responsabilità civile rappresenta, non più una mera tendenza bensì, un'acquisizione. A tale conclusione giunge Autorevole dottrina quando poco dopo la presa di posizione della Corte Costituzionale del 2003 ribadisce che non solo una *ratio* compensativa definisce il risarcimento del danno, ma tale principale funzione è accompagnata da spinte punitive che si palesano oltre modo in ambito di danno alla persona; propensioni deterrenti e sanzionatorie che si manifestano in ipotesi come quella riconducibile alla disciplina sui pagamenti nella transazioni commerciali, o ancora intenti esemplari, come si può osservare in caso di risarcimento del danno per ingiusta detenzione. Alla base di tale prospettiva che riconosce una pluralità di scopi alla responsabilità vi è certamente la consapevolezza dell'ingiustizia di lasciar il pregiudizio in capo al danneggiato, già gravato dall'illecito, da cui discende il riconoscimento di differenti criteri di imputazione, qualora quello della colpa non risulti da solo idoneo a riallocare la lesione. Cfr. P. PERLINGERI, *L'art. 2059 c.c.: una interpretazione che non convince* in Rass. Dir. Civ., 2003, III, p. 775 ss.



richiamo al concetto del nesso eziologico.<sup>261</sup> Sdoganando la concezione di una molteplicità di criteri di imputazione, pertanto, sorge il problema di comprendere le diverse funzioni che il risarcimento del danno a valle e la disciplina dell'illecito a monte intende soddisfare. Certamente la *ratio* compensativa, fin dalla stesura del codice, assume valore predominante,<sup>262</sup> ma non è la sola funzione riservata all'illecito: si pensi alla componente di deterrenza<sup>263</sup> che avvolge l'istituto, senza, inoltre, trascurare la prevenzione che, invero, svolge un ruolo fondamentale in un'ottica di solidarietà e giustizia sociale.<sup>264</sup>

---

<sup>261</sup> *Ex multis*, in tale prospettiva emerge la concezione innovativa di P. Trimarchi, il quale prendendo le distanze dalle origini romanistiche dell'illecito rilegge l'intero assetto della responsabilità alla luce di una nuova prospettiva, condizionata da uno sviluppo industriale che impone il distacco dai canoni romanistici della sola colpa. P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961.

<sup>262</sup> In tal senso, utile è la ricostruzione di A. Di Majo, il quale pone l'accento sulla *ratio* meramente distributiva che dagli anni '70 è andata consolidandosi nel sistema giuridico italiano, in ragione della speculazione che, proprio in quegli anni, è andata concentrandosi sul concetto di danno ingiusto e non più sul connotato dell'antigiuridicità della condotta. Il cambio di prospettiva ha comportato una rilevante conseguenza sotto il profilo pratico, lo spostamento del focus dell'indagine sulla lesione, pregiudizio in quanto ingiusto e, dunque, non giustificato. Cfr A. DI MAJO, *Profili della responsabilità civile*, Torino, 2010, p. 49 ss.

<sup>263</sup> In tal senso è proteso il pensiero di Busnelli il quale in più di un'occasione palesa la componente deterrente che colora l'istituto della responsabilità. Giova porre in evidenza, però, che la deterrenza nostrana non va riletta nella prospettiva della cd. *Deterrence* di *common law*: in quest'ultimo contesto tale termine assume un significato particolare che non appartiene propriamente alla responsabilità ma consiste in un "obiettivo di politica economica e sociale a cui la responsabilità presta le proprie funzioni e in particolare la funzione di prevenzione" come affermano F. D. BUSNELLI e S. PATTI, *Danno e Responsabilità civile*, 2013, Torino.

<sup>264</sup> *Ex multis*, pone l'accento sulla funzione di solidarietà sociale R. Scognamiglio, secondo il quale il codice del 1942 introduce un'innovativa percezione della responsabilità, in primis attraverso una concezione di danno qualificato: l'ingiustizia che colora la lesione, infatti, rappresenta il parametro di valutazione con cui verificare la risarcibilità dello stesso, è in grado di "determinare l'area del danno risarcibile". La visione del legislatore fascista, invero, concepisce la responsabilità da illecito come "strumento di reazione" al disequilibrio creato al momento della verifica dell'evento dannoso e tale funzione si proietta sia in una direzione sociale che privata. Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Appunti sulla nozione di danno* in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1969, p. 467.

Almeno quattro sono i fini a cui il risarcimento del danno protende e la normativa della responsabilità persegue:<sup>265</sup> oltre alla già introdotta finalità compensativa, vanno annoverate la *ratio* preventiva e la *ratio* distributiva, a cui taluno accosta, in ultimo, anche uno scopo punitivo, non da tutti condiviso. Rispetto alla finalità preventiva è intuibile pensare che il mero timore di dover risarcire economicamente il danno arrecato funziona da dissuasore al comportamento illecito: invero, il soggetto danneggiante proprio al fine di evitare di incorrere nella responsabilità sarà spronato all'adozione di misure che siano idonee ad evitare la produzione dell'evento dannoso, o a limitare le conseguenze del fatto che produce la lesione se ingestibile.

Diversa la *ratio* distributiva della responsabilità che, invece, ha come fine ultimo far gravare il danno su soggetti che, responsabili, sono effettivamente in grado di tollerare la perdita: una simile funzione è riscontrabile, *prima facie*, nelle varie ipotesi di responsabilità da prodotto difettoso e nelle fattispecie di danno conseguenti ad attività industriali, che rischiano di spostare letteralmente il rischio economico sull'ignaro consumatore.

Discorso a parte, infine, merita la funzione sanzionatoria che perseguirebbe, secondo alcuni Autori, l'istituto della responsabilità civile: a ben vedere, la componente punitiva che anni or sono caratterizzava la disciplina dell'illecito sembrava dallo stesso legislatore fascista appiattita e arginata al settore penale, lasciando al profilo civile una finalità solo riequilibrativa a livello economico. Tale restrittiva lettura dell'illecito, però, è stata scongiurata da coloro i quali hanno ravvisato un'importante eccezione nella fattispecie del danno non patrimoniale, espressamente prevista all'art. 2059 c.c.<sup>266</sup>

---

<sup>265</sup> Tale quadripartizione è dovuta a L. Corsari, il quale definisce multipolare le funzioni della responsabilità civile, lasciando emergere, in ogni caso, la preminenza di una *ratio* riequilibrativa a livello economico e specificando, a tal proposito, che ancora oggi può ritenersi controversa la sussistenza di una componente punitiva, condivisa da una parte minoritaria della dottrina. Cfr. L. CORSARI, *Voce Responsabilità Civile I) Diritto Civile* in Enc. Treccani, Roma, XXVI, 1999.

<sup>266</sup> Cfr., a tal proposito, F. QUARTA, *Una proposta di rilettura dell'art. 2059 c.c. quale fonte di sanzione civile ultracompensativa*, in R. DI RAIMO, M. FRANCESCA, A. C. NAZZARO (a cura di), *Percorsi di diritto civile. Studi*

Autorevole dottrina,<sup>267</sup> prendendo le mosse dalle innovazioni legate alla rilettura antropocentrica dovuta alla Carta Costituzionale, ravvede chiaramente il mutamento di prospettiva: uno dei meriti della legislazione fascista è lo spostamento dell'obiettivo della normativa non più focalizzata sul danneggiante, autore dell'illecito, quanto piuttosto sul danneggiato e sulla corretta allocazione della lesione, perdita economica. Conseguenze a ciò, inoltre, una rilettura dell'intero sistema legata all'introduzione nel 1948 della Costituzione che filtra i singoli istituti con una luce diversa.

In tal senso è senz'altro fondamentale, al fine di delineare non solo i presupposti ma soprattutto i limiti dell'illecito, investigare quali siano i parametri costituzionali e fondamentali che all'interno della Carta Costituzionale cristallizzano la responsabilità civile, individuandone i principi tutelati e i dettami individuati.

Giove porre l'attenzione sul fatto che non vi è un precetto costituzionale che esplicitamente disciplina la responsabilità civile, come invece avviene per altri istituti del diritto privato,<sup>268</sup> tantomeno non vi sono riferimenti in merito alla necessaria funzione che l'illecito civile

---

2009/2011, Napoli, 2011, p. 301 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Le sezioni unite ed i danni punitivi: tra legge e giudizio* in Resp. Civ. Prev., 2017, IV, p. 1109B ss., in cui l'Autore pone in evidenza come l'art. 2059 c.c. si occupi della liquidazione di un danno per definizione "refrattario" a esatta quantificazione e che si distingue per l'assenza di parametri di liquidazione intrinsecamente precisi. Simili conclusioni sono sostenute anche da C. CASTRONOVO, *Il danno non patrimoniale nel cuore del diritto civile* in Eur. Dir. Priv., 2016, p. 295 ss.; ID., *Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisdizione a proposito di giustizia* in Eur. Dir. Priv., 2017, III, p. 764 ss.

<sup>267</sup> Il rinvio è alla posizione assunta da S. Rodotà, Autore, inoltre, di uno dei capisaldi della responsabilità civile, un'opera monografica del 1967 protesa alla ricerca della reale *ratio* riconducibile all'istituto dell'illecito in considerazione del mutamento della prospettiva, ora completata dalla disciplina costituzionale, di qualche anno successiva al codice fascista, cfr. *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1967.

<sup>268</sup> Fondamentali, infatti, sono i richiami che i Padri Costituenti hanno riservato alla normativa sulla proprietà, ai limiti della stessa, ma anche a problematiche più pragmatiche come l'imposizione fiscale o le varie garanzie riconosciute ai singoli nello svolgimento di particolari attività.

assume, il che comporta una necessaria rilettura del sistema alla luce dei valori che la Costituzione incarna, senza vincoli di sorta.<sup>269</sup>

Facendo leva su un'idea di risarcimento come ristoro dello *status quo ante* a livello patrimoniale, il rinvio appare imprescindibile all'art. 2 della Carta, come viatico della tutela dei diritti della persona, sia sotto un profilo statico che sotto uno dinamico. Secondo Autorevole dottrina tale parametro costituzionale piú che fungere da esplicazione della *ratio* sottesa all'istituto del risarcimento avrebbe come preminente funzione quella di individuare una corretta imputazione del responsabile. Secondo tale prospettiva proprio la valvola di sicurezza cristallizzata nell'art. 2 Cost. avrebbe il pregio di criterio di selezione a favore talvolta della solidarietà individuale (dunque, limitata al bipolare rapporto aquiliano), talaltra della solidarietà sociale, spostando il rischio o il costo sulla collettività.<sup>270</sup>

---

<sup>269</sup> In tal senso, *ex multis*, si esprime Bricola ponendo in relazione il concetto di illecito civile e penale, a ben vedere, rilevando che solo il primo è privo di vincoli sia sotto il profilo delle fonti primarie che discende probabilmente da una vera e propria carenza di stringenti parametri costituzionali. Conseguenza di tale posizione assunta dalla Carta costituzionale è una libertà a livello legislativo che ha consentito nel tempo un distacco indolore dal concetto di illecito costruito intorno alla colpa e ha lasciato spazio alla creazione di forme alternative di forme di imputazione. Tra tutte affiora la responsabilità da prodotto che rappresenta una vera e propria antitesi rispetto a quella che una volta era la disciplina della responsabilità. Tale scelta fa leva sull'auspicata razionalità che dovrebbe supportare l'azione del legislatore a cui è lasciato il ponderato regime della responsabilità. Tale fenomeno non si presenta alla stregua nel campo penale in cui il legislatore appare imbrigliato in differenti precetti, talvolta finalizzati alla tecnica legislativa talaltra con lo scopo di tutelare il privato contro gli arbitri sia del potere giudiziario che del potere normativo. In tale prospettiva vanno interpretati gli artt. 25, 27 Cost., ma anche l'art. 12-7 delle preleggi che non consentono la analogia in materia criminale. Per una visione d'insieme, cfr. F. BRICOLA, *La riscoperta delle pene private nell'ottica del penalista* in F. D. BUSNELLIE G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985, p. 33 ss.

<sup>270</sup> In tal senso C. Salvi e S. Rodotà, che pongono in grande evidenza tale funzione ascrivita all'art. 2 della Carta Costituzionale: il precetto in questione avrebbe l'incommensurabile merito di interpretare l'illecito in una prospettiva pragmatica e non meramente teorica e speculativa: il problema individuato nella seconda metà del XX secolo appare la corretta quantificazione e distribuzione del rischio propedeutico all'azione di responsabilità, poco contando il ruolo attribuito all'illecito, essendo ormai assodata l'idea di una molteplicità di

Coerente con tale lettura sistematica si presenta il secondo richiamo costituzionale che va effettuato e che coinvolge nella disciplina della responsabilità anche l'art. 41, 2° comma che si occupa della libera iniziativa economica e che, frutto della evoluzione del profilo, anche industriale, della società cerca di filtrare i pregiudizi moderni secondo una logica dal carattere talvolta seriale. Il processo produttivo, infatti, deve risultare il frutto di un equo temperamento tra esigenze collettive ed esigenze individuali, fermo restando la preminenza dell'utilità sociale. È la medesima Carta costituzionale ad individuare il concetto di danno, che è declinato nei confronti della pubblica sicurezza, della libertà e della dignità umana, introducendo indirettamente, inoltre, il concetto di danno non patrimoniale.

Giova, in ogni caso, sottolineare che traspare un concetto di danno normativo che ravvede in due profili la sua consistenza ontologica, quello individuale, che ben si coordina con quanto sancito all'art. 2 Cost, e quello collettivo, che introduce, invece, un dubbio ancora irrisolto della disciplina riguardante il concetto di danno collettivo e diffuso.

Meno frequente è il richiamo di un altro precetto costituzionale a cui, però, parte della dottrina<sup>271</sup> ricollega il fenomeno del danno aquiliano: l'art. 28 della Carta costituzionale secondo tale orientamento rappresenta lo strumento per poter definire i tratti generali dell'illecito. Invero, secondo quanto sostenuto da tale Autore la controversa definizione dell'illecito, che per taluno rappresenta la violazione di un comando o divieto e per talaltro la mera trasgressione di una regola, troverebbe un aggancio normativo e costituzionale proprio nell'art. 28 della Costituzione in cui il richiamo è all'*iniuria* in due diverse prospettive: da un lato la componente sanzionatoria conseguente alla condotta *contra ius*, dall'altro il valore

---

fini che rende l'istituto polifunzionale e teleologicamente svincolato da una tipicità, che in passato si riassumeva nel binomio colpa-sanzione. Cfr. C. SALVI, *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni. op. cit.*, p. 153 ss; S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile op. cit.*, p. 144 ss.

<sup>271</sup> Il richiamo è alla riflessione di F. D. Busnelli, il quale ravvede nell'art. 28 della Costituzione la compresenza di due elementi in grado di descrivere la condotta illecita e il conseguente giudizio di responsabilità. Il fatto che secondo quanto previsto dal precetto costituzionale la violazione di diritti implichi l'insorgere di una responsabilità penale, civile o amministrativa, è la sintesi di cosa rappresenti la dinamica dell'illecito aquiliano. Cfr. F. D. BUSNELLI, *Atto illecito e contratto illecito: quale connessione?* In *Contr. Impr.*, 2013, IV-V, p. 877 ss.

della legge come termine di paragone al fine di definire l'azione *non iure*.<sup>272</sup> Ciò che tale prospettiva pone in risalto è che il concetto di ingiustizia diviene il nucleo pulsante dell'illecito, essendo questo il solo elemento che il legislatore espressamente introduce, mentre scarna è la previsione in relazione all'eventuale sanzione o al necessario rimedio sanzionatorio. Il fatto, inoltre, che la disciplina della responsabilità extracontrattuale, cristallizzata nell'art. 2043 c.c., non sia rigida concede al giudice la possibilità di plasmare di volta in volta l'attuazione del rimedio, in omaggio ad una realtà sociale e giuridica in continua evoluzione e non staticamente consolidata.

Invero, proprio il dialogo che intercorre tra la Carta Costituzionale e la legislazione di primo grado ha rappresentato un importante snodo nella corretta lettura della dicotomica visione tra danno al patrimonio e danno alla persona: certamente una distinzione che nella prospettiva funzionale non può sfuggire è quella che contrappone, nell'ambito dell'illecito civile, il danno patrimoniale e il danno non patrimoniale, disciplinati secondo dettami autonomi ma che possono essere considerati avvinti da un rapporto di complementarietà, necessitando l'istituto disegnato dall'art. 2059 c.c. la sussistenza dei singoli elementi che descrive l'art. 2043 c.c.

La differente valenza e l'*iter* difforme nella procedura di quantificazione della lesione lasciano intravedere una significativa bipolarità del sistema che nelle ipotesi del danno esistenziale, biologico e morale non rispondono certamente ad una logica meramente ripristinatoria, non foss'altro poiché l'interiorità del pregiudizio, nonché la difficoltà di accertamento dello stesso che talvolta richiede una valutazione equitativa, rendono impossibile il richiamo alla teoria differenziale. Quest'ultima, infatti, rappresenta la chiave di volta, il metodo riconosciuto dalla dottrina consolidata come idoneo alla corretta quantificazione e conversione del valore della lesione in equivalente pecuniario: l'onere risarcitorio, infatti, resta pur sempre un'obbligazione di valore che implica una trasformazione e liquidazione da parte del giudice.

---

<sup>272</sup> F. D. BUSNELLI, *op. cit.*

L'evoluzione di tali concetti distinti e autonomi, ha comportato l'insorgere di problematiche e dubbi rispetto al corretto campo di applicazione e alle procedure di quantificazione: rispondendo ad esigenze diverse, infatti, queste ultime delineano la sussistenza di differenti funzioni che reggono il concetto di danno patrimoniale e danno non patrimoniale.

Giova, quindi, porre in evidenza che la distinzione del tipo di pregiudizio, al patrimonio o alla persona, funge da *discrimen* imprescindibile a livello funzionale, consentendo l'ingresso, anche nel sistema italiano a funzioni risarcitorie che vanno ben oltre il mero ripristino economico della sfera patrimoniale del soggetto leso.<sup>273</sup>

#### **4.1. IL DANNO PATRIMONIALE.**

Alla funzione strettamente compensativa e ristorativa risponde la categoria del danno patrimoniale: tale forma di pregiudizio implica un riferimento non al bene o al diritto lesionato, quanto piuttosto al tipo di conseguenze che l'illecito ha prodotto. Giova, infatti, ricordare che il concetto di danno che viene tutelato e ripristinato nell'ambito della responsabilità civile è quello conseguenza, non già il danno-evento, che, come sancito all'art. 1223 c.c., rappresenta elemento fondante per l'individuazione del nesso di causalità

---

<sup>273</sup> A tale visione aderiscono molti degli Autori che hanno affrontato la problematicità del profilo funzionale nella responsabilità civile, *ex multis*, vanno richiamati C. SALVI, *Il danno extracontrattuale*, Napoli, 1985; ID. *Il paradosso della responsabilità civile* in Riv. Crit. Dir. Priv., 1983, I, p. 123 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto alla salute quale diritto alla personalità* in Rass. Dir. Civ., 1984, p. 1020 ss; ID. *L'art. 2059 c.c. uno e bino: una interpretazione che non convince* in Rass. Dir. Civ., III, 2003, p. 775 ss.; ID. *L'onnipresente art. 2059 c.c. e la "tipicità" del danno alla persona* in Rass. Dir. Civ., II, 2009, p. 520 ss.; A. D'ADDA, *Le funzioni del risarcimento del danno non patrimoniale* in S. Patti (diretto da), S. Della Monaca (a cura di), *Responsabilità civile. Danno non patrimoniale*, Torino, 2010, p. 115 ss.; Cfr. A. CATAUDELLA, *La tutela civile della vita privata*, Milano, 1972.

materiale. Inoltre, altra fondamentale distinzione che merita di essere in questa sede ribadita, il danno patrimoniale non è automaticamente fonte di risarcimento del danno, in altri termini, il danno non sempre è risarcibile, essendo tale attributo riconducibile al pregiudizio solo in alcune ipotesi. Sposando l'impostazione che inneggia alla atipicità del danno aquiliano, va necessariamente richiamato il parametro dell'ingiustizia che, introdotto nel codice fascista del 1942, ha consentito una perimetrazione del pregiudizio tutelato con l'insorgere dell'obbligazione risarcitoria, fungendo da *discrimen* vero e proprio.

Il danno patrimoniale, quindi, rappresenta un pregiudizio economicamente valutabile e che comporta l'insorgere di conseguenze sotto un profilo squisitamente economico:<sup>274</sup> la distinzione è immediata con il danno non patrimoniale, che si presenta in tutte le ipotesi in cui la lesione, sorgendo in relazione a beni non patrimonialmente valutabili inerenti alla sfera personale del danneggiato.<sup>275</sup>

Nel corso dell'evoluzione giuridica immediatamente successiva alla Codificazione del 1942, si è giunti alla pacifica ammissione dell'atipicità dell'illecito aquiliano, sostenuta da una mancata individuazione delle fattispecie tipiche di danno e contemporaneamente dall'introduzione del filtro dell'ingiustizia che si rivela idoneo a delimitare le ipotesi risarcibili. Ciò nonostante, l'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale ha, nel corso degli

---

<sup>274</sup> Si tratta di un danno che sia economicamente valutabile, il che non comporta come automatismo che dalla lesione di un diritto economico discenda un danno patrimoniale: l'individuazione tra danno patrimoniale e non patrimoniale va parametrata sulla base delle conseguenze che l'illecito produce, se queste vanno a ripercuotersi sulla sfera solo economica il pregiudizio è patrimoniale, mentre se dalla lesione di un diritto o bene economico deriva la compromissione anche della sfera personale del danneggiato allora vi sarà un pregiudizio sia sotto il profilo patrimoniale che sotto il profilo non patrimoniale. Cfr. P. G. MONATERI, *Danno e risarcimento*, p. 79.

<sup>275</sup> È utile prendere in prestito quanto esplicitamente sostenuto da Autorevole dottrina che individua due elementi fondamentali del danno patrimoniale, che ne definiscono l'essenza: da un lato l'economicità, nel senso di bene dotato di un valore economico che viene intaccato in seguito alla condotta illecita; dall'altro il carattere di individualità che definisce il danno, in ragione della necessaria riconducibilità ad una sfera giuridica determinata, pregiudicata dall'evento, in contrapposizione ad una serie di lesioni, come quelle diffuse o collettive, che non sempre godono di tutela giuridica. Cfr. C. SALVI, *op. cit.*, p. 102.



ultimi decenni, avanzato proposte interpretative finalizzate al riscontro di nuove forme di pregiudizio meritevoli di tutela. Giova sottolineare che, in assenza del concetto di ingiustizia della lesione, la dottrina *ab origine*, al fine di ridimensionare la portata applicativa dell'illecito, selezionava il danno sulla base della posizione giuridica a cui accedeva la lesione: pertanto, l'assenza del filtro dell'ingiustizia era giustificata da una visione ristretta del danno che veniva considerato risarcibile solo qualora derivasse dalla lesione di un diritto soggettivo. L'introduzione del parametro del danno ingiusto, svincola l'interprete dalla verifica della posizione a monte pregiudicata, implicando l'analisi della rilevanza della mera conseguenza dannosa.

Da ciò discende l'ampliamento del novero delle posizioni giuridiche risarcibili: dalla mera tutela del diritto soggettivo si passa alla protezione anche delle posizioni giuridiche relative, come i diritti di credito. Celebre in tal senso è il caso Meroni,<sup>276</sup> che dà la stura ad una rilettura della disciplina del risarcimento del danno, poco prima negata dalla Cassazione nel caso Superga.<sup>277</sup> L'idea che l'illecito implicasse una condotta anti-giuridica idonea a lesionare i soli diritti assoluti lascia ben presto spazio ad un'interpretazione che concede una tutela *erga omnes* anche nei confronti dei diritti relativi, nella misura in cui l'indebita interferenza in un rapporto obbligatorio da parte di un terzo viene considerata alla stregua di una violazione del principio del *neminem laedere* da parte del *quisque de populo*.

Il *Leading case* che vedeva l'omicida stradale del calciatore Maroni responsabile della lesione del diritto di credito vantato dalla Società sportiva nei confronti del giocatore che, una volta passato a miglior vita, rappresentava una vera e propria perdita patrimoniale. In quell'occasione la Corte di Cassazione poneva in evidenza come l'autore dell'illecito fosse

---

<sup>276</sup> Corte Cass., Sez. Un., n. 174 del 1971 in Giust. Civ., 1971, I, 199 ss.

<sup>277</sup> Nel 1949, infatti, in seguito ad un incidente aereo persero la vita i giocatori dell'intera squadra del Torino, ospiti su un volo di linea, contro la cui compagnia aerea la Società sportiva torinese intentò azione di risarcimento del danno, ma senza ottenere l'avallo della Corte di Cassazione proprio sulla base del fatto che mancava il riscontro di una posizione giuridica di diritto soggettivo rilevante. Corte Cass., Sez III, 4 luglio 1953, n. 2085 in Foro It., c. 1087 ss.

responsabile della perdita definitiva della prestazione da parte del creditore che, data la natura infungibile del bene, implicava la mancata soddisfazione dell'interesse contrattuale. La peculiare natura della prestazione, ma soprattutto la definitiva estinzione della stessa erano gli elementi su cui sorgeva la responsabilità da illecito.

Immediatamente successivo è un caso giurisprudenziale che coinvolgeva il datore di lavoro che, ritenendosi leso dall'assenza del lavoratore reso infermo da un sinistro stradale, sollevava il problema del pregiudizio arrecato non in costanza di rapporto lavorativo bensì in un frangente esterno che, però, andava ad interferire con la prestazione lavorativa, implicando l'impossibilità del lavoratore di adempiere la sua prestazione con un conseguente paventato arricchimento ingiustificato derivante dalla retribuzione stipendiale.<sup>278</sup>

In tali ipotesi, invero, il problema giuridico più rilevante era rappresentato dalla corretta dimostrazione del nesso eziologico tra condotta e danno, essendo il soggetto esterno al rapporto contrattuale e, dunque, solo indirettamente in grado di interferire con l'esatto adempimento della prestazione. Inoltre, giova ricordare che, proprio in ragione della particolare causalità che deve supportare l'elemento del danno è necessario che la condotta del soggetto terzo, sia sorretta dalla componente del dolo, il che comporta una ripercussione della particolare dimostrazione del nesso causale sulla componente soggettiva dell'illecito.<sup>279</sup>

---

<sup>278</sup> Invero, la Corte di Cassazione in tale occasione si espresse in maniera negativa. A ben vedere, infatti, la retribuzione che discendeva dal rapporto lavorativo non veniva percepita solo in corrispondenza della prestazione di opera, essendoci nel conteggio dello stipendio anche una serie di voci ricollegabili alla previdenza sanitaria e alle spese contributive, che andavano ad interrompere il nesso diretto tra pregiudizio e perdita economica. Per ulteriore i approfondimenti in tal senso cfr. M. DI RUOCCO, *In tema di tutela aquiliana del diritto di credito* in Corr. Giur., 1989, I, p. 43 ss.

<sup>279</sup> Tale osservazione è manifestata esplicitamente da F. Gazzoni, il quale pone l'accento sulla particolare fattispecie che viene a crearsi quando un soggetto estraneo interferisce con il vincolo contrattuale, distinguendo tale ipotesi da quella, senz'altro distinta, dell'induzione all'inadempimento. A ben vedere, infatti, un necessario *discrimen* tra tali casi è rappresentato dalla sussistenza non solo del *consilium* ma anche della *partecipatio fraudis*. Episodi frequenti di una simile dinamica sono spesso riscontrabili nell'ambito dello storno dei dipendenti, che però, oggetto di disciplina specifica, rientrano nella disciplina della concorrenza sleale, dando

La rilettura del sistema della responsabilità civile che soccorre in caso di lesioni di diritti soggettivi non deve far i conti solo con la compatibilità con i diritti di credito ma anche con posizioni giuridiche particolarmente atteggiare, come quelle definite interessi legittimi o quelle di romanistica memoria che si manifestano in mere posizioni di fatto, come avviene per il possesso.

Invero, particolarmente delicata<sup>280</sup> si è rivelata la questione sulla risarcibilità degli interessi legittimi che, solo con la sentenza a Sezioni Unite della Corte di Cassazione pronunciata in occasione di una questione di giurisdizione,<sup>281</sup> fu risolta attraverso una rilettura del dettame normativo *ex art.* 2043 c.c. e alla rivalutazione dell'interesse legittimo come situazione giuridica piena, non più dalla valenza ancillare e secondaria.<sup>282</sup> A ben vedere, la pronuncia

---

luogo ad un vero e proprio concorso apparente di norme tra l'art. 2043 c.c. e il 2600 c.c. per ulteriori approfondimenti F. GAZZONI, *Lezioni di diritto privato*, II, Roma, 1986, p. 297 ss.

<sup>280</sup> *Ex multis*, vanno richiamati i contributi dottrinali contemporanei all'emanazione della sentenza del 1999 che ha dato la stura alla revisione dell'intero sistema risarcitorio italiano, F. BILE, *Convegno sulla responsabilità per lesione degli interessi legittimi* in *Danno Resp.*, 1999, X, p. 990 ss.; V. ROPPO, *Il commento*, *ivi*, p. 987 ss.; G. PONZANELLI, *Il commento. La responsabilità civile della Pubblica Amministrazione e finalità di deterrence* *ivi*, 984 ss.; P. G. MONATERI, *Il commento. Il Tort da illegittimo esercizio della funzione pubblica*, *ivi*, p. 978 ss.

<sup>281</sup> Il profilo processuale e squisitamente di riparto di giurisdizione viene ampiamente trattato in S. BENINI, *L'irrisarcibilità degli interessi legittimi tra giurisdizione e merito* in *Danno Resp.*, 1997, III, p. 276 ss.

<sup>282</sup> Duplice la ragione che aveva consentito una vera e propria pietrificazione dell'impostazione giurisprudenziale fino a quel momento seguita: una di carattere formale, scaturente dalla cristallizzazione del criterio di riparto della giurisdizione che implicava l'interesse legittimo come fulcro della giurisdizione amministrativa; l'altra dal valore sostanziale, il richiamo al concetto del danno *contra ius* riferibile al mero "diritto soggettivo". Nella motivazione della sentenza 500 del 1999 per la prima volta viene presentata una prospettiva nuova in cui diritti soggettivi e interessi legittimi hanno una differente valenza sotto un profilo quantitativo e non qualitativo, essendo entrambi finalizzati al raggiungimento di un bene vita. Inoltre, come Autorevole dottrina pone in evidenza, il cambiamento di rotta lo si deve principalmente alla rilettura della valenza della clausola disciplinata all'art. 2043 c.c., il cui contenuto generale non è più limitabile a determinate situazioni. Cfr. M. FRANZONI, *La lesione dell'interesse legittimo è dunque risarcibile* in *Contr. Impr.*, 1999, p. 1025 ss.

della Corte di Cassazione si inseriva perfettamente in un periodo storico in cui la giurisdizione amministrativa e il diritto amministrativo si scollavano di dosso l'etichetta di disciplina secondaria e inferiore<sup>283</sup> rispetto a quella ordinaria e civile:<sup>284</sup> la distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi, tuttora sconosciuta a livello sovranazionale ed europeo, è una peculiarità imprescindibile dell'ordinamento italiano che per un secolo e più ha fomentato dibattiti e incomprensioni tra civilisti e gli amministrativisti. Senza entrare troppo nel dettaglio, ciò che rileva è rappresentato dalla insoddisfazione di coloro i quali, vantando un interesse legittimo pretensivo, non ritenevano esaustiva e pienamente utile la tutela caducatoria intorno alla quale l'intero universo giurisdizionale amministrativo ruotava. L'idea dell'interesse legittimo come mera posizione relazionale, sussistente ogni qual volta la pubblica amministrazione esercitava un'attività dai connotati discrezionali, implicava una forma di protezione dello stesso che si riduceva al mero annullamento del provvedimento lesivo emesso nell'esercizio della funzione pubblica. E se questo rimedio poteva andar bene

---

<sup>283</sup> Viene meno, inoltre, secondo Autorevole dottrina uno degli ultimi privilegi prima regi e poi repubblicani, già vagamente intaccati dall'art. 13, comma 1, insinuatosi in Italia in seguito alla disciplina comunitaria con la legge 142 del 1992 che ha lasciato traballare l'idea che la condotta illegittima della Pa potesse restare impunita, se causa di danno risarcibile. In tal senso V. CARBONE, *La Cassazione riconosce la risarcibilità degli interessi legittimi. Il commento* in *Danno Resp.*, 1999, X, p. 965 ss., nonché F. DI CIOMMO, *Fatto illecito e P.A. (Di confini instabili, privilegi declinati e ricerca di nuovi equilibri)* in *Danno e Resp.*, 1998, VIII- IX, p. 766 ss.

<sup>284</sup> Riprendendo il pensiero di S. Cassese, fino a fine anni 90 il panorama della tutela era proteso tra due giurisdizioni dal valore generale, ma che alla stregua non erano in grado di tutelare le posizioni di interesse legittimo poiché il giudice ordinario non risultava destinatario della giurisdizione idonea a vagliare le ipotesi di lesione perpetrate dall'amministrazione nei confronti dei privati. E allora stesso tempo, la giurisdizione amministrativa non aveva la possibilità di prendere in considerazione la tutela delle situazioni patrimoniali conseguenti all'*agere* illegittimo della P.a. Da ciò discendeva una lacuna di tutela per il cittadino pregiudicato da una scorrettezza della pubblica amministrazione o dall'emanazione di un provvedimento illegittimo. Cfr. S. CASSESE, *Verso la piena giurisdizione del giudice amministrativo: il nuovo corso della giustizia amministrativa italiana* in *Giorn. Dir. Amm.*, 1999, XII, p. 1221 ss.; Cfr. ancora per un quadro generale precedente alla svolta giurisprudenziale, A. C. MASTRORILLI, *Irrisarcibilità dell'interesse legittimo violato dalla PA* in *Danno Resp.*, 1997, I, p. 70 ss.

in caso di atto che interferiva con un interesse legittimo oppositivo, comportando la riespansione del diritto soggettivo sotteso, lo stesso non valeva per le posizioni di interesse legittimo pretensivo in cui l'*agere* della P.a. impediva un'estensione della sfera giuridica del destinatario del provvedimento.<sup>285</sup> La soluzione, dopo una stringente sollecitazione da parte della dottrina amministrativa, viene assorbita dalla giurisprudenza civile che nel 1999 per la prima volta ammette l'esperibilità dell'azione risarcitoria in caso di lesione dell'interesse legittimo pretensivo, facendo leva sia sulla natura primaria dell'art. 2043 c.c., in grado di assumere un valore precettivo e non meramente sanzionatorio; e, inoltre, aderendo all'interpretazione che ravvisa un ugual valore ontologico tra la posizione di diritto soggettivo e quella di interesse legittimo.

Simile ragionamento, la non necessarietà di una lesione a carico di un diritto soggettivo, è stato posto a sostegno della visione che ravvedeva anche nelle situazioni di fatto delle posizioni giuridiche rilevanti al punto da divenire oggetto di tutela aquiliana, come è avvenuto per l'ipotesi del possesso.<sup>286</sup>

---

<sup>285</sup> A bene vedere, infatti, al provvedimento illegittimo e quindi lesivo della sfera giuridica del destinatario, non corrispondeva la qualificazione illecita della condotta della pubblica amministrazione da cui discendeva la mancanza di una tutela di matrice risarcitoria: senza illecito *agere* non sorgeva il diritto al reintegro del danno subito in altri termini. Così V. CARBONE, *La responsabilità della Pa tra lesione del diritto soggettivo e interesse legittimo. Il commento* in Corr. Giur., 1988, II, p. 128 ss.

<sup>286</sup> La questione si presenta particolarmente complessa per un duplice ordine di ragioni: preliminarmente, infatti, merita attenzione la differenza dei termini prescrizionali che sembra non lasciare ampi margini di applicazione alla tutela aquiliana del possesso, la cui azione a protezione può essere esperita nel breve termine di un anno, a differenza di quanto accade in caso di risarcimento del danno, il cui termine prescrizionale è quinquennale. Ad altre critiche, invero, si va incontro poi quando si cerca di comprendere se il particolare connotato psicologico che colora l'*animus spoliandi* debba essere riconducibile alla componente generica del dolo o della colpa, che da sempre delineano e accompagnano la condotta dell'autore dell'illecito civile. In tal senso cfr. S. CASSANI, *Azione di reintegrazione e diritto al risarcimento dei danni da lesione del possesso* in *Danno Resp*, 2015, VII, p. 701 ss. Invero, la individuazione del presupposto della tutela nell'art. 1168 c.c. o nell'art. 2043 c.c. comportano una serie di conseguenze di non poco conto che si ripercuotono sulla prova dell'elemento soggettivo o sull'irrelevanza di quest'ultimo, qualora si ammettesse che la tutela sarebbe direttamente

Tra le varie fattispecie di danno che negli anni '70 sono state oggetto di una creativa attività giurisprudenziale non va certamente tralasciata l'ipotesi del danno meramente patrimoniale, ancora oggi dai dubbi contorni e visto che diffidenza dalla maggior parte della dottrina. Prendendo le mosse dal celebre caso De Chirico, pittore che spesso autografava quadri non suoi, riconoscendosene la paternità e inducendo l'aumento di valore degli stessi, la causa era stata intentata da un privato che, avendo acquistato l'opera inconsapevole della falsità della stessa, chiamava in giudizio sia il gallerista, in ragione del vincolo contrattuale, sia lo stesso De Chirico, in quanto responsabile sotto il profilo aquiliano del pregiudizio patrimoniale arrecato. Sconvolgendo tutti i canoni fino ad allora esistenti, il concetto di danno meramente patrimoniale,<sup>287</sup> inteso come perdita economica in grado di intaccare il patrimonio, sembra non tenere in considerazione gli elementi di cui l'art. 2043 c.c. si compone, implicando una sorta di assorbimento del diritto leso nel danno procurato, quasi come se la posizione qualificata lesa si palesasse esattamente nel momento in cui viene lesa dall'evento anti-giuridico.<sup>288</sup>

---

collegabile alla posizione rivestita del possessore derivante dall'art. 1168 c.c. per quanto concerne il problema prescrizione, invece, sembra prevalere l'impostazione che distingue i danni derivanti dallo spoglio in via indiretta, che sarebbero riconducibili sotto l'alveo dell'illecito generale ex 2043 c.c., dalle ipotesi di spoglio dannoso, la cui protezione è direttamente desumibile dall'art. 1168 c.c. con evidente prescrizione annuale. Inoltre, per ulteriori approfondimenti sia sotto il profilo risarcitorio anche del cd. Detentore qualificato, che sotto il profilo squisitamente processuale si tenga in considerazione il contributo di V. SCIBETTA, *La tutela aquiliana del possesso* in Contr. Impr., 1998, p. 1174 ss.

<sup>287</sup> Per ulteriori approfondimenti in merito al concetto di danno al patrimonio, anche in una prospettiva comparatistica, A. DI MAJO, *Il problema del danno al patrimonio* in Riv. Crit. Dir. Priv., 1984, II, p. 296 ss; inoltre, in relazione alla lesione al patrimonio come forma di pregiudizio concorrente a quello derivante da illecito concorrenziale e che implica il risarcimento anche nell'ipotesi in cui l'illecito concorrenziale non sia perfezionato, cfr., E. DE FRANCISCO, *Il cd. diritto soggettivo all'integrità patrimoniale, tra illecito aquiliano e illecito concorrenziale* in Riv. Dir. Civ., 1988, II, p. 683 ss.

<sup>288</sup> Di tale forma di pregiudizio delineata e frutto di una fervida originalità pretoria si è già a lungo detto in occasione dell'analisi dell'elemento dell'ingiustizia del danno, al paragrafo 3.1.1, giova pertanto richiamare, *ex multis*, i contributi di G. PONZANELLI, *Il risarcimento del danno meramente patrimoniale nel diritto Italiano* in

Accusata di essersi troppo distaccata dalla volontà legislativa, la Corte di Cassazione riconosce il pregiudizio meramente economico rilevante al punto da far sorgere in capo al pittore una vera e propria responsabilità e, nonostante l'ostilità diffusa della dottrina, poco dopo in un'altra celebre sentenza la Suprema Corte replica, riconoscendo un risarcimento cospicuo ad un'azienda cosmetica in seguito alla rivendita non autorizzata di un suo prodotto da parte di un soggetto che illecitamente occultava e alterava le confezioni di profumeria.<sup>289</sup>

Altra importante ipotesi che vede nel concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale<sup>290</sup> uno degli elementi fondanti è rappresentata dalla fattispecie della doppia alienazione immobiliare,<sup>291</sup> in cui viene ravvisato non solo l'inadempimento del venditore,

---

Danno e Resp., 1998, VIII-IX, p. 729 ss.; V. CARBONE, *I De Chirico di De Chirico- il commento* in Corr. Giur., 1989, VIII, p. 860 ss.

<sup>289</sup> Il caso in questione è quello che culmina nella sentenza della C. Cass. Del 25 luglio 1986 n. 4755 che ritenne responsabile una profumeria di aver venduto illecitamente dei prodotti commerciabili solo da determinati rivenditori, perseguendo tale fine attraverso l'abrasione della dicitura sulla confezione che specificava la necessaria provenienza dal prodotto, infrangendo così la disciplina del commercio e della concorrenza.

<sup>290</sup> La controversa questione del concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale ha galvanizzato l'attenzione della dottrina anche in ragione della estrema diversità di vedute che allontana la disciplina italiana da quella francese, osservazione curiosa se si pone l'accento sul fatto che le ipotesi che nell'ordinamento d'oltralpe corrispondono a deroghe alla regola del "Non cumul" rappresentate nella disciplina italiana le fattispecie in cui si ammette pacificamente il concorso di responsabilità. Cfr. in tal senso, *ex multis*, G. PONZANELLI, *Concorso di responsabilità: le esperienze italiana e francese a confronto* in Resp. Civ. Prev., 1984, I, p. 36 ss.; C. ROSSELLO, *Concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale* in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1985, II, p. 317 ss.; G. VISINTINI, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (una distinzione in crisi?)* in *Rass. Dir. Civ.*, 1983, p. 1077 ss.; U. MAJELLO, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale* in *Rass. Dir. Civ.*, 1988, p. 109 ss.

<sup>291</sup> Per una ricostruzione storica della questione non può prescindere da G. BENACCHIO, *Doppia vendita immobiliare: tutela o responsabilità del secondo acquirente in mala fede?* in Resp. Civ. Prev., 1988, p. 988 ss.; M. FRANZONI, *La tutela aquiliana del contratto nella casistica giurisprudenziale* in *Rass. Dir. Civ.*, 1989, I, p. 20 ss.; D. POLETTI, *Doppia alienazione immobiliare e "responsabilità extracontrattuale da contratto"* in *Contr. Impr.*, 1991, p. 733 ss.; N. MUCCIOLI, *Doppia alienazione immobiliare e tutela del primo acquirente* in *Riv. Dir. Comm.*, 1994, I, p. 681 ss.

contrattualmente vincolato ad un'esecuzione in buona fede e all'adempimento corretto della prestazione oggetto dell'accordo, ma anche la responsabilità del secondo acquirente<sup>292</sup> il quale, consapevole della mancata trascrizione del soggetto leso che aveva cronologicamente perfezionato l'acquisto prima, immediatamente trascrive l'avvenuto passaggio di proprietà inibendo l'opponibilità a terzi dell'avvenuto acquisto da parte del primo soggetto, divenendo così unico proprietario. Si parla a tal proposito anche di responsabilità aquiliana postcontrattuale<sup>293</sup> in ragione della conclusione del dispiegarsi degli effetti che discenderebbero dal contratto, lasciando spazio alla responsabilità propriamente aquiliana. Tale fattispecie riceve attenzione come autonoma forma di lesione aquiliana agli inizi degli anni '80, anche se solo qualche anno più tardi si inizia a parlare di responsabilità extracontrattuale da contratto,<sup>294</sup> che si insinua in una disciplina precedentemente tutelata attraverso l'ausilio della azione revocatoria nei confronti del venditore, responsabile in complicità con il successivo acquirente della lesione patrimoniale cagionata a colui che acquistando non ha tempestivamente trascritto il negozio, rendendolo per ciò solo inopponibile ai terzi.

---

<sup>292</sup> Invero, va precisato che dal filone della responsabilità per doppia alienazione immobiliare va distinta l'ipotesi di responsabilità che sorge in conseguenza e a dispetto di un precedente accordo negoziale che, sebbene appare ipotesi speculare a quella della duplice trascrizione, ne rappresenta fattispecie più generale che comprende anche casi che prescindere dalla alienazione vanno ad infierire su un precedente accordo tra privati, cfr. D. POLETTI, *Responsabilità extracontrattuale da contratto e inadempimento del subcontratto* in *Danno Resp.*, 1999, VIII- IX, p. 899 ss.

<sup>293</sup> A tal proposito di tenga in considerazione la ricostruzione effettuata da A. BUSSANI, *La doppia alienazione immobiliare* in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, II, 2002, p. 73 ss., che analizza le varie ipotesi di responsabilità che di volta in volta si sono ricollegate alla posizione rispettivamente del venditore e del secondo compratore. Inoltre, particolarmente significativa si presenta il contributo di E. FERRANTE, *La tutela risarcitoria contro la doppia alienazione immobiliare* in *Contr. Impr.*, 1999, p. 1115 ss.

<sup>294</sup> Cfr. D. POLETTI, *Responsabilità extracontrattuale da contratto e inadempimento del subcontratto* in *Danno Resp.*, VIII- IX, 1999, 899 ss.; cfr. inoltre, M. FACCIOLI, *Doppia alienazione immobiliare, prioritaria trascrizione del primo acquisto e mezzi di tutela del secondo acquirente soccombente* in *Resp. Civ.*, 2011, p. 527 ss.



Secondo quanto sinora osservato l'evoluzione della tutela aquiliana, grazie al dettame di ampio respiro e al filtro dell'ingiustizia, atto ad imbrigliare il giudice nell'individuazione della definizione del danno risarcibile, è giunta alla conclusione di apprestare protezione ad una serie di fattispecie ben distanti dalla verifica del mero diritto soggettivo. A ben vedere, inoltre, comune denominatore di tutte queste ipotesi è rappresentato dallo scopo che il risarcimento persegue, palesemente ristorativo. Considerate tutte manifestazioni di danno patrimoniale non va trascurato che proprio il riferimento al parametro di ciò che è economicamente valutabile funge da collante con la funzione che in tali ipotesi è riconducibile alla responsabilità civile: compensare e ripristinare lo *status quo ante*, ratio questa che invece non è ravvisabile nei casi di danno non patrimoniale, preliminarmente poiché proprio la inesattezza che caratterizza la determinazione del danno, non meticolosamente quantificabile, sembra essere un imprescindibile indizio che conduce ad una visione punitiva più che compensativa in grado di descrivere il risarcimento del danno non patrimoniale.

#### **4.2. IL DANNO NON PATRIMONIALE.**

Il concetto di danno non patrimoniale, nella sua pragmatica individuazione, nei suoi limiti, nonché nel suo profilo quantitativo, rappresenta uno dei maggiori luoghi d'ombra all'interno della disciplina della responsabilità extracontrattuale e dell'istituto del risarcimento del danno. Espressamente tipizzato dal legislatore del 1942, ha fin dalla origini assunto un ruolo di raccordo tra l'ordinamento civile e quello penale, rappresentando la norma richiamata nel precetto *ex art. 185 c.p.* che legittimava la vittima di reato a instaurare azione di risarcimento dinanzi al giudice civile al fine di ottenere il ripristino dello *status quo*. La sua tranciante tipicità ha rappresentato da sempre un dilemma: a ben vedere l'esplicita previsione rappresenta certamente un'innovazione del legislatore fascista, vista l'assenza di qualunque riferimento nella codificazione del 1865, anche se non va trascurato che in epoca ottocentesca

il concetto di danno non patrimoniale di certo non era sconosciuto, esso rientrava nella concezione ampia di danno patrimoniale che veniva declinato nella duplice componente di lesione al patrimonio economico e lesione al patrimonio personale. Poco dopo, però, l'ambito di applicazione così smisurato, e non delineato in alcun modo, spinse la Corte di Cassazione a sez. Unite nel 1924 a pronunciarsi in maniera restrittiva, esplicitando un limitazione di tale pregiudizio alle sole ipotesi previste dalla legge.<sup>295</sup> Sulla medesima lunghezza d'onda il codice del 1942 che, in una scarna disciplina legislativa, altro non prevede se non che il danno non patrimoniale gode di tutela risarcitoria nelle sole ipotesi previste dalla legge, lasciando ampio spazio ad una speculazione dottrinarica che sembrava voler forzare le maglie dell'art. 2059 c.c., puntando all'individuazione di fattispecie risarcibili ultronee rispetto alla lesione conseguente il reato.<sup>296</sup> Giova ricordare che proprio la ermetica formula legislativa ha lasciato sbizzarrire il dibattito per lungo tempo anche sulla vera e propria definizione del danno non patrimoniale, per taluno limitato al mero danno morale<sup>297</sup> e per altra visione, più ampia,

---

<sup>295</sup> In tale occasione la giurisprudenza pone in evidenza la distinzione che sussiste tra il danno morale e quello economico, considerando solo quest'ultimo idoneo al ristoro. Il punto nevralgico della distinzione sta nel fatto che il bene leso in caso di danno non patrimoniale, non avendo presupposti economici e quindi quantificabili in maniera pragmatica, non risulta tutelato se non nella sua forma mediana di pregiudizio "morale con ripercussioni economiche", in grado di essere correttamente liquidato dal giudice sia in sede civile che in quella penale, qualora lo stesso sia immediata conseguenza di un reato. Cfr. in *Giur. It.*, 1924, I, 1, p. 952 ss.

<sup>296</sup> A ben vedere l'opinione sottesa a tale orientamento della dottrina e della giurisprudenza traeva linfa dalla concezione che il danno risarcibile dovendo essere classificato come conseguenza dell'illecito doveva essere caratterizzato da un'intrinseca perpetuità. Il danno morale, d'altro canto, rappresentava un esempio di patema transeunte, per ciò solo inidoneo a ledere la sfera del soggetto passivo tanto a lungo da richiedere un ristoro materiale. Cfr. P. CENDON e R. ROSSI, *Il quadro di riferimento* in P. Cendon (a cura di) *Il risarcimento del danno non patrimoniale, Parte Generale*, I, p. 38 ss. Cfr., inoltre. M. ASTONE, *Danni non patrimoniali* in P. SCHLESINGER e F. D. BUSNELLI (diretto da), *Commentario al codice civile*, Milano, 2012.

<sup>297</sup> *Ex multis*, R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale* in Riv. Dir. Civ., 1957, I, p. 277 ss.; M. Paradiso, *Il danno alla persona*, Milano, 1981, il quale ribadisce una sorta di equazione tra danno morale e pregiudizio che si consolida nella sfera giuridica del danneggiato in seguito ad un fatto di reato. La peculiare tipicità sancita dalla formula dell'art. 2059 c.c. non sembrava lasciare spazio ad ulteriori interpretazioni.

riconducibile all'intero universo del danno non squisitamente economico e patrimoniale.<sup>298</sup> La statica tassatività dei casi di danno non patrimoniale era ormai pacificamente condivisa sia dalla Suprema Corte che dal Giudice delle Leggi, più volte interrogato negli anni sulla illegittimità costituzionale del precetto posto a chiusura del libro quarto: le risposte sempre fedeli alla volontà del legislatore fascista, determinato ad evitare l'abuso del concetto di danno alla persona che aveva caratterizzato la speculazione giurisprudenziale di fine ottocento. La continua insistenza della giurisprudenza di merito inizia a far scricchiolare la cristallizzata impostazione quando, nel 1979<sup>299</sup> e poco dopo nel 1986<sup>300</sup>, la Corte

---

<sup>298</sup> *Ex multis*, a tale impostazione aderisce A. Cataudella, il quale afferma che può ammettersi una visione ampia del concetto di danno non patrimoniale, a cui fanno riferimento non solo i pregiudizi morali *strictu senso* (solitamente individuati nei patemi o dolori), bensì possono essere considerati tale anche la diminuzione del prestigio. Ciò che emerge da tale prospettiva è la definizione in negativo che fornisce l'art. 2059 c.c., attraverso cui possono essere risarciti tutti quei pregiudizi non strettamente economici e quindi anche inerenti ai diritti della personalità. Cfr. A. CATAUDELLA, *La tutela civile della vita privata*, Milano, 1972, p. 54 ss. Medesima lettura di G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, p. 79 ss., che considera pregiudizio non patrimoniale le alterazioni *in peius* che vanno ad intaccare la sfera della persona.

<sup>299</sup> C. Cost. 26 luglio 1979 n. 88 in Giur. It., 1980, I, p. 9 ss.; in Resp. Civ. Prev., 1979, p. 698 ss, con nota di G. PONZANELLI, *Danno non patrimoniale e danno alla salute: due sentenze della Corte Costituzionale*.

<sup>300</sup> Le sentenze in questione furono dei rilevanti passaggi storici nell'evoluzione del concetto di danno non patrimoniale *ex art. 2059*, accomunati da un atteggiamento della Corte Costituzionale conservatore, restio a voler distaccarsi dalla disciplina positiva. Tale atteggiamento apparve chiaro, da ultimo, nella sentenza Dell'Andro, n. 184 del 1986, in cui la Corte Costituzionale ribadì che il dettame che chiudeva il libro IV sulle obbligazioni andava interpretato come il legislatore aveva previsto, preferendo conseguire la tutela del diritto alla salute attraverso la creazione di un'ipotesi eccezionale di danno evento, giuridicamente riconducibile alla lettura combinata dell'art. 2043 c.c. e dell'art. 32 Cost., forma particolarmente atteggiata che considerava il pregiudizio biologico come lesione della capacità di produrre un reddito, quindi dai connotati economici. Giova segnalare tra i commenti alla nota sentenza della Corte Cost. 184 del 1986, *ex multis*, G. SCALFI, *Reminescenze dogmatiche per il cd. danno alla salute: un ripensamento della Corte costituzionale* in Resp. Civ. Prev., 1986, II, p. 533 ss. Inoltre, in senso particolarmente critico, teso a sottolineare l'ingiustificata limitazione del campo di applicazione al mero danno morale subiettivo, va richiamato G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale nella giurisprudenza della Corte costituzionale* in Resp. Civ. Prev., 1986, II, p. 577 ss.; A. PULVIRENTI, *Il danno all'integrità psico-fisica (cd. danno biologico) nella più recente sentenza della Corte Costituzionale* in Giur. It,

Costituzionale fu chiamata a dirimere un conflitto che vedeva due contrapposte alternative: la dichiarazione di incostituzionalità del dettame *ex art. 2059 c.c.*, oppure il rinvio ad un'interpretazione ortopedica del sistema della responsabilità *tout court* che, sbilanciando la dicotomia danno patrimoniale e danno non patrimoniale, implicasse un vero e proprio "travaso" all'interno della casistica regolata dall'illecito *ex art. 2043 c.c.*<sup>301</sup> Quest'ultima la posizione adottata dal Giudice delle Leggi la cui interpretazione, finalizzata a conservare e tutelare l'originale funzione tipica e tassativa riservata all'*art. 2059 c.c.*, relegava nel capo di applicazione del danno non patrimoniale le sole ipotesi lesive che, procurate in conseguenza di un reato implicavano una lesione della sfera personale del danneggiato, quasi come se da un crimine non potessero derivare conseguenze meramente economiche. Certo la disparità di trattamento che culminava nella distinta tutela del danno alla persona nell'ipotesi in cui la lesione fosse sorta o meno da reato, sembrava collidere con i principi di solidarietà ed uguaglianza che avevano accompagnato la mano del costituente nel 1946/48, da ciò prese le mosse una critica serrata alla sterile tipicità del precetto di cui all'*art. 2059 c.c.*, quasi morto nella sua lettera meramente ancillare all'*art. 185 c.p.*

Invero, il danno alla sfera personale andava comunque parametrato alla produttività patrimoniale che implicava una necessaria lettura combinata dell'*art. 2043 c.c.*, norma

---

1987, p. 396 ss.; G. B. FERRI, *Il risarcimento del danno biologico nel sistema della responsabilità civile* in *Giur. Cost.*, 1987, II, p. 1716 ss.

<sup>301</sup> La definizione "travaso" è dovuta alla giurisprudenza di legittimità che con tale esplicazione sintetizzava perfettamente la soluzione che la Corte Costituzionale prospettava al fine di rimanere fedele alla volontà del legislatore fascista. Il passaggio delle varie ipotesi di pregiudizio non patrimoniale finivano nella sfera di applicazione dell'*art. 2043 c.c.*, di volta in volta, letto in combinato disposto con l'articolo della Costituzione che si riteneva tutelasse il particolare interesse leso. La prima ipotesi ad essere regolata secondo tale schema giurisprudenziale, come già accennato, riguardava la lesione al diritto alla salute, di cui un'attenta disamina è riconducibile al contributo di P. PERLINGIERI, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità* in *Rass. Dir. Civ.*, IV, 1982, p. 1020 ss. Per ulteriori approfondimenti in riferimento alla giurisprudenza della Corte Costituzionale si tengano in dovuta considerazione le incertezze mosse da U. CARNEVALI, *Relazione di sintesi tenuta al convegno tenuto sul tema "Il danno alla persona nella giurisprudenza della Corte Costituzionale"* in *Resp. Civ. Prev.*, 1987, I, p. 26 ss.

generale che disciplinava l'illecito, con il diritto tutelato a livello costituzionale di volta in volta intaccato: la stura a tale percorso normativo nasce dal problema della risarcibilità del danno alla salute, considerato un danno - evento, proprio in ragione della non imprescindibile produzione di una lesione in grado di inficiare la patrimonialità di colui che subiva il danno, eppure la considerazione del bene salute come parte dell'essenza incompressibile dell'essere umano appariva una ragione sufficiente a garantire protezione allo stesso a prescindere da cui che dall'evento derivava.<sup>302</sup> Nonostante ciò emergeva un'incongruenza: il danno al bene salute aveva valore *ex* combinata lettura degli artt. 2043 c.c. e 32 Cost. Nella misura in cui si ripercuoteva nella vita quotidiana, mentre una lesione, talvolta anche più grave, rischiava di non essere oggetto di risarcimento perché non conseguente a reato. L'*iter* sembra trovare una svolta con l'ausilio della Suprema Corte che, con ben 5 pronunce emanate nell'anno 2003, quasi a voler strigliare l'impassibilità del Giudice delle Leggi, cambia direzione reinterpretando quando all'art. 2059 c.c. previsto: il rinvio ai "casi previsti dalla legge" è un richiamo che va ben oltre la disciplina dell'art. 185 c.p. e che non può trascurare quanto a livello sovraordinato è previsto dal legislatore.<sup>303</sup> L'idea che vi fosse una serie di diritti

---

<sup>302</sup> Tale impostazione, a ben vedere, finiva col considerare il danno alla salute sotto un profilo settoriale che si ripercuoteva in un ambito strettamente economico e andava, così, a mortificare la poliedrica definizione di salute. Invero, il concetto di bene salute non può essere sminuzzato in più profili ma va interpretato nella sua proiezione più completa che contempla una prospettiva individuale e una collettiva, una proiezione dinamica, nella forma relazionale, e una statica, che si manifesta in molte ipotesi tra cui grande risonanza ha ottenuto quella riguardante le immissioni ex 844 c.c. Più a monte, inoltre, non va trascurato che il concetto di salute sintetizza al suo interno sia il benessere fisico che quello psico- emotivo, vista "l'indissolubile unità psico-fisica" che caratterizza l'essere umano, da cui può desumersi una visione atteggiata del concetto di danno non patrimoniale, eccessivamente imbrigliato nella clausola di tipicità prevista all'art. 2059 c.c., per taluno superfluo vista la necessaria tutela apprestata dall'ordinamento ai diritto costituzionalmente rilevanti, tra cui affiorano gli artt. 2 e 32, che secondo tale opinione non sarebbero privi di tutela anche nell'assurda ipotesi di abrogazione del dettame che chiude il libro quarto. In tal senso P. PERLINGIERI, *Il diritto alla salute quale diritto di personalità* in Rass. Dir. Civ., 4, 1982, p. 1020 ss.

<sup>303</sup> Uno dei primi Autori che avanzò una simile lettura sistematica fu G. B. Ferri, il quale in occasione della verifica dell'ampiezza del precetto disciplinato all'art. 2059 c.c., interpretava l'inciso "nei casi previsti dalla

costituzionalmente rilevanti non destinatari di una protezione risarcitoria poiché non espressamente individuati nell'art. 2059 c.c. appariva come una contraddizione in termini, ma soprattutto un vero e proprio sgretolamento del criterio gerarchico, inficiato dalla volontà legislativa primaria. Inoltre, la prospettiva giurisprudenziale secondo cui “non di sola salute vive l'uomo”<sup>304</sup> poneva l'accento sul fatto che non solo il diritto alla salute meritava una tutela certa e imprescindibile, ma anche gli altri innumerevoli diritti che si ricollegavano alla sfera personale dell'uomo in quanto soggetto di diritto meritevole di tutela nelle sue più variegate manifestazioni, di qui il rinvio all'art. 2 della Carta Costituzionale e ai diritti inviolabili.

Smentita la prospettiva di quanti rileggevano l'art. 2059 c.c. come norma in bianco che richiedeva un'integrazione desumibile di volta in volta dall'art. 2 Cost, inoltre, ripudiata la concezione del dettame sul danno non patrimoniale come forma di riserva di legge sovraordinata, si approda ad una lettura diversa del precetto che chiude il libro quarto, che cristallizzata anche dalla Corte Costituzionale con la pronuncia 233 del 2003, diviene forma di tutela dell'insieme dei valori racchiusi nella Carta costituzionale e finalizzati alla protezione della persona.<sup>305</sup> Sembra, allora, lasciata alle spalle la concezione del danno non

---

legge” come una clausola aperta, in grado certamente di ricomprendere i principi generali cristallizzati negli artt. 2 e 3 della Carta costituzionale. Tale prospettiva, perfettamente coerente con la tutela della persona umana rimarcata dalla Costituzione, andava a completare una disciplina che, creata qualche anno prima, non può far a meno, in un contesto post costituzionale, di considerare il profilo morale nella sua più ampia interpretazione, che avvolge l'essere umano e ogni sua manifestazione in un solo valore, quello della persona. Cfr. G. B. FERRI, *Oggetto del diritto della personalità e danno non patrimoniale* in Riv. Dir. Comm., 1984, I, p. 150 ss.

<sup>304</sup> Come letteralmente afferma P. CENDON, *Non di sola salute vive l'uomo* in Studi in Onore di Pietro Rescigno, V, Milano, 1998, p. 135 ss.

<sup>305</sup> Giova specificare che il riferimento alla tutela della persona non può che intendersi in un'accezione ampia, che consente la protezione dell'essere umano e del relativo profilo morale anche qualora lo stesso viva una osmotica tensione con la dimensione economica. Si pensi alla disciplina delineata nella legge d'autore (l. 22 aprile del 1941 n.633) che all'art. 20 distingue le due sfumature, quella relativa ai diritti di utilizzazione economica e a quelli riconducibili all'onore e reputazione, la cui tutela talvolta si sovrappone talaltra segue *iter*

patrimoniale come dettame tautologico e sterile,<sup>306</sup> concretamente accartocciato su se stesso che a nulla di innovativo poteva ambire: il danno alla persona si allontana dalla sua esclusiva funzione di danno morale subiettivo conseguente al reato per giungere ad una forza nuova dai connotati non tassativi, quasi tendenti ad un'anomala atipicità.

Ulteriore passo in avanti è quello che le Sezioni Unite di Cassazione compiono nel 2008, quando proprio in ragione di tale rilettura del precetto di cui all'art. 2059 c.c. lo stato dell'arte sembrava esser andato troppo oltre rispetto alla norma sancita dal legislatore fascista, anzi pareva proprio che la esplicita clausola di tipicità fosse stata vaneggiata da parte della giurisprudenza che troppo concentrata sull'ampliamento della tutela del privato aveva perso di vista la reale portata normativa del danno non patrimoniale.<sup>307</sup> Per la prima volta viene

---

distinti. Alla cessione potenziale dei diritti economici fa da contraltare l'inalienabilità di quelli morali, la cui protezione è rafforzata in quanto cristallizzata sia sotto il profilo civilistico che penalistico e che tutela l'autore dell'opera sotto la duplice veste di persona e di personalità che dall'opera stessa emerge. Per ulteriori approfondimenti, A. M. GAMBINO, *Il danno non patrimoniale da lesione del diritto di autore* in S. PATTI (diretto da), S. DELLA MONACA (a cura di), *Trattato della Responsabilità civile. Danno non patrimoniale*, Torino, 2010, 513 ss.

<sup>306</sup> A ben vedere, non va trascurata la prospettiva dottrinale che ravvede nel dettame dell'art. 2059 c.c. una vera e propria "superfetazione", nella misura in cui anche la mancanza della esplicita indicazione del legislatore non avrebbe lasciato il privato sprovvisto di adeguata tutela in ragione della preminenza degli interessi tutelati riguardanti i diritti inviolabili dell'uomo, espressamente disciplinati nella Costituzione e meritevoli di protezione ex art. 2. Secondo tale impostazione la mancanza di una adeguata disciplina di rango primario o legislativo non può essere in grado di incidere in senso negativo sull'effettivo esercizio della tutela di un valore costituzionalmente garantito che per tale ragione va considerato come immediatamente precettivo. Tale posizione viene, *ex multis*, ribadita da P. PERLINGIERI, *L'onnipresente art. 2059 c.c. e la "tipicità" del danno alla persona* in *Rass. Dir. Civ.*, II, 2009, p. 520 ss.

<sup>307</sup> Il dibattito a ben vedere era alimentato da un dubbio latente, comprendere a che tipo di diritto potesse applicarsi il richiamo di cui all'art. 2059 c.c. riletto nella sua prospettiva costituzionalmente orientata, se relativa a interessi dal rango costituzionale *tour court* intesi oppure a quelli riconducibili alla categoria dei diritti inviolabili, che godevano di una protezione particolare cristallizzata nell'art. 2 della Carta costituzionale. In soccorso a tale dilemma interviene la giurisprudenza che nelle molteplici sentenze che nel 2003 e nel 2008 hanno segnato la svolta dell'istituto del danno non patrimoniale, consentendo una revisione dell'istituto,

introdotto il concetto di tollerabilità, al fine di arginare le richieste di risarcimento per liti bagattellari, in cui non vi era una vera e propria lesione della sfera personale del soggetto, contemperando in tal modo l'esigenza di protezione del singolo con il rispetto del criterio imposto dalla legge. Il disposto di cui all'art. 2059 c.c. assume le sembianze di una norma di rinvio, che ha il compito di contemperare la tipicità sancita dal legislatore con la valenza aperta del viatico tracciato nel solco dell'art. 2 della Carta costituzionale.<sup>308</sup>

Affiora in tale occasione un'ulteriore questione sintetizzabile con il richiamo all'adesione ad una concezione monista del danno non patrimoniale,<sup>309</sup> che aveva la pretesa di descrivere tale concetto come un *unicum*, all'interno del quale andavano declinate diverse ipotesi risarcibili, ma non sovrapponibili in quanto mere categorie descrittive. L'idea che il danno

---

richiama più volte i concetti di interessi di rango costituzionale inerenti alla persona o diritti inviolabili. Tale prospettiva è posta in evidenza da E. NAVARRETTA, *Il danno non patrimoniale e la responsabilità extracontrattuale* in (a cura di) E. Navarretta, *Il danno non patrimoniale. Principi regole e tabelle per la liquidazione*, Milano, 2010, p. 17 ss.

<sup>308</sup> P. PERLINGIERI, *L'onnipresente art. 2059 c.c. e la tipicità del danno alla persona* in *Rass. Dir. Civ.*, 2, 2009, p. 526.

<sup>309</sup> In tal senso ancora cfr. E. NAVARRETTA, *Il contenuto del danno non patrimoniale e il problema della liquidazione* in E. Navarretta (a cura di) in *Il danno non patrimoniale. Principi regole e tabelle per la liquidazione*, Milano, 2010, p. 17 ss. Invero, la Corte di Cassazione aderisce all'impostazione dottrinale secondo la quale la distinzione delle sottovoci di danno alla persona abbiano un valore meramente descrittivo. La paventata duplicazione risarcitoria, nonché l'ampliamento a dismisura delle categorie di danno non patrimoniale, concessa dall'apertura della clausola di cui all'art. 2 della Costituzione, sono state le ragioni principali poste a sostegno di una simile scelta giurisprudenziale. L'intrinseco accostare il danno biologico alla lesione del diritto alla salute ex art. 32 Cost., il danno morale alle conseguenze di un reato e, infine, il danno esistenziale alle varie ipotesi di lesione di diritti costituzionalmente tutelati, rappresentava un vero e proprio *vulnus* alla certezza del diritto e alla corretta attuazione dell'art. 3 della Costituzione: la semiarbitraria quantificazione e liquidazione del danno non patrimoniale secondo l'equo apprezzamento del giudice senza l'argine garantito da un approccio monista, finiva col giovare al danneggiato spesso destinatario di un arricchimento ingiustificato.



alla persona potesse manifestarsi in varie forme, danno biologico,<sup>310</sup> danno esistenziale<sup>311</sup> e danno morale<sup>312</sup>, non doveva infatti confondere l'interprete, fermo su una visione unitaria e

---

<sup>310</sup> Giova precisare, in merito al concetto di danno alla salute, che l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale inizia la relativa opera speculativa fin dagli anni '70. Implicito riconoscimento da parte della Corte Costituzionale, seppur in termini ambigui, e le spinte accademiche volte a fotografare come il risarcimento del danno da lesione di tale diritto non possa rilevare solo in caso di conseguenze reddituali, hanno rappresentato il motore propulsivo della categorizzazione. A tal proposito è bene segnalare quanto affermato da G. DEL MEDICO, *Il danno alla salute: forse non è una predica inutile* in Resp. Civ. Prev., 1981, II, p. 428 ss.; A sostegno di tali affermazioni, inoltre, l'articolo di G. Ponzanelli, che commenta la sentenza della Corte di Cassazione del 6 giugno 1981 n. 3675, ponendo in evidenza come sebbene la giurisprudenza di legittimità si mostri favorevole all'elaborazione di tale concetto di danno concretizza le intenzioni in dictum a dir poco incompleti. Due le ragioni addotte dall'Autore: da un lato la mancanza di un esplicito richiamo al referente normativo, che oscilla ancora una volta tra la categoria del danno patrimoniale *ex art. 2043 c.c.* e quello non patrimoniale *ex art. 2059 c.c.* D'altro lato il tergiversare sull'individuazione dell'esatto metodo di quantificazione della lesione psicofisica, che all'epoca vedeva contrapporsi due orientamenti, uno facete capo al reddito medio nazionale come indice di riferimento; l'altro che, invece, sosteneva la necessità di ricorrere ad una valutazione equitativa. G. PONZANELLI, *La corte di Cassazione e il danno alla salute* in Resp. Civ. Prev., 1981, II, p. 697 ss; ID., *Il cammino del danno alla salute* in Resp. Civ. Prev., 1984, II, p. 342 ss. Per completezza giova richiamare A. GIUSTI, *Due sentenze della Corte di Cassazione sul danno alla salute* in Resp. Civ. Prev., 1985, II, p. 218 ss., in cui l'Autore esplicitamente sembra rispondere al dubbio di Ponzanelli, ponendo in evidenza che la Corte di Cassazione finalmente giunge ad una conclusione, facendo rifluire il concetto del danno alla salute nell'ampio genus di cui all'art. 2043 c.c. Col medesimo tono critico si esprime anche Alpa, il quale sottolinea l'ambiguità della giurisprudenza di legittimità nell'individuazione del metodo di liquidazione del danno alla salute, mostrando entusiasmo in riferimento alla classificazione avanzata da F. D. Busnelli che distingue il danno biologico, inteso nella più limitata accezione di pregiudizio arrecato e concretizzatosi nella menomazione somatopsichica, da quello alla salute, contraddistinto per la valenza costituzionale e che implica il rinvio al labile concetto di equità. Cfr. G. ALPA, *Una raccolta di studi sulla danno alla salute* in Resp. Civ. Prev., 1986, II, p. 204 ss. Alla stregua sottolinea Autorevole dottrina che la pacifica sussistenza del danno alla salute incontra un momento di frizione nell'individuazione del corretto criterio di quantificazione, cfr. B. GRASSO, *Il problema della valutazione del danno non patrimoniale* in Rass. Dir. Civ., 1982, I, p. 39 ss. In parte si discosta da tale lettura sistematica P. Rescigno, il quale ribadisce la valenza precettiva dell'art. 32 Cost., e, dunque, della relativa tutela del diritto alla salute esclusivamente nei confronti dello Stato Apparato e dello

onnicomprendiva del danno non patrimoniale, che si colorava di diverse sfumature. Il rilievo di tale osservazione era di primaria importanza per la Corte di Cassazione, oberata di lavoro a causa di ricorsi insistenti basati su duplicazioni risarcitorie fondate sulle varieghe ipotesi di danno non patrimoniale. È nel 2008, dunque, che la disciplina dettata nel 2059 c.c. inizia a consolidarsi nelle vesti che assume tutt'oggi: una voce unica, declinata di molteplici sottocategorie in grado di porre in evidenza la sofferenza dell'animo umano: il danno morale, viene coadiuvato dal concetto di danno biologico e danno esistenziale. Tali voci rappresentano declinazioni distinte del danno non patrimoniale, profili differenti che sono idonei alla stregua a produrre una lesione interiore del danneggiato, è la stessa Corte di Cassazione che ne definisce la consistenza riconducendo al concetto di danno morale il cd. Patema d'animo transeunte, una sofferenza che non necessariamente deve manifestarsi esteriormente ma che affligge un soggetto a livello interiore. Il danno esistenziale, invece, rappresenta qualunque lesione che scaturisce da una violazione di precetto costituzionale, o

---

Stato Comunità, ma non come fondamento di protezione nelle relazioni interprivate dell'uomo, cfr. P. RESCIGNO, *Nuove prospettive di ricerca nello studio del danno alla salute* in *Resp. Civ. Prev.*, II, p. 195 ss.

<sup>311</sup> Cfr. *ex multis*, P. ZIVIZ, *Alla scoperta del danno esistenziale* in *Contr. Impr.*, 1994, p. 845 ss. Si tenga, inoltre, in dovuta considerazione come fondamentale momento di approfondimento, relativo all'autonomia del concetto di danno esistenziale, il Convegno svoltosi a Trieste presso la Facoltà di Economia nel novembre del 1998 da cui sono scaturiti notevoli contributi dottrinali, *ex multis*, P. G. MONATERI, *Alle soglie di una nuova categoria risarcitoria: il danno esistenziale* in *Danno Resp.*, 1999, p. 5 ss.; G. PEDRAZZI, *Il danno esistenziale: Trieste 13-14 novembre 1998* in *Danno Resp.*, 1999, p. 348 ss.; G. PONZANELLI, *Limiti del danno esistenziale: postfazione al convegno triestino* in *Danno Resp.*, 1999, p. 360 ss.; nonché P. CENDON E P. ZIVIZ, *Il danno esistenziale*, Milano, 2000.

<sup>312</sup> Per ulteriori approfondimenti in relazione alla evoluzione del concetto di danno morale, *ex multis*, cfr. G. BONILINI, *Danno morale* in *Digesto civ.*, vol. V, Torino, 1989, p. 83 ss.; per un *excursus* storico, R. VITANZA, *Brevi note sul danno morale* in *Nuovo Dir.*, 1981, p. 363 ss.; U. BIONDI, *Danno morale: tre diverse componenti per un equo risarcimento del danno alla persona* in *Riv. giur. circolaz. e trasp.*, 1989, p. 589 ss.; GRAPPIOLO R., *Criteri di quantificazione del danno morale* in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1989, II, p. 224 ss.; M. FRANZONI, *Danno Morale* in *Contr. Impr.*, 1990, 307 p. ss.; P. FORCHIELLI, *Danno morale e danno biologico* in *Riv. Dir. Civ.*, 1990, II, p. 17 ss.

piú semplicemente da una posizione giuridicamente rilevante e tutelata, in grado di condizionare in maniera significativa la quotidianità e che si manifesta in una alterazione del fare non reddituale: ciò, a ben vedere, implica il passaggio di tale pregiudizio dall'idea di danno – evento a quella di danno – conseguenza.

Infine, viene ribadito la consistenza del danno biologico, quest'ultimo probabilmente il piú pragmaticamente valutabile e quantificabile, che si palesa in una lesione psico-fisica del soggetto interessato e che oscilla tra il pregiudizio meramente biologico e quello psico-mentale.

#### **4.2.1. PROFILI FUNZIONALI DEL DANNO NON PATRIMONIALE.**

Da quanto sinora osservato è intuibile la problematicità della fattispecie del danno non patrimoniale, la cui evanescente consistenza ontologica va di pari passo con la complessa individuazione della funzione a cui assolve, certamente distante dall'idea meramente compensativa, non foss'altro che per la incommensurabile fluttuanza del profilo di liquidazione e quantificazione.

L'analisi del danno non patrimoniale si presenta estremamente interessante proprio in relazione alla derogatoria *ratio* sottesa a tale di tale istituto che pone in luce la componente di raccordo tra il diritto civile e il diritto penale che, peraltro, originariamente il legislatore fascista aveva gli attribuito. Secondo Autorevole impostazione, invero, la fattispecie disciplinata all'art. 2059 c.c., benché posta a chiusura della normativa che regola l'illecito aquiliano e il relativo risarcimento del danno, è protesa ad una funzione non squisitamente compensativa e ristorativa, ma racchiude in sé uno scopo anche punitivo.<sup>313</sup> In

---

<sup>313</sup> *Ex multis*, proprio in relazione alla implicita riconducibilità del danno non patrimoniale ad una dimensione non meramente ristorativa, cfr., G. MIOTTO, *La funzione del risarcimento dei danni non patrimoniali nel sistema della responsabilità civile* in Resp. Civ. Prev., 2008, I, p. 188 ss.; F. QUARTA, *Una proposta di rilettura dell'art.*

tal senso va interpretato il pensiero di chi facendo leva sulla elasticità del criterio dell'equo apprezzamento del giudice in fase di liquidazione ravvede una serie di elementi e fattori interni a tale valutazione che poco conciliabili sono la il mero ripristino dello *status quo ante* a livello patrimoniale.<sup>314</sup> Il richiamo ad indici quali la gravità della condotta del danneggiante,<sup>315</sup> la posizione dei soggetti coinvolti nell'evento o ancora la considerazione del vantaggio e del profitto tratto dall'illecito rappresentano parametri che si palesano ultronei rispetto alla semplice quantificazione della lesione economica e che rivestono, dunque, un ruolo determinante a livello teorico e non solo pratico. Inoltre, non va trascurato anche un altro rilevante profilo di osservazione: manca in tale ipotesi di pregiudizio la possibilità di equiparare esattamente la perdita all'entità del risarcimento del danno, ciò in quanto l'istituto del danno non patrimoniale, che intacca la sfera della persona, implica una finalità satisfattiva della vittima, anche se ciò non è elemento dirimente.

Come autorevole dottrina<sup>316</sup> sostiene, infatti, il *discrimen* utile a distinguere un risarcimento compensativo da uno punitivo non va ravvisata esclusivamente nella overcompensazione che discende da un meccanismo di quantificazione riconducibile alla teoria differenziale:

---

2059 c.c. quale fonte di sanzione civile ultracompensativa, in R. DI RAIMO, M. FRANCESCA, A. C. NAZZARO (a cura di) *Percorsi di diritto civile. Studi 2009/2011*, Napoli, 2011, p. 301 ss.; A. PRINCIPATO, *Il danno non patrimoniale non biologico e la funzione, (non) meramente riparatoria, del risarcimento del danno* in Riv. it. Med. Leg., 2015, p. 1626 ss.

<sup>314</sup> P. PERLINGIERI, *L'art. 2059 c.c. uno e bino: una interpretazione che non convince* in Rass. Dir. Civ., III, 2003, p. 775 ss.

<sup>315</sup> Tale presupposto risulta a ben vedere estremamente contraddittorio: adoperare un simile criterio al fine di definire, non già il quantum risarcitorio, piuttosto come parametro di selezione della lesione che merita tutela rappresenta un punto di frizione se considerato all'interno della complessiva disciplina della responsabilità civile. L'intenzione perseguita dalla Giurisprudenza della Cassazione, infatti, era rappresentata dalla individuazione di un canone in grado di spiegare l'irrilevanza delle liti e lesioni bagattellari, eppure quanto emerge a posteriori è che la valutazione della gravità del danno e della condotta assumono una certa rilevanza nella valutazione della sussistenza dell'illecito *tout court*. In tal senso P. ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale. Evoluzione del sistema risarcitorio*, Milano, 2011, p. 379 ss.

<sup>316</sup> C. SALVI, *op. cit.*, p. 83 ss.

l'elemento che pone l'accento sulla *ratio* punitiva del danno non patrimoniale è ricollegabile alla valutazione della gravità dell'offesa e riprovevolezza della condotta dell'autore dell'illecito in fase di liquidazione.<sup>317</sup> L'idoneità di tale giudizio ad interferire con la quantificazione del danno rappresenta il *quid pluris* che attribuisce valenza distinta al pregiudizio alla persona e realisticamente la mancanza di un esatto parametro di liquidazione del danno non patrimoniale, a differenza di quanto sancito agli artt. 1223 cc. e ss. e richiamati in ambito extracontrattuale dall'art. 2056 c.c., implica il rinvio alla valutazione equitativa del giudice che non ha come punto di riferimento esclusivamente la lesione arrecata, bensì l'intero dispiegarsi dell'evento illecito. È, pertanto, doveroso aderire alla prospettiva che pone in evidenza le differenze ontologiche e quantitative che sussistono tra il danno patrimoniale e quello non patrimoniale, soprattutto in ragione dell'ormai pacifica adesione alla concezione della molteplicità di imputazione dell'illecito, non più asservito alla sola colpa.

L'evoluzione del concetto di danno non patrimoniale procede in parallelo con il mutamento della prospettiva funzionale relativa al dettame disciplinato in chiusura del libro IV del codice civile: il problema della quantificazione del pregiudizio ha rappresentato motivo di grandi speculazioni, mancando, infatti, una cifra esatta da compensare lo scopo meramente ristorativo risultava fortemente frustrato e quindi prese il largo l'idea che il danno non patrimoniale avesse una funzione a mezza via tra il risarcimento e la pena.<sup>318</sup> È bene

---

<sup>317</sup> Si tenga in considerazione anche quanto affermato dalla giurisprudenza di legittimità in occasione della sent. Della Corte Cass., III Sez. Civ., del 22 gennaio 2015 n.1126 in *Danno Resp.*, 2015, V, p. 511 con nota di F. QUARTA, *Diritti inviolabili, gravità dell'offesa e rimedi civilistici*.

<sup>318</sup> Tale prospettiva viene schematicamente elaborata da D'Adda, il quale pone l'accento sulla difficile convivenza tra le teorie di quantificazione del danno e il nucleo funzionale del pregiudizio non patrimoniale: l'evanescenza del concetto del pregiudizio alla persona, infatti, rappresenta il principale ostacolo ad un approccio squisitamente compensativo del risarcimento del danno morale. Il rinvio a formule in grado di non parametrare esattamente la perdita subita hanno rappresentato uno stimolo alla ricerca di una consistenza funzionale differente, idonea a spiegare anche il difficile dialogo con la valutazione equitativa. Come affermato dall'Autore si può intravedere una continuità normativa nel danno patrimoniale ed in quello non patrimoniale,

contestualizzare l'*iter* evolutivo incentrato sulla funzione del pregiudizio non patrimoniale facendo riferimento a tre distinte impostazioni che talvolta si sono succedute e talaltra hanno convissuto cronologicamente, alimentando un fervente dibattito. L'ampia definizione di danno che secondo il Codice Pisanelli in astratto poteva comprendere ogni forma di pregiudizio arrecato al soggetto offeso, riguardante la sua sfera patrimoniale ma anche personale, fu ben presto arginata dalla giurisprudenza che ravvisava l'evanescenza del concetto come una minaccia alla catalogazione che solitamente si ricerca in caso di risarcimento del danno: l'ostacolo maggiormente rilevante era rappresentato dal fatto che la teoria differenziale che andava consolidandosi nell'epoca di fine ottocento, poco si attagliava con la generica consistenza del pregiudizio alla persona, difficile da quantificare.

L'incontrovertibile appoggio, però, garantito dal legislatore che in ben due disposizioni dell'epoca fascista richiama il concetto di danno non patrimoniale, dapprima nel codice Rocco del 1930, in cui prevede l'art. 185 c.p. che impone all'autore del reato il risarcimento del danno morale del soggetto leso; e successivamente nella tipizzata disciplina sul danno non patrimoniale all'art. 2059 c.c., che prevede una fattispecie tipica e ermetica di danno alla persona. In considerazione della volontà manifestata dal legislatore anche la dottrina cerca di riconoscere una certa valenza dogmatica al danno non patrimoniale, riportandolo negli schemi propri della *Differenztheorie* e coniando l'equazione danno morale- *pretium doloris*. In tal modo, sembra che anche il pregiudizio alla persona possa essere quantificato, in ragione

---

che va ravvisata nella *ratio* ristorativa, che però, assume al contempo sfumature diverse: la mancata esatta definizione del *quantum*, inizialmente usata come schermo per consentire una limitazione alla sola compensazione del danno patrimoniale, diviene ragione per verificare la sussistenza di ultronei fini e finalità riconducibili alla lesione della persona. L'avvento della Costituzione, inoltre, non consente più una limitazione stringente al danno non patrimoniale che, per tale ragione, entra a pieno diritto tra le forme di pregiudizio risarcibile. Per ulteriori approfondimenti cfr. A. D'ADDA, *Le funzioni del risarcimento del danno non patrimoniale* in S. Patti (diretto da), S. Della Monaca (a cura di), *Responsabilità civile. Danno non patrimoniale*, Torino, 2010, p. 115 ss.

del patema vissuto dal soggetto leso dall'illecito, che dopo le sentenze del 2003 diviene rilevante sia se civile che penale.

La teoria ristorativa, però, sembra mortificare le differenze ontologiche che sussistono tra il danno economico e quello non patrimoniale, peculiarità, invece, ben sottolineate da coloro i quali aderivano alla visione satisfattiva del danno non patrimoniale, la cui *ratio* andava ricercata sia nella funzione compensativa del risarcimento del danno, a cui si ricollegava il concetto di *pretium doloris* e, dunque, liquidazione di un ammontare preciso; ma anche una valenza squisitamente punitiva che andava a ricollegarsi e parametrarsi alla condotta dell'agente, al disvalore della stessa e alla componente psicologica che ne aveva caratterizzato l'azione materiale. Tale impostazione mista e particolarmente bilanciata,<sup>319</sup> al punto da essere ancora oggi quella maggiormente condivisa, ad un certo punto viene reinterpretata completamente da Autorevole dottrina<sup>320</sup> che ravvede nel danno non

---

<sup>319</sup> A tale prospettiva è riconducibile, *ex multis*, la teoria di A. Cataudella, il quale afferma che la liquidazione del danno non patrimoniale sofferto dal soggetto leso "soddisfa" quest'ultimo in una duplice maniera, garantendo strumenti che sollevano la vittima dal dolore e, al contempo, assicurando che l'autore dell'illecito non resti impunito, ma anzi dando conferma del suo diritto. Secondo quanto, inoltre, affermato da tale Autore nel delineare l'istituto del danno non patrimoniale non si può trascendere dalla connessione che sussiste tra il profilo della pena e quello della soddisfazione, temperamento che emerge con vigore quando consente di graduare la liquidazione del pregiudizio tenendo conto delle ultronee sanzioni a cui va incontro il danneggiante e soprattutto, non trascurando la componente psicologica della condotta illecita, elemento indiziante per graduare anche il *quantum* da risarcire. Tale considerazione, però, non deve mai sfociare in una idea di risarcimento come pena che, proprio nel rispetto del rinvio effettuato dal codice penale all'art. 185, pone in evidenza che una sanzione criminale è già prevista ed attuata, avente una funzione distinta da quella attribuita al regime del diritto civile. Cfr. A. CATAUDELLA, *La tutela civile della vita privata*, Milano, 1972, p. 68 ss.

<sup>320</sup> Il richiamo è al pensiero di G. Bonilini, da sempre fermamente convinto che il danno non patrimoniale rappresenti la più remota ipotesi di pena privata. L'*iter* descrittivo che l'Autore propone si presenta estremamente interessante: secondo tale prospettiva l'adesione alla teoria satisfattiva, infatti, rappresenta l'ennesimo passaggio valutativo dai confini troppo elastici e labili per poter imbrigliare il concetto di danno alla persona, di per sé connotato da un contenuto evanescente. L'idea che la funzione sottesa al risarcimento del danno morale abbia lo scopo di soddisfare i piaceri del soggetto leso che si ritrova sollevato dalle sue sofferenze

patrimoniale una manifestazione di pena privata, insinuando nella disciplina risarcitoria una forte componente sanzionatoria nonché punitiva, dallo scopo ben distante dal ripristino dello *status quo*. Secondo tale opinione, il risarcimento del danno puramente inteso, si palesa solo nelle ipotesi di lesione della sfera patrimoniale, idonea ad essere riparata e restaurata sulla base di una esatta valutazione delle perdite e dei vantaggi<sup>321</sup> conseguenti all'illecito; in caso di lesione alla sfera personale il solo elemento da considerare è la condotta dell'agente, in grado di pregiudicare la sfera giuridica altrui, assumendo ben poco valore la pragmatica consistenza del pregiudizio. Corollari di tale teoria sono la sussistenza di un danno non patrimoniale riconducibile alla categoria del danno-evento: non parametrando sulla lesione procurata, il solo punto di riferimento è la condotta dell'aggressore che, posta in essere, e a prescindere dalla sua inidoneità ad intaccare l'altrui sfera giuridica, implica l'insorgere del pregiudizio. In secondo luogo, l'adesione ad una simile prospettiva implica il totale svincolo dalla verifica della lesione palesata nella sfera giuridica del leso, prendendo in considerazione

---

grazie ad una compensazione che tiene in dovuto conto la condotta del danneggiante implica, in ogni caso, il rinvio ad un parametro soggettivo (la soddisfazione del leso), autonomamente inidoneo a oggettivizzare il pregiudizio non patrimoniale. Da ciò la conseguenza appare immediata: la responsabilità per danno non patrimoniale assume un sapore afflittivo, da cui deriva una pena, nella misura in cui la violazione di un divieto o un dovere fa sorgere la soggezione ad una conseguenza sfavorevole nella sfera giuridica dell'agente, il cui contenuto non deve necessariamente essere economico, ma sicuramente riveste un profilo squisitamente economico. Ovviamente va osservato che la pena privata riveste un ruolo ibrido tra funzione civile e funzione penale, ciò in quanto è permeata da un fine non solo riparativo, proprio dell'universo privatistico, ma principalmente preventivo e afflittivo, connotazione questa ricorrente nel settore penale. Proprio in un'ottica di commistione si giustifica, inoltre, il ruolo preponderante attribuito alla colpa e alla sua valutazione, che palesa lo scopo retributivo e preventivo, in comune con il settore criminale. Per ulteriori approfondimenti, G. BONILINI, *Pena privata e danno non patrimoniale* in F. D. Busnelli e G. Scalfi, (a cura di) *Le pene private*, Milano, 1985.

<sup>321</sup> Non va, infatti, trascurata l'opinione di chi contempla l'interferenza della responsabilità civile con l'istituto della *compensatio lucri cum damno*, facendo rilevare in sede di quantificazione non solo le perdite scaturenti dall'illecito ma anche i vantaggi che dallo stesso derivano. La bontà di tale istituto appare ancora oggi discussa e da ultimo è stata oggetto di valutazione da parte della Cassazione a Sez. Unite che nell'estate 2016 hanno ridisegnato i confini dell'istituto, arginandolo in paletti forse troppo stretti per poter consentire una vera e propria applicazione nel campo processuale.



la sola valutazione dell'*agere* del danneggiante. Infine, ulteriore conseguenza è rappresentata dall'assoluta discrezionalità che ne deriva in capo all'interprete del diritto, compreso il giudice, non imbrigliato in alcun parametro legislativo.

Tale visione, va ricordato, ha vissuto vita breve: la giurisprudenza maggioritaria della Corte di Cassazione, espressasi a gran voce nel 2008, ribadisce la necessità di provare il danno, anche con l'ausilio della mera allegazione, da ciò inequivocabilmente discende il rinvio al concetto di danno conseguenza, e il ripudio del mero danno evento, di cui il danno morale come pena privata ne rappresenta un eccezionale esempio.

## **5. DANNO AQUILIANO, PENE PRIVATE E PENE PENALI.**

Al fine investigare correttamente le funzioni sottese all'istituto del risarcimento del danno e più a monte alla responsabilità civile, non può prescindere dall'analisi comparativa con altri istituti giuridici che spesso sono indebitamente sovrapposti, come le pene private e le pene appartenenti all'universo penalistico.

Il concetto di pena privata va analizzata preliminarmente nel suo rapporto di genere a specie con la categoria delle sanzioni giuridiche:<sup>322</sup> invero, essa, poco considerata, o meglio, vista con diffidenza da dottrina e legislatore fino agli albori degli anni '80 rappresenta una sanzione alternativa ai rimedi risarcitori e restitutori,<sup>323</sup> non condividendo con questi né la

---

<sup>322</sup> Il Concetto di sanzione giuridica viene tradotta come punizione alla violazione di un obbligo a cui l'ordinamento attribuisce valore, e a seconda del tipo di mancata osservanza, vanno distinte le ipotesi di sanzione reintegratoria a cui si contrappone una norma che prevede un mero onere, e quelle di sanzione punitiva, che discendono dalla violazione di norme di obbligo, la cui stringente imposizione si manifesta proprio nella fase patologica, implicando l'insorgere di una pena afflittiva. Cfr. T. PADOVANI, *Lectio brevis sulla sanzione in Le pene private* (a cura di) F. D. Busnelli e G. Scalfi, 1985, p. 55 ss.

<sup>323</sup> Giova, a tal proposito, prendere in prestito quanto affermato da Autorevole dottrina: la pena privata, rappresenta una forma autonoma di regolamentazione dell'accordo negoziale, la ontologica essenza pattizia, il

*ratio* né la finalità. A ben vedere, infatti, nelle fattispecie di pena privata il soggetto destinatario della stessa viene penalizzato in relazione ad un bene o diritto distinto da quello che è stato oggetto dell'offesa, con cui non ha alcun rapporto funzionale.<sup>324</sup> La peculiarità delle pene private è riconducibile, inoltre, alla imponente componente preventiva che ne definisce lo scopo, nella duplice forma generale e speciale. È solo verso la fine del XX secolo che le pene private ritornano al centro del dibattito dottrinale e ciò per ragioni sia interne che esterne, come l'inflazione della punizione penale<sup>325</sup> e la insufficienza del ristoro meramente compensativo in occasione di danno alla persona. Le sanzioni civili non rappresentano un fenomeno unico nell'ordinamento, che contempla anche ipotesi di sanzioni penali e amministrative, anche se la triplice distinzione in pene convenzionali, legali e giudiziali è di

---

cui fondamento giuridico è riconducibile pacificamente all'art. 1321 c.c., implica il necessario richiamo e la imprescindibile presenza di una componente esclusivamente patrimoniale. L'inopportunità di sanzioni private di stampo morale o limitativo della sfera giuridica del destinatario rappresentano un corollario di una lettura sistematica della disciplina contrattuale a cui afferiscono il concetto di patrimonialità della prestazione e, soprattutto, dell'indisponibilità di alcuni diritti di cui l'uomo è detentore. Inoltre, proprio partendo da tali valutazioni, va certamente ricordato che alla stregua la capacità autolimitativa che discende dalla sottoscrizione di un regolamento che prevede una qualunque forma di pena privata implica la non necessaria produzione di un danno, che, invece, rappresenta il più rilevante elemento costitutivo dell'illecito civile. Da ciò può desumersi una totale distinzione dei campi applicativi dei due rimedi, quello risarcitorio e quello sanzionatorio, che, talvolta sfiorandosi, restano autonomi l'uno dall'altro. Cfr. F. GALGANO, *Regolamenti contrattuali e pene private* in *Contr. Impr.*, 2001, p. 509 ss.

<sup>324</sup> In tal senso cfr. G. PONZANELLI, *Voce Pena Privata* in *Enc. Giur. Treccani*, XXIII, Roma, 1999, che delinea il concetto di pena privata ponendo in evidenza la differenza che tale istituto del diritto civile presenta rispetto ai rimedi di stampo risarcitorio e inibitorio. L'interesse che la pena privata desta è posto in relazione all'idoneità di quest'ultima a tutelare situazioni giuridiche che altrimenti non sarebbero protetti in maniera adeguata da norme di settore, almeno secondo il giudizio dei privati che ricorrono all'istituto convenzionale.

<sup>325</sup> Di cui esempio calzante è la normativa emanata in vista della depenalizzazione di molteplici ipotesi di reato nelle più miti fattispecie di illecito amministrativo, disciplina all'interno della L. 689 del 1981 per ulteriori approfondimenti cfr. M. P. CHITI, *Pene private e sanzioni amministrative* in F. D. Busnelli e G. Scalfi (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985, p. 81 ss.; ivi, C. GIAMMARINARO, *Sanzioni amministrative e cura dell'interesse pubblico nel settore valutario: spunti ricostruttivi*, p. 109 ss.

esclusivo appannaggio del settore civilistico.<sup>326</sup> Nella prima tipologia di pene private vanno annoverate le fattispecie di clausola penale, le varie forme di esercizio del potere disciplinare a livello endoassociativo, nonché le ipotesi proprie del settore lavoristico che si propongono come fine il riequilibrio del rapporto tra datore di lavoro e impiegato. Diverse le forme di sanzione civile legali e giudiziali, il cui *discrimen* è rappresentato dalla fonte di origine, nel primo caso prettamente normativa, nel secondo caso frutto di applicazioni legislative da parte del giudice.

Il richiamo a tale distinzione si rivela utile a fini speculativi, soprattutto in ragione di quella impostazione che ravvisa in tale ultima ipotesi una manifestazione particolarmente atteggiata del risarcimento del danno previsto ex art. 2059: merita a tal proposito un richiamo l'opinione dottrinale di chi, riconoscendo al danno non patrimoniale una natura funzionale esclusivamente punitiva,<sup>327</sup> ravvedeva nella liquidazione del pregiudizio alla persona una

---

<sup>326</sup> Autorevole dottrina sottolineava più di vent'anni fa come il concetto di pena privata abbia vissuto alterne vicende: l'interesse che coinvolgeva lo studioso di fine ottocento per tale istituto è quasi sparito con l'avvento del codice fascista che, però, a ben vedere, non sembra ripudiare il concetto *tout court*. La disciplina, infatti, che emerge dal testo legislativo del 1942 non prevede una vera e propria definizione di pena, bensì va a disciplinarne una ipotesi specifica, la clausola penale, per altro in maniera particolarmente atteggiata. Leggendo accuratamente l'art. 1384 c.c., e cercando di carpire l'*intentio legis* sottesa, affiora la volontà del legislatore che preferisce attribuire al giudice un potere di riduzione *ad aequitatem*, piuttosto che sanzionare la sproporzionata penale con la totale nullità della clausola. Tale previsione è interessante principalmente perché testimonia che il codice non rigetta l'istituto in sé, ma cerca solo di evitare che tale strumento si asservisca a totale interesse di una sola delle parti coinvolte nella negoziazione. Ciò lascia intendere che, tutto sommato, non è idea troppo bizzarra per il legislatore lasciare una funzione punitiva nelle mani dei privati, benché questi stessi siano fedeli ai principi di leale collaborazione, correttezza e buona fede che governano la disciplina contrattuale. Cfr. E. MOSCATI, *Pena privata e autonomia privata* in Riv. Dir. Civ., 1985, I, p. 511 ss.

<sup>327</sup> Di tale opinione è G. Bonilini, il quale, nel corso dell'analisi dell'istituto del danno non patrimoniale pone in evidenza come tale forma di lesione e pregiudizio, dai contorni difficilmente delineabili, lungi dal considerarsi una forma di risarcimento in seguito all'illecito, rappresenta un'ipotesi di pena privata. La connotazione rilevante della condotta colposa e la distanza che intercorre tra la funzione compensativa in caso di danno non patrimoniale e quella cd. Satisfattiva che regola il pregiudizio alla persona rendono chiaro, per

forma di pena privata giudiziale che aveva come fulcro imprescindibile la condotta del danneggiante e la componente soggettiva della stessa, colposa o dolosa che fosse.

Giova, in ogni caso, specificare che a qualunque impostazione si voglia fare riferimento nel novero delle sanzioni civili<sup>328</sup> *tout court* intese non vanno assolutamente ricondotte le forme di limitazione della libertà personale. Quest'ultima, invero, è attuata solo ed esclusivamente in caso di sanzione penale comminata nel rispetto della disciplina costituzionale e legislativa.<sup>329</sup> E proprio la inidoneità ad incidere sulla sfera personale del soggetto artefice

---

l'Autore, che si tratta di una pena privata, vista anche la compresenza del fattore retributivo e preventivo. Inoltre, a ben vedere, il richiamo al concetto di pena privata si presenta calzante con la fattispecie disciplinata all'art. 2059 c.c. che, non immediatamente quantificabile, può essere correttamente liquidata come sanzione per l'autore dell'illecito e beneficio per il soggetto danneggiato, che è destinato a soddisfarsi con una mera quantità di denaro. Cfr. G. BONILINI, *Pena privata a danno non patrimoniale* in F. D. BUSNELLI E G. SCALFI, MILANO (a cura di), *Le pene private*, 1985, p. 301 ss.

<sup>328</sup> Giova non trascurare che il concetto di pena privata va comunque tenuta distinta dalla più generica idea di sanzione punitiva civile, sussistendo tra tali due categorie una sottile differenza: entrambe hanno come fine la autolimitazione convenzionale dei soggetti e sono protese ad una tutela dello status quo, costituito dal rispetto delle direttive di condotta preliminarmente concordate. A ben vedere, però, il *discrimen* è riconducibile alla funzione punitiva e alla *ratio* che questa persegue nelle due distinte fattispecie: solitamente ricollegabili all'universo delle società intermedie, nella misura in cui trovano applicazione nei contesti societari ed associativi che devono, per forza di cose, autoregolamentarsi, le sanzioni civili sono asservite al contempo alla tutela di interessi privati e pubblici. Le pene private, invece, principalmente sono utilizzate come punizioni per coloro i quali non ottemperano agli impegni presi con la sottoscrizione del contratto *ab origine*. Infatti, mentre queste ultime sono interamente gestite dal privato, le sanzioni civili in senso stretto sono sollecitate dal privato ma imposte dall'autorità giudiziaria e hanno, per lo più, contenuto afflittivo patrimoniale, a sostegno della duplice natura che le caratterizza, a cavallo tra la tutela dell'interesse pubblico e privato. Cfr. M. FRANZONI, *Il nuovo corso del danno non patrimoniale* in Contr. Impr., 2003, p. 2010.

<sup>329</sup> Il diritto penale, invero, a differenza di quanto avviene nelle altre branche giuridiche soggiace ad una serie di limiti e vincoli che sono direttamente previsti dalla Carta costituzionale, essenzialmente in ragione della particolare delicatezza del settore e della idoneità delle sanzioni criminali ad incidere negativamente sulla sfera giuridica dei consociati. Al fine di evitare una incontrollata restrizione della libertà del reo da parte sia del legislatore che dell'autorità giudicante, nella Carta costituzionale sono state inserite dei dettami che sono sintetizzabili nel concetto di "legalità della pena" che si declina nei suoi 4 corollari: la riserva di legge, *ex art.*

del pregiudizio che distingue la pena civile da quella penale: tale ultima fattispecie, infatti, non ha, come le ipotesi precedentemente descritte un fine afflittivo, bensì una vera e propria afflizione.<sup>330</sup> La pena del sistema criminale ha una *ratio* diversa che è riconducibile al generico concetto di punizione che, però, si manifesta attraverso molteplici scopi, ognuno dei quali imprescindibile al fine di delineare l'odierno assetto sanzionatorio. Ovviamente,

---

25 Cost e 1 c.p. che implica la possibilità di essere condannati per un fatto che al momento della sua commissione era già considerato reato; il concetto di personalità della pena, ricollegabile all'art. 27 Cost. Secondo cui solo l'artefice del reato può essere imputato, attraverso il ripudio dell'autoria mediata, teorie di matrice tedesca; il principio di tassatività della legge penale, che implica la necessità di esplicita previsione di legge che definisca la condotta antigiuridica con precisione e determinatezza, al fine di edurre il consociato sulla liceità o meno di un comportamento; infine, la irretroattività della legge penale, che ha valore solo ed esclusivamente pro futuro, non potendo legiferare per il passato. Per ulteriori approfondimenti cfr. F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, Padova, 2015; G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto penale parte generale*, Torino, 2012.

<sup>330</sup> La notevole componente punitiva che pervade il concetto di pena nell'ambito criminale risulta temperata dalla concezione di un utilizzo della stessa solo in *extrema ratio*: i principi di legalità, di tassatività e la personalità della responsabilità penale fungono da protezione nei confronti del reo da parte del potere autoritativo del giudice, a ben vedere sempre imbrigliato dal rispetto dei principi costituzionali che tutelano la sfera giuridica dell'uomo. Non va, però, trascurata la notevole crisi in cui sprofonda il sistema parallelamente al riaffiorare della categoria delle pene private e delle sanzioni civili, che prepotentemente catalizzano l'attenzione del civilista nuovamente dagli anni '80 del secolo scorso. In tal senso un illustre giurista poneva l'attenzione sul fatto che, anche in seguito al fenomeno di depenalizzazione e di declassamento di talune condotte antigiuridiche al solo universo amministrativo, pone un problema di raccordo con le varie garanzie costituzionali che il legislatore espressamente prevede per il diritto penale ma che non sussistono nell'ambito civile e in quello amministrativo. Il problema sorge in un'ottica sistematica: se la diffusione di forme sempre più originali e distinte di pene civili prende il posto di talune ipotesi prima disciplinate nell'universo penalistico e se tali innovative letture degli strumenti privatistici sono in grado di far avvistare un mutamento di impostazione che riconduce alla responsabilità civile non più e non solo una funzione meramente riparatoria, ma anche una valenza latamente punitiva allora si finirebbe per privare il destinatario della sanzione di quelle garanzie costituzionali che invece riecheggiano fisiologicamente nel contesto penalistico. F. BRICOLA, *La riscoperta delle pene private nell'ottica del penalista* in F. D. BUSNELLIE G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, 1985, p. 27 ss.

andando ad incidere sulla libertà personale, tutelata *ex art.* 13 della Carta Costituzionale,<sup>331</sup> ogni forma di pena deve essere necessariamente incardinata su una norma costituzionale che ne giustifichi la comminazione e soprattutto che sia in grado di perseguire quanto previsto nell'originaria *intentio legis*. Almeno tre sono le funzioni riconducibili alla sanzione penale: la retribuzione, non idonea da sola a delineare un corretto assetto punitivo, la prevenzione generale e la prevenzione speciale.

Le teorie che orbitano intorno alla *ratio* retributiva<sup>332</sup> della pena si sono succedute in più manifestazioni: dapprima il criterio retributivo aveva una giustificazione squisitamente divina, nella misura in cui la sanzione veniva comminata in quanto la condotta posta in essere aveva violato un precetto riconducibile ad una norma superiore e religiosa, nel senso più ampio del termine. Ovviamente una simile prospettiva non si presentava idonea in senso

---

<sup>331</sup> Secondo Autorevole dottrina le differenze che sono ravvisabili tra le sanzioni penali e quelle che invece appartengono ad altri settori dell'ordinamento sono essenzialmente riconducibili "a profili di contenuto di struttura e di applicazione". A voler sintetizzare al massimo le peculiarità della pena penale non può prescindersi dall'idoneità della stessa ad incidere sulla libertà personale, nelle sue molteplici sfumature, quindi sia attraverso la vera e propria limitazione della libertà conseguente ad una sentenza di reclusione, sia attraverso la comminazione di sanzioni pecuniarie di un certo livello; ma soprattutto la consistenza formale della stessa: la sanzione è penale solo se espressamente prevista nel codice penale, nel novero delle pene principali o in quelle accessorie. Il ricorso in *extrema ratio* alla sanzione criminale deve porre in evidenza come il sistema generale non prediliga mezzi afflittivi, ma li riconosca e prevede solo qualora strettamente necessario al fine di tutelare i principi dell'ordinamento. Cfr. T. PADOVANI, *Lectio brevis sulla sanzione* in F. D. BUSNELLI E G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, 1985, p. 55 ss.

<sup>332</sup> L'idea di retribuzione che è sottesa alla sanzione penale implica una sorta di limite in capo sia al legislatore che all'autorità giudicante che ha come fine ultimo la ricerca di una proporzionalità tra la condotta posta in essere dal reo e la sanzione che a tale mancanza di disciplina succede. Nello specifico funge da limite alla prevenzione nella sua duplice componente, speciale e generale, in quanto è in grado di impedire che il reo finisca col diventare uno strumento di vera e propria deterrenza, nel caso di funzione preventiva generale, e evita, sotto il profilo della prevenzione speciale, che l'autore del fatto di reato venga bistrattato sotto il profilo umano, il che implicherebbe la mancanza del riconoscimento della componente rieducativa che nel XX secolo è stata attribuita alla pena, secondo il meccanismo binario. In tal senso, T. PADOVANI, *op. cit.*

generale e quindi fu ben presto sostituita da una idea di retribuzione morale, una definizione della pena criminale che tenesse in dovuta considerazione la repulsione del comportamento del reo in ossequio alla morale e al senso comune vigente al momento del fatto, ma anche tale visione risultava limitativa. Prende il sopravvenuto un'idea di retribuzione giuridica, basata cioè su dettami ordinamentali e statali di per sé sintesi di un insieme di valori e principi oggetto di tutela da parte dello Stato di diritto.

Eppure come accennato il mero scopo retributivo non è in grado da solo di definire le molteplici funzioni sottese alla pena criminale, e, infatti, complementare è in tale ottica il richiamo alla prevenzione, sia generale, cioè distogliere i consociati dalla commissione di fatti e atti socialmente dannosi, che speciale, che, invece riferita a soggetti determinati, ha come scopo ridurre la possibilità che chiunque abbia commesso un reato poi persista nella produzione di condotte illecite e anti giuridiche. Inutile dire che la simultanea presenza di una funzione preventiva in senso generale e speciale contribuisce molto a disegnare i contorni di una sanzione penale equilibrata, non delineata col solo fine di punire ma anche di rieducare e consentire una ricollocazione utile nella società anche nella fase di *post delictum*.<sup>333</sup>

Sulla base di quanto sinora affermato, emerge chiaramente la differenza che sussiste tra le pene in senso stretto intese e la sanzione risarcitoria, non protesa ad una punizione del soggetto agente ma focalizzata sulla situazione che succede all'illecito e che si ripercuote nella sfera del soggetto danneggiato, senza coinvolgere l'agente. Tale netta distinzione è fondamentale anche per comprendere che la quantificazione del risarcimento del danno non parte da criteri di valutazione che tengono conto della azione dannosa. Al contempo, inoltre, giova non trascurare che tale ragionamento incontra una vistosa deroga nella definizione e

---

<sup>333</sup> Giova, a tal proposito, richiamare la scelta effettuata dal legislatore fascista del codice Rocco che nel 1930 aderì ad un sistema binario, pena e misura di sicurezza, basato sulla definizione di imputabilità e di consapevolezza della condotta criminosa, presupposto quest'ultimo indefettibile affinché la sanzione sia comminata e compresa dal reo, il quale, in alternativa, risulta mero destinatario di misure di sicurezza che vanno a considerare preliminarmente la patologia che ne vizia i comportamenti e solo in un secondo momento la condotta posta in essere nel caso specifico.

liquidazione del danno non patrimoniale, nel corso del tempo per alcuni ipotesi ibrida e forma di pena civile.

## **6. LIQUIDAZIONE E TECNICHE DI VALUTAZIONE DEL *QUANTUM*.**

La disamina della disciplina relativa all'illecito civile non può che concludersi con l'individuazione dei canoni liquidativi del pregiudizio arrecato dal danneggiante, facendo attenzione alle categorie sinora individuate e alle funzioni che al risarcimento del danno solitamente si riconducono. Giova porre in evidenza, a tal proposito, che anche sotto questo profilo imprescindibile è la distinzione che sussiste tra il pregiudizio patrimoniale e quello non patrimoniale, che perseguendo fini diversi hanno metodi liquidativi diversi, senza trascurare che l'evanescente consistenza del danno non patrimoniale ha da sempre posto notevoli interrogativi in merito alla corretta identificazione del *quantum*.

Unica certezza che emerge dall'intero assetto della disciplina risarcitoria è rappresentata dal rinvio al concetto di risarcimento integrale del danno che sintetizza due profili, da un lato la necessità che la sfera giuridica del danneggiato sia ristorata nel suo più ampio significato, quindi sia in relazione al danno emergente arrecato che al lucro cessante che ne deriva; dall'altro attraverso il necessario rinvio al risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale, superando lo scetticismo che agli albori del secolo privilegiava il mero pregiudizio economico.

Il concetto di integrale riparazione va interpretato nella sua massima estensione: il soggetto danneggiato, secondo tale impostazione, deve essere ristorato, compensato e soddisfatto, è cioè necessario che vengano ammortizzati tutti gli effetti che sono succeduti all'illecito facendo in modo che le conseguenze pregiudizievoli si spostino dalla sfera giuridica del soggetto pregiudicato a quella del danneggiante, individuato attraverso un giudizio di responsabilità. Da ciò ne consegue che non è ammessa alcuna forma di arricchimento o



locupletazione maggiorata, il ristoro deve essere commisurato alla perdita subita, fermo restando alcune limitazioni espressamente previste.<sup>334</sup>

Sebbene la valenza del principio di integrale riparazione sia emblema della funzione compensativa che nel nostro ordinamento è riservata all'istituto del risarcimento del danno, giova ricordare che una parte della dottrina<sup>335</sup> solleva dubbi sulla corretta applicazione dello stesso e soprattutto sulla sua valenza costituzionale. Secondo tale prospettiva, infatti, l'idea che il danneggiante sia *ab origine* consapevole che in seguito ad un'eventuale condotta illecita sorge un'obbligazione risarcitoria che non va oltre il materiale pregiudizio arrecato, senza sfociare in elargizioni maggiorate, implica il prodursi di un effetto negativo sulla componente di deterrenza che, sebbene in minima parte, sussiste nella disciplina della responsabilità.

La dichiarata finalità meramente compensativa, per usare altri termini, rischia di inficiare la funzione latamente deterrente che l'istituto del risarcimento persegue, non come fine principale, ma come scopo correlato e contingente: presenza quella che risarcimento che, in ogni caso, è in grado di differenziare l'ambito della responsabilità civile da quello della sicurezza sociale, in cui, invece, è presente un mero onere indennitario in capo allo stato.

---

<sup>334</sup> Il principio della integrale riparazione del danno è vigente sia nel contesto nazionale che in quello internazionale, attraverso i rinvii e le discipline raccolte nella Convenzione di Vienna del 1980 e nei Principi *Unidroit*. La *full compensation* implica una corretta e misurata liquidazione del danno che non deve protendere a forme di *undercompensation*, ma neanche comportare *overcompensation*, e, quindi, ingiustificato arricchimento. Da ciò discendono una serie di limitazioni espressamente previste dal legislatore, per altro, che sembra voler ribadire la *ratio* compensativa sottesa al risarcimento del danno, tra cui affiorano: il danno imprevedibile; il danno evitabile; il danno prodotto o accresciuto dalla condotta del danneggiante; il danno che si sarebbe ugualmente verificato, anche in assenza dell'evento illecito; e, infine, il danno già risarcito da terzi, la cui duplicazione implicherebbe il mero arricchimento del soggetto leso, già compensato. Cfr. F. BONELLI, *Il risarcimento dei danni nei principi Unidroit, nella convenzione di Vienna del 1980 e nel diritto italiano* in Studi in onore di Giorgio De Nova, I, Milano, 2015, p. 353 ss.

<sup>335</sup> Cfr. G. PONZANELLI, *La irrilevanza costituzionale del principio di integrale riparazione del danno* in M. BUSSANI (a cura di), *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 67 ss.

A sostegno di tale prospettiva, inoltre, soccorre una norma del codice civile, l'art. 1229, che attraverso una lettura a contrario sembra legittimare ipotesi derogatorie a tale principio, senza incappare in alcuna dichiarazione di incostituzionalità, da cui può desumersi, con una litote, che l'integrale riparazione del danno non rappresenta un valore di rilievo costituzionale.<sup>336</sup>

### **6.1. IL DANNO EMERGENTE E IL LUCRO CESSANTE NEL DANNO PATRIMONIALE.**

A ben vedere, il profilo della liquidazione del danno patrimoniale non sembra porre particolari problemi, ciò in considerazione del fatto che il legislatore ha tipizzato esplicitamente i parametri e l'*iter* da seguire. Il rinvio all'interno del dettame *ex* 1223 c.c., infatti, ai due concetti di perdita subita e mancato guadagno, rilevanti giuridicamente solo qualora si presentino come conseguenza immediata e diretta dell'illecito, implica una ben precisa volontà legislativa che non lascia adito a particolari interpretazioni.

Sebbene il dettame in questione sia inserito all'interno della disciplina del risarcimento per inadempimento, più genericamente riconducibile all'ambito contrattuale, la clausola di rinvio racchiusa nell'art. 2056 c.c. ne comporta l'estensione anche alle ipotesi di danno causato in assenza di un vincolo negoziale, quindi in ipotesi di responsabilità da illecito civile, ma con alcune ragionevoli deroghe.

Secondo quanto previsto in ambito extracontrattuale, si estendono analogicamente i dettami previsti agli artt. 1223, 1226 e 1227 c.c., fermo restando il giudizio valutativo che caratterizza

---

<sup>336</sup> Invero, secondo il ragionamento portato avanti da G. Ponzanelli, l'art. 1229 c.c. sarebbe la chiara ammissione della mancanza di rilievo costituzionale del principio di integrale riparazione del danno: l'idea che il legislatore possa prevedere ipotesi in cui la colpa grave o il dolo siano deroghe al regime della responsabilità o, ancora, che si possano prevedere nell'ambito di accordi negoziali clausole limitative o che esonerano dalla responsabilità, implica la non intangibilità del principio di *full compensation*. In caso contrario tali forme eccezionali sarebbe considerate incostituzionali, fattispecie che più volte la Corte Costituzionale ha escluso espressamente. Cfr. G. PONZANELLI, *ult. Op. cit.*, p. 74.

la liquidazione del parametro del lucro cessante, fissato di volta in volta dal giudice. Ciò implica che come sostenuto da Autorevole dottrina il giudice nella fase di quantificazione del lucro cessante non può rifarsi a categorie generiche, ma in ossequio al secondo comma valutando gli specifici profili del caso concreto.<sup>337</sup> Il mancato richiamo all'art. 1225 c.c. va certamente ricondotto alla mancanza di prevedibilità delle conseguenze dell'inadempimento in ambito aquiliano, in cui l'assenza di un vincolo contrattuale e l'indeterminatezza dei soggetti coinvolti rappresentano le peculiarità principali.<sup>338</sup> Mentre il doveroso rinvio all'art. 1227 c.c. e al concorso di colpa del danneggiato (creditore) va esteso alla disciplina extracontrattuale,<sup>339</sup> anche nella sua peculiare manifestazione della *compensatio lucri cum damno*, che va ad influire notevolmente sulla liquidazione dell'obbligazione risarcitoria, laddove ammessa. Giova, preliminarmente, porre in evidenza però che l'equazione danno

---

<sup>337</sup> Cfr. F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, 2009, Padova, p. 307 ss.

<sup>338</sup> Pone l'accento sull'elemento della prevedibilità come distinzione tra responsabilità contrattuale e aquiliana anche C. TURCO, *Brevi considerazioni sul principio di prevedibilità del danno come profilo distintivo tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale* in Riv. Crit. Dir. Priv., 1987, I, p. 93 ss., il quale sottolinea che tale discrimen assume una veste solo formale trovando l'art. 1225 c.c. il suo naturale appiglio nel vincolo contrattuale che ingabbia il singolo contraente alla previsione delle conseguenze di taluni comportamenti. Inoltre, il medesimo profilo, come punto discretivo delle relative discipline, è sottolineato, più recentemente da M. BARCELLONA, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale: dalle dogmatiche alle rationes dei rispettivi* in Riv. Crit. Dir. Priv., 2015, III, p. 335 ss.

<sup>339</sup> Giova ricordare che Autorevole dottrina ricollegava gli effetti del dettame di cui all'art. 1227 c.c. alla disciplina del nesso di causalità che si altera in due ipotesi specifiche: in caso di concorso del debitore (danneggiato in caso di disciplina extracontrattuale) e in caso di interruzione del nesso causale di natura omissiva. È importante porre in evidenza che l'art. 1227 è da sempre stato al centro di un dibattito che si interrogava sulla reale funzione assolta da tale precetto, per taluno in grado di definire le dinamiche eziologiche del fatto illecito, per talaltro, mero parametro valutativo e limitativo del risarcimento del danno. Cfr. a tal proposito V. MARICONDA, *Art. 1227, secondo comma, c.c. e rapporto di causalità - Il commento* in Corr. Giur., 1990, VII, p. 717 ss.

emergente- danno presente e lucro cessante- danno futuro<sup>340</sup> non è sempre calzante e spesso tale classificazione si presenta in maniera diversa nella realtà materiale.

Secondo quanto pacificamente affermato il concetto di danno emergente riguarda il pregiudizio che si ripercuote su beni, utilità e diritti già esistenti nel patrimonio del soggetto leso al momento del compimento dell'illecito, sia esse contrattuale o extracontrattuale, si pensi alle spese mediche affrontate o alla vera e propria lesione consumata.<sup>341</sup> Non va trascurata, in ogni caso, la fallacia della distinzione meramente cronologica: l'idea che il danno emergente sia il pregiudizio contestuale alla condotta illecita è infatti un'osservazione a dir poco imprecisa, basti pensare alle spese mediche future che, benché non si presentino come temporalmente contemporanee, non possono essere ricondotte al concetto ben distinto di lucro cessante.

Il lucro cessante, infatti, rappresenta il mancato guadagno, o meglio comporta la non alterazione del patrimonio del soggetto leso al momento del fatto illecito, lasciando quindi intatta la sfera giuridica *tout court* di quest'ultimo, ma spiega i suoi effetti in una prospettiva futura, comportando la mancata acquisizione di utilità e la non implementazione del

---

<sup>340</sup> Invero, la distinzione tra l'una e l'altra componente del danno risarcibile se intuitivamente sembrano riecheggiare la dicotomia danno presente e danno futuro, sono voci ben distinte: il profilo cronologico della lesione va ad individuare il danno presente o futuro, il primo è quello che si perfeziona in conseguenza immediata dell'illecito, il secondo che è quello che non intacca *ab origine* la sfera del soggetto leso, ma spiega i suoi effetti solo successivamente. Il fatto che notoriamente il danno emergente sia contestuale all'evento e il lucro cessante si consolidi successivamente, ha da sempre contribuito a generare una certa confusione. Va ricordato, però, che i punti di riferimento per valutare il momento di riferimento sono differenti: la dicotomia danno presente- danno futuro ha come punto di riferimento il giudizio, e, pertanto, la procedura di liquidazione del pregiudizio stesso. L'alternativa, invece, danno emergente- lucro cessante, ha come indice cronologico il momento dell'illecito e quindi il fatto lesivo. Da ciò si desume che ben può esistere un danno emergente, come le spese mediche susseguenti ad un sinistro stradale, che però vanno pagate dopo svariato tempo, senza rappresentare una voce di lucro cessante. Per ulteriori approfondimenti F. ZAULI, *Riduzione della capacità di lavoro specifica e danno da lucro cessante* in Resp. Civ., 2, 2010, p. 121 ss.

<sup>341</sup> Cfr. R. ANNARATONE, *Il danno emergente* in (P. Cendon) *La prova e il quantum*, Milano, 2014.

patrimonio come avverrebbe in caso di regolare decorso causale in cui non vi sia stato alcun evento antiggiuridico. Se ne desume la “violazione di un diritto non ancora maturato”<sup>342</sup> il cui risarcimento va a sopperire il mancato arricchimento che da questo derivava, e la cui quantificazione va effettuata tenendo conto del parametro della certezza con cui l’ampliamento patrimoniale si sarebbe concretamente realizzato.

Differenza basilare tra queste due componenti del danno risarcibile sta nel fatto che il lucro cessante, a ben vedere, non entrerà mai più a far parte della sfera giuridica del soggetto leso, se non nella sua forma di risarcimento del danno,<sup>343</sup> chiaramente qualora sia accertata e dimostrata la sussistenza di un nesso causale tra l’evento e la perdita futura a cui si va incontro. Inoltre, il concetto di perdita subita non è strettamente legata al bene materiale che viene intaccato o al diritto leso ma comprende anche una serie di eventuali voci che sono direttamente collegabili all’evento, come avviene in caso di spese da affrontare o anche in caso di perdita di utilità, che si verifica qualora il bene materiale sia temporaneamente sottratto alla disponibilità del proprietario leso (come avviene in caso di cd. Fermo amministrativo), o ancora in casi di spese di riparazione.<sup>344</sup>

A ben vedere, all’interno di tale distinzione netta vi è un’ipotesi che rappresenta un ibrido, ricollegabile al danno da perdita di *chance*, che rappresenta “la perdita di un vantaggio probabile”<sup>345</sup>, il che sembra richiamare i connotati peculiari della nozione di lucro cessante, anche se va distinta da quest’ultima in quanto manca la effettiva contezza che l’assenza dell’illecito avrebbe certamente implicato l’ampliamento del patrimonio del soggetto leso. In altre parole: la distinzione che sussiste tra lucro cessante e perdita di *chance* sembra

---

<sup>342</sup> M. SELLA, *Il lucro cessante* in (P. Cendon) *La prova e il quantum*, Milano, 2014, p. 43.

<sup>343</sup> F. ZAULI, *op. cit.*, p. 123.

<sup>344</sup> Per ulteriori approfondimenti, cfr. F. MASTROPAOLO, *Voce Danno, III, Risarcimento del danno* in Enc. Giur. Treccani, Milano, X, 1988, p. 9.

<sup>345</sup> F. MASTROPAOLO, *op. cit.*

riconducibile ad una distinta forza dell'aspettativa del risultato, rispettivamente di diritto e di fatto.<sup>346</sup>

Tale diversità si palesa ancora di più sotto il profilo probatorio: al fine, infatti, di provare il mancato guadagno conseguente all'illecito è sufficiente che il danneggiato fornisca gli elementi costitutivi del fatto, gravando la prova dei fatti impeditivi sul danneggiante. In caso, invece, di perdita di *chance* il procedimento probatorio è differente, poiché, come anticipato non sussiste la certezza che qualora non fosse avvenuto l'illecito si sarebbe prodotto l'incremento del patrimonio, ben potendo l'arricchimento essere impedito dal sopravvenire di innumerevoli e ultronei fattori. Da ciò discende che sebbene il danneggiato possa in astratto allegare i presupposti costitutivi non sempre è possibile che il presunto danneggiante possa provare la mancanza di causalità con quelli estintivi.

Emerge proprio nella fase dell'analisi delle differenze probatorie quanto, a ben vedere, la perdita di *chance* sia più vicina al concetto di danno emergente che di lucro cessante, ciò in considerazione del fatto che la chance si manifesta come probabilità di guadagno, più o meno elevata, in relazione ad un bene presente, che esiste nel patrimonio del danneggiato e che per tale ragione sembra, più che un lucro cessante, un danno futuro di per sé non incompatibile con il concetto di danno emergente.

Minimo comune denominatore, invece, è rappresentato dalla fonte di tale aspettativa: a differenza del danno emergente, infatti, sia nel lucro cessante che in caso di perdita di chance il parametro di verifica della eventuale posizione giuridicamente rilevante è per il soggetto, presunto leso, la verifica della sussistenza della condotta illecita, e, quindi, va preso in considerazione l'ingiustizia del danno che ne deriva.

---

<sup>346</sup> Tale osservazione è riconducibile a quanto affermato quasi 50 anni fa F. D. BUSNELLI, *Perdita di una chance e risarcimento del danno* in Foro it., 1965, IV, p. 47 ss.

## 6.2. IL PARAMETRO EQUITATIVO DEL DANNO NON PATRIMONIALE.

Il meccanismo liquidatorio del danno non patrimoniale, da Autorevole dottrina considerato un “anarchico” utilizzo delle regole di responsabilità,<sup>347</sup> rappresenta da sempre focolaio di grandi dibattiti,<sup>348</sup> dapprima in relazione all’individuazione dei confini entro cui il pregiudizio regolato *ex art. 2059 c.c.* poteva essere risarcito, e successivamente in merito ai criteri di quantificazione idonei a soddisfare le esigenze di tutela del soggetto leso e, al contempo, la certezza del diritto a livello più generale.

Giova ricordare che al fine di affrontare correttamente la questione incentrata sul profilo liquidatorio del danno alla persona nella sua interezza non va trascurato il duplice profilo di indagine che si intravede: da un lato, infatti, la molteplicità delle voci di lesione che sono tutte racchiuse nello spettro del danno non patrimoniale ha destato vari dubbi, la titubante giurisprudenza solo nel 2008 si è inequivocabilmente espressa a favore della unitarietà del concetto. Dall’altro, la sempre palese evanescenza del concetto stesso di pregiudizio alla persona ha posto e continua a sollevare notevoli dubbi sotto il profilo squisitamente valutativo e pragmatico: la difficoltà di calcolare il *pretium doloris* e le conseguenze che pervadono la sfera intima del soggetto leso da un illecito, non sembra aver trovato definitiva risposta, né tantomeno un preciso *iter* da seguire, assumendo ancora oggi la valutazione del giudice un ruolo preminente.

---

<sup>347</sup> G. PONZANELLI, *L'imperialismo della responsabilità civile* in *Danno Resp.*, 2016, III, p. 222.

<sup>348</sup> *Ex multis*, si tengano in considerazione le elaborazioni di G. SCALFI, *Esigenze e contenuto di un giudizio equitativo nella liquidazione del cd. danno alla salute* in *Resp. Civ. Prev.*, 1988, I, p. 220 ss., in cui l’Autore pone in risalto le conseguenze legate all’adozione di un criterio di quantificazione equitativo puro o equitativo spurio. In relazione all’evoluzione dei due criteri equitativi si prenda come riferimento G. PONZANELLI, *La corte di Cassazione e il criterio equitativo di valutazione del danno alla salute* in *Resp. Civ. Prev.*, 1995, II, p. 524 ss., in cui viene evidenziato dall’Autore come la iniziale libertà che la Corte di Cassazione concedeva in merito alla individuazione del criterio di quantificazione del danno, talvolta individuato nel pregiudizio standardizzato, talaltra in quello equitativo puro, viene soppiantato successivamente a favore della prevalenza del criterio equitativo.

Originariamente, prima che la giurisprudenza assumesse un atteggiamento granitico nei confronti delle valutazioni quantitative del danno non patrimoniale, il quadro generale appariva fortemente confuso e le prese di posizione dei giudici estremamente labili. Il danno alla persona che rilevava per l'ordinamento giuridico doveva, comunque, superare un filtro di tipo economico per essere considerato risarcibile: si trattava *ab origine* del concetto di capacità lavorativa che veniva intaccata e che rappresentava la fonte vera e propria del pregiudizio. Simile lettura, però, doveva far i conti con le spinte della dottrina che riconoscevano una lacuna sistematica in tutte quelle ipotesi di danno che, non espressamente conseguenza della lesione della idoneità al lavoro, andavano in ogni caso ad incidere sullo stile di vita e sulla persona umana nel senso più ampio del termine. La dottrina maggioritaria,<sup>349</sup> invero, sembrava ricalcare uno schema che accostava al danno biologico, ricollegabile al combinato disposto art. 2043 c.c. e 32 Cost., il danno morale, quale conseguenza del reato, dal valore ristretto e limitato alla clausola di tipicità sancita nell'art. 2059 c.c. che sanciva l'insorgere di un'obbligazione risarcitoria solo laddove esplicitamente prevista. Il problema principale, rispetto all'aspetto quantitativo e soprattutto di liquidazione *tout court* del danno non patrimoniale era rappresentato dal fatto che si soleva ricercare nel filtro economico il senso dell'istituto del risarcimento del danno, prospettiva che residuava dalla remota idea di fine ottocento secondo cui il mero ripristino monetario

---

<sup>349</sup> *Ex multis*, M. Paradiso, il quale afferma e sottolinea come il risarcimento del danno avesse una finalità e una base sostanzialmente economica: la *ratio* compensativa che si poteva desumere dal codice civile aveva come conseguenza pratica una ricerca dell'equivalente monetario in ogni forma di lesione che si verificava. In una delle sue opere maggiormente rilevanti emerge come il concetto patrimoniale faceva ingresso nell'area del danno alla persona attraverso il generico rinvio alla capacità lavorativa e ai risvolti che la lesione alla sfera personale potesse avere proprio rispetto all'idoneità di ognuno di produrre un reddito. La visione restrittiva che si percepisce dai suoi scritti, in cui viene posto in evidenza che l'inciso inserito all'interno del testo dell'art. 2059 c.c. si riferisce "in pratica nelle sole ipotesi di (fattispecie di) reato" esplica perfettamente il comune sentire dell'epoca, in cui, ancora facendo leva sulla prospettiva di fine ottocento appariva quasi immorale monetizzare un pregiudizio che implicava una sofferenza umana del soggetto leso. Cfr. M. PARADISO, *Il danno alla persona*, Milano, 1981.



della sofferenza non aveva alcun effetto, né sotto un profilo materiale, né sotto un profilo etico, vista l'inconcepibilità di ridurre la sofferenza umana ad un mero accumulo di danaro. Il dibattito, però, diviene fervido quando la giurisprudenza comincia a sollecitare l'attività della Corte Costituzionale affinché proponga una revisione dello stato dell'arte maggiormente aderente ai concetti di persona e tutela umana che la costituzione incarnava e con cui il dettame di cui all'art. 2059 c.c., di qualche anno precedente, ha dovuto confrontarsi.

Con la svolta segnata dapprima con le sentenze del 2003 e successivamente con le pronunce San Martino del 2008 il panorama muta considerevolmente: il dubbio che il massiccio intervento delle Sezioni Unite si apprestava a sciogliere riguardava la valenza unitaria o pluralistica del danno non patrimoniale, ci si chiedeva, in altri termini, se le molteplici voci di pregiudizio che risultavano, ormai alla luce della sentenza della Corte Costituzionale del 2003, legittime in ragione della riconducibilità alla disciplina sancita all'art. 2 della Carta Costituzionale fossero autonome o se rappresentassero una sola voce di danno, suddivisibile indifferenti sottocategorie.

La questione, dal valore non solo teorico, era fondamentale per contrastare le duplicazioni risarcitorie a cui la ampiezza della lettura dovuta alla Corte Costituzionale nel 2003 aveva dato àdito;<sup>350</sup> inoltre, la moltiplicazione dei tipi di pregiudizio non patrimoniale, in cui si annovera il danno da perdita parentale, il danno morale, il danno esistenziale, il danno

---

<sup>350</sup> La perenne confusione in cui vertevano i tribunali di merito era, infatti, cresciuta a dismisura in ragione dell'inaspettato travaso che aveva comportato il confluire del danno biologico, da sempre frutto di una lettura combinata dell'art. 2043 c.c. e dell'art. 32 Cost, nell'alveo del danno non patrimoniale disciplinato ex 2059 c.c. ulteriore problema sembrava affiorare in ragione della modifica del codice delle assicurazioni che prevedeva una serie di criteri tabellari per far fronte alle microlesioni più o meno permanenti; inoltre, la paventata autonomia di cui il danno morale e il danno biologico godevano in seguito alla sentenza della Corte Costituzionale del 2003, che rappresentava solo l'eco di una volontà giurisprudenziale di ampliare il concetto di tutela della persona, aveva dato luogo a notevoli dubbi applicativi. Le sezioni unite del 2008 intervengono, dunque, in un momento storicamente e giuridicamente estremamente delicato, dando nuova linfa a concetti più volte masticati nelle Corti di merito. Cfr. A. THIENE, *Onere della prova e liquidazione* in S. Patti (diretto da), S. Della Monaca (a cura di), *Responsabilità civile. Danno non patrimoniale*, Torino, 2010, p. 151 ss.

estetico ed altri ancora rappresentavano un arbitrio troppo ampio in capo all'autorità giudicante, non imbrigliata in criteri come quelli sanciti in caso di danno economico agli artt. 1223 e ss. del codice civile. La pronuncia della Corte di Cassazione n. 26972 del novembre 2008 rappresenta, dunque, un vero e proprio spartiacque: viene a consolidarsi una prospettiva monistica del danno non patrimoniale, a cui accedono una serie di sottovoci, come il pregiudizio esistenziale, biologico e morale, la cui valenza è meramente descrittiva, e da cui discende la necessità di bilanciare le varie forme di lesione al fine di ottenere un'unica liquidazione del *quantum*, in grado di contenere tutte le voci previste. Si può con certezza, pertanto, affermare che l'universo aquiliano si ritrova a confrontarsi con una dicotomica visione,<sup>351</sup> da un lato il danno patrimoniale, dall'altro quello non patrimoniale, condensato quest'ultimo in una triplice suddivisione di profili: pregiudizio morale, riconducibile alla lesione conseguente al reato secondo quanto disciplinato all'art. 185 c.p.; pregiudizio esistenziale, frutto della rilettura ampliata del precetto di cui all'art. 2059 c.c. in combinato disposto con l'art. 2 della Carta Costituzionale, viatico per la tutela della persona; e, infine, danno biologico, che, estrapolato dalla sua configurazione ibrida patrimoniale, va a confluire nel danno alla persona, come ipotesi di danno conseguenza e che implica una serie di risvolti a livello probatorio di non poco valore.

La presa di posizione della giurisprudenza di legittimità rappresenta, pertanto, una svolta significativa, dai connotati chiari e lineari, anche se resta irrisolta, e fonte di molteplici interpretazioni, la questione che riguarda il concreto *iter* di liquidazione e quantificazione dei pregiudizi non economici.

---

<sup>351</sup> Come del resto pone in evidenza R. Bellè, il quale afferma che immediatamente dopo le Sezioni Unite del 2008 il contesto aquiliano resta ancorato ad un sistema bipolare, da un lato il danno patrimoniale (*ex art. 2043c.c.*), riconducibile ad ogni lesione di un interesse economico che sia "menomato" dall'altrui illecito; dall'altro il danno non patrimoniale (*ex art. 2059 c.c.*), che si consuma ogni qual volta il pregiudizio si ripercuota su un interesse o diritto della persona umana, costituzionalmente tutelato o espressamente protetto da una legge speciale. Cfr. R. BELLÈ, *Allegazione e prova del danno non patrimoniale* in E. Navarretta, *Il danno non patrimoniale. Principi regole e tabelle per la liquidazione*, Milano, 2010, p. 115 ss.

Come Autorevole dottrina sottolinea,<sup>352</sup> non sempre le differenti componenti delle varie forme di pregiudizio appaiono in grado di dialogare chiaramente tra loro: le diverse caratteristiche del danno biologico con le altre due ipotesi raggruppate sotto l'ala del 2059 c.c. hanno posto notevoli interrogativi. La pragmatica percezione della lesione bio-fisica, infatti, entra in conflitto con la evanescente definizione sia del pregiudizio morale che di quello esistenziale, proiezione entrambi di un malessere interno al danneggiato non sempre e spesso difficilmente valutabile in senso materiale.

Giova, a tal proposito, porre evidenza che vi è una distinzione nel procedimento di liquidazione del danno biologico: il necessario rispetto dei principi di uguaglianza, sia formale che sostanziale, hanno fatto sì che l'opera di quantificazione non fosse esclusivamente riconducibile all'arbitrio del giudice bensì bilanciato dal rinvio ad un meccanismo tabellare, che individuasse secondo parametri *standard* la diminuzione della funzionalità fisica di un soggetto in seguito ad un preciso evento. Ovviamente, dopo tale valutazione soccorre la concreta applicazione del concetto di uguaglianza sostanziale che si manifesta con una forma di adattamento *sui generis*, che muta a seconda del danno e delle condizioni del danneggiato e che si pone come finalità l'adeguamento del risarcimento alle esigenze, il più possibile, vicine alla realtà.

É bene non trascurare che una simile distinzione nella fase di valutazione del danno è necessaria, in ossequio alle distinte funzioni che, anche all'interno dell'unica categoria del danno non patrimoniale, alcune voci di danno sembrano soddisfare meglio di altre: la mancata o intaccata capacità lavorativa, che si traduce in un pregiudizio biologico, ha una

---

<sup>352</sup> E. Navarretta, *Il contenuto del danno non patrimoniale e il problema della liquidazione* in E. Navarretta (a cura di) *Il danno non patrimoniale. Principi regole e tabelle per la liquidazione*, Milano, 2010, p. 77 ss., in cui l'Autrice sottolinea che la temuta moltiplicazione dei danni, nonché duplicazione delle liquidazioni per pregiudizi già risarciti in base a voci diverse di danno ha rappresentato la ragione fondamentale che ha spinto la Corte di Cassazione a favorire un approccio monista, prospettiva che però deve far i conti con differenze importanti che riguardano le peculiarità del danno morale, esistenziale e biologico, i quali, benché accomunati sotto una medesima impongono al giudice valutazioni distinte.

funzione, senza dubbio, piú compensativa della liquidazione del danno esistenziale, la cui *ratio* sembra soddisfattiva piú che meramente ripristinatoria.<sup>353</sup>

Ciò implica la presa in considerazione e la valutazione anche della dinamica illecita posta in atto, la valutazione della condotta e la sua componente psicologica, in caso di pregiudizio morale solitamente riconducibile ad ipotesi di reato, facendo emergere nuovamente la polifunzionalità dell'istituto del risarcimento del danno e la particolare *ratio* sottesa a quello del danno non patrimoniale.

La difficoltà che da tale considerazione deriva è di tipo pratico: è bene ricercare degli strumenti che siano in grado di limitare l'arbitrio del giudice anche in altre ipotesi di pregiudizio, eppure tale proposito si scontra con i parametri oggettivamente fluttuanti che definiscono il danno non patrimoniale e da ciò sembra desumersi che la chiave di volta sia da ritrovare nella valutazione della sentenza emanata dal giudice che in caso di danno biologico può, per mancanza o contraddittorietà della motivazione, essere censurabile in Cassazione, mentre nelle altre ipotesi del danno morale e del danno esistenziale, il giudice deve ritenersi vincolato, seppur in senso lato, al precedente giurisprudenziale che assume una funzione di guida.

Non va, infine, sottovalutato che le diverse voci di danno alle volte rischiano di collidere tra loro e anche in questo si conferma la capacità valutativa dell'autorità giudicante, di volta in volta chiamata a bilanciare le varie componenti che nella liquidazione finiscono per confondersi.<sup>354</sup>

---

<sup>353</sup> In merito alla liquidazione del danno esistenziale si tenga in considerazione il tentativo di creare uno schema in grado di limitare la autonomia del giudice, il quale in via proporzionale doveva tenere in considerazione del danno biologico come base di calcolo per poi ampliare l'ammontare secondo quanto previsto in ossequio alla formula cd. Equazione Liberati. Cfr. A. THIENE, *Onere della prova e liquidazione* in S. Patti (diretto da), S. Della Monaca (a cura di), *Responsabilità civile. Danno non patrimoniale*, Torino, 2010, p. 151 ss.

<sup>354</sup> Tale prospettiva è giustamente posta in evidenza da E. Navarretta che ravvisa dei punti di contatto tra tali forme di pregiudizio che, in alcuni frangenti, rischiano di sovrapporsi: il danno biologico, infatti, nella sua ampiezza rischia paradossalmente di assorbire in sé anche il pregiudizio esistenziale, lasciando chiara la distinzione solo nelle ipotesi di illecito plurioffensivo in cui il bene salute non risulti il solo ad esser stato

Da quanto sinora argomentato emerge la volontà della Corte di Cassazione di voler mantenere ferma la distinzione tra giudizio di responsabilità e azione risarcitoria: il danno, a ben vedere, in ogni caso risarcibile resta il danno-conseguenza, mai il danno-evento. Tale impostazione emerge chiara nell'*iter* evolutivo del danno non patrimoniale che, inizialmente non prevedeva alcuna voce di danno biologico, alla salute, che attraverso il combinato disposto 32 Cost. e 2043 c.c., rappresentava un danno *in re ipsa*, eccezione alla generica disciplina del risarcimento del danno, protesa al ripristino delle sole conseguenze negative immediatamente riconducibili all'illecito, ma pur sempre da quest'ultimo ultronee.

---

intaccato dalla condotta illecita. Inoltre, la temporaneità che caratterizza il concetto di danno morale, nella sua manifestazione di danno interiore transeunte, rischia di scomparire nel danno biologico tutte le volte in cui la sofferenza sia conseguenza dell'invalidità fisica e quindi abbia una valenza poco temporanea e tendenzialmente permanente. Invero, anche ipotetiche sovrapposizioni tra danno morale e danno esistenziale sono riscontrabili, nelle fattispecie in cui il grande carico di sofferenza si riverbera nella vita quotidiana, implicando una vera e propria modifica delle abitudini di vita e, pertanto, sovrapponendo due distinti pregiudizi, che in astratto possono distinguersi solo in base alla valutazione e spiegazione da parte del giudice dell'*iter* utilizzato per quantificarli. Cfr. E. NAVARRETTA, *Il contenuto del danno non patrimoniale e il problema della liquidazione* in E. Navarretta (a cura di) *Il danno non patrimoniale. Principi regole e tabelle per la liquidazione*, Milano, 2010, p. 96 ss.

## **CAPITOLO TERZO**

### **I DANNI PUNITIVI IN ITALIA.**

**SOMMARIO: SEZ. I. PROSPETTIVE GIURISPRUDENZIALI. – 1. INTRODUZIONE. – 2. IL CONCETTO DI ORDINE PUBBLICO. – 3. LA DELIBAZIONE DI SENTENZE STRANIERE E LA DIFFIDENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE. – 3.1. LA SENTENZA 16601 DEL 2017 E LA RILETTURA DEL SISTEMA. – 3.2. CONSIDERAZIONI A MARGINE SULLO STATO DELL'ARTE. – 3.3. PROSPETTIVE COMPARATISTICHE: DANNI PUNITIVI E SISTEMA SPAGNOLO. – 4. IL DANNO TANATOLOGICO. – 4.1. PROSPETTIVE COMPARATISTICHE SUL DANNO DA MORTE: L'INTERESSANTE ESPERIENZA MALTESE.**

**SEZ. II. I DANNI PUNITIVI NELLA ELABORAZIONE LEGISLATIVA. – 1. LA NASCOSTA PRESENZA DI RISARCIMENTI ULTRACOMPENSATIVI IN ITALIA. – 2. GLI ILLECITI PROCESSUALI. – 2.1. EVOLUZIONI DEL CONCETTO DI LITE TEMERARIA EX ART. 96, III C., C.P.C. – 2.2. LE IPOTESI DI COERCIZIONE INDIRETTA. – 2.2.1. ESECUZIONE FORZATA DELLE OBBLIGAZIONI INFUNGIBILI DI FARE EX ART. 614 *BIS* C.P.C. – 2.2.2. LA COERCIZIONE INDIRETTA NEL GIUDIZIO DI OTTEMPERANZA AMMINISTRATIVO. – 3. RESPONSABILITÀ MEDICA E PROFILI PUNITIVI. – 3.1. IL DECRETO BALDUZZI. – 3.2. LA RIFORMA GELLI- BIANCO. – 4. CENNI SULLA DISCIPLINA DI DEPENALIZZAZIONE (D. LGS.7 E 8 DEL 2016).**

---

## SEZ. I. PROSPETTIVE GIURISPRUDENZIALI.

### 1. INTRODUZIONE.

L'analisi dell'approccio giurisprudenziale rappresenta un fondamentale banco di prova per la compatibilità dei danni punitivi con l'ordinamento italiano: per la Corte di Cassazione, infatti, la finalità sottesa all'istituto del risarcimento del danno e, quindi, la funzione perseguita dalla responsabilità civile, ha da sempre assunto una valenza squisitamente compensativa e ristorativa, a nulla rilevando prospettive punitive o sanzionatorie esercitabili nei confronti del soggetto danneggiante. Tale visione, particolarmente restia ad aperture di ogni genere nell'ambito della *tort law* italiana, ha rappresentato un gravoso ostacolo in un'ottica di globale dialogo tra Corti nazionali e non, in grado di assumere estrema rilevanza anche sotto un profilo interno.

La presente sezione si concentra sull'evoluzione che la prospettiva giurisprudenziale ha metabolizzato e consolidato negli ultimi decenni, principalmente focalizzandosi su due questioni di estrema rilevanza e che, seppur apparentemente autonome, vanno considerate avvinte da un unico *file rouge* riconducibile all'abbandono di una visione squisitamente ristorativa e compensativa dell'istituto del risarcimento del danno. Il ripercorrere la strada seguita dalla Corte di Cassazione, che dal totale ripudio dell'istituto dei danni punitivi di matrice anglosassone sembra, recentemente, approcciare ad un'opinione possibilista seppur dai margini ben chiari, rappresenta non solo una speculazione teorica incentrata sul riscontro della finalità a cui la responsabilità civile odierna è asservita, bensì è una preliminare valutazione che garantisce una serie di strumenti imprescindibili per poter risolvere anche problematiche di portata pratica e applicativa, tra cui enorme rilievo assume la liquidazione del danno tanatologico.

Questi i due *topic* su cui tale prima sezione si concentra: il recepimento di liquidazioni risarcitorie dai connotati mistificati in ragione dell'insinuarsi di componenti punitive e sanzionatorie, da un lato, e il singolare approccio sistematico ad una forma di pregiudizio,

nota da piú di un secolo alla giurisprudenza di legittimità che sostanzialmente si cristallizza nel dilemma della titolarità dell'azione di risarcimento *post mortem*.

Sebbene la connessione possa apparire, *prima facie*, forzata, giova ricordare che ogni forma di pregiudizio che non sia bilanciata sulla verifica, o mera allegazione, di un danno-conseguenza è rigettata secondo l'impostazione che governa la disciplina risarcitoria odierna, e certamente poco chiaro è se nel novero dei danni-conseguenza possa essere incluso anche il danno tanatologico. Se cosí non fosse, come del resto la quasi unanime giurisprudenza di legittimità sostiene, allora non vi sarebbe spazio per un pregiudizio dalle fattezze piú punitive che compensative: ed è a questo punto che il ragionamento richiede uno sforzo investigativo ulteriore finalizzato alla verifica di come le piú recenti aperture a forme di ristoro non meramente compensativo, come sancito dalla Corte di Cassazione nel luglio 2017 che considera non astrattamente incompatibili con l'ordine pubblico e quindi con l'ordinamento nazionale delibazioni di sentenze liquidative di *punitive damages*, interferiscano con i capisaldi della disciplina risarcitoria odierna e con quelle forme di pregiudizio dalle caratteristiche ibride, tra cui affiora il danno tanatologico. Va a completare tale indagine, inoltre, la scoperta dell'equilibrio raggiunto da un sistema ibrido, come quello maltese che, sebbene disegnato sui contorni *illo tempore* delineati dal *Code Civil* di Napoleone del 1804 che non riconosce al risarcimento del danno altra funzione se non quella compensativa, sembra trovare spazio per l'ipotesi del danno tanatologico, non solo perfettamente aderente ad un sistema ristorativo, ma addirittura tipizzato espressamente nel codice maltese come riformato nel 1938.

Certamente minimo comune denominatore di tale *iter* argomentativo è rappresentato dal concetto di ordine pubblico nella sua duplice veste, interna e internazionale, che rappresenta il nucleo pulsante e la piú intima consistenza ontologica di ogni ordinamento, in grado di interferire con le direttive politiche e legislative del sistema giuridico sia nella sua dimensione di sovranità interna che nella sua proiezione su Stato come interlocutore sovranazionale, e che per tale ragione rappresenta il punto di partenza dell'intera elaborazione che segue.



## 2. IL CONCETTO DI ORDINE PUBBLICO.

L'ordine pubblico ha, da sempre, rappresentato un concetto dai labili confini e dagli evanescenti contenuti, difficile da definire eppure perennemente presente in ogni branca del diritto, dalla valenza declinabile di volta in volta in contesti diversi e con accezioni diverse. La coesistenza di due termini tanto generici, come sostenuto da Autorevole dottrina, rappresenta probabilmente la ragione di una simile difficoltà nel definire l'ordine pubblico, da cui deriva la sempre continua rilettura che si presta inevitabilmente a molteplici interpretazioni.<sup>355</sup>

Ciò che, però, appare chiaro sotto il profilo internazionale privatistico è che il concetto di ordine pubblico immedesima un duplice valore che si palesa sotto due distinti profili, quello della diretta applicabilità della legge straniera e quello della delibazione delle sentenze emanate da organi di differente ordinamento giuridico. Tale bivalente ruolo rivestito dalla suddetta clausola sprona l'interprete a investigare la funzione che la stessa svolge, prospettiva di indagine che si risolve preliminarmente nella verifica di una comunanza di scopi che l'ordine pubblico persegue nello svolgimento di questi due compiti fondamentali per uno stato che, oltre a legiferare internamente, è in grado di dialogare in un contesto internazionale. Pertanto, va immediatamente posto in evidenza che nel consentire la diretta applicabilità delle leggi straniere, l'ordine pubblico si prefissa come scopo la uniformità dell'applicazione degli istituti giuridici e l'omogeneità dell'interpretazione nell'attuazione degli stessi. Da quanto appena affermato emerge, inoltre, che lo scopo risulta essere affine a quello perseguito in caso di delibazione di sentenze straniere, la cui funzione implica il dispiegarsi dell'efficacia

---

<sup>355</sup> A tale visione aderisce, *ex multis*, L. LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Napoli, 1993. In tal monografia l'Autore pone in evidenza immediatamente come l'accostamenti di due termini dai connotati così mutevoli non si rivela utile alla fissazione di una, sola e unica, lettura. A ben vedere, infatti, il concetto di ordine rappresenta già di per sé un sostantivo la cui polisemia non contribuisce a limitarne la ampiezza, in più l'accostamento all'attributo "pubblico" non facilita, di certo, il compito dell'interprete, la cui unica consapevolezza è il mancato approdo ad una definizione unitaria. La capacità di tale concetto a declinarsi in modo variegato a seconda del settore disciplinare cui accede rappresenta, inoltre, indice dell'elevato grado di indeterminatezza che caratterizza tale definizione come categoria a carattere generale.

di una statuizione risolta all'estero che, in caso contrario, addosserebbe al privato l'onere di ricominciare un contenzioso già risolto altrove, tra le medesime parti processuali e con il rischio di incorrere nei termini prescrizionali ma soprattutto in un esito diverso del giudizio. Si evince, pertanto, che anche nel ruolo di filtro per la delibazione delle sentenze internazionali, l'ordine pubblico è proteso a garantire l'uniformità dell'applicazione del diritto, come del resto era facile evincere dall'art. 31 delle disposizioni preliminari al codice civile,<sup>356</sup> all'interno del quale, peraltro, *illo tempore* confluì quanto già previsto all'art. 12 delle disposizioni preliminari al codice civile del 1865.

Al fine di delineare correttamente il valore del concetto di ordine pubblico non può prescindersi da due ulteriori approfondimenti riconducibili da un lato all'interazione tra tale clausola e le norme di diritto internazionale privato; dall'altro la sovrapposizione tra la definizione di ordine pubblico interno e ordine pubblico internazionale, due facce della stessa medaglia ma asservite a fini diversi.

A ben vedere, infatti, nell'affrontare la questione che riguarda la delibazione delle sentenze straniere non può certo trascurarsi la *ratio* sottesa alle norme di diritto internazionale privato, la cui funzione appare *prima facie* riconducibile alla ricerca della norma di diritto sostanziale più idonea alla risoluzione di una controversia che, coinvolgendo soggetti appartenenti a ordinamenti giuridici diversi, non si dirime con semplicità in ragione della sovente mancanza di una disciplina comune o uniforme. Da ciò emerge che mentre il diritto internazionale privato, *tout court* considerato, interviene cronologicamente in una fase anteriore, collocabile nella individuazione della normativa da applicare; la fase di delibazione della sentenza

---

<sup>356</sup> L'art. 31 delle Preleggi, successivamente abrogato dalla L. 218 del 1995, prevedeva che in nessun caso potevano avere accesso nell'ordinamento italiano atti contrari all'ordine pubblico o al buon costume. La peculiare formazione legislativa, però, accomunava sotto la definizione di atti sia i provvedimenti legislativi, dunque, leggi e ordinamenti, come sanciva lo stesso testo, sia al contempo anche atti di qualunque istituzione o ente, adducendo tra gli altri ai provvedimenti giurisdizionali. Sebbene appaia di scarsa rilevanza la simultanea individuazione, rappresenta ai fini della nostra indagine, un'importante chiave di lettura della volontà legislativa che caratterizzava l'intenzione del legislatore fascista che, pertanto, accomunava due profili di efficacia della clausola di ordine pubblico, la delibazione di sentenze straniere e la diretta applicabilità di normative esterne.

straniera, invece, si presenta in un momento successivo, quando la controversia è stata risolta ma la statuizione non è in grado di spiegare i suoi effetti in un altro ordinamento.

L'interazione tra il concetto di ordine pubblico e le norme di diritto internazionale privato è stato al centro di un lungo dibattito tra quanti asserivano la funzione di eccezione di tale clausola e una dottrina minoritaria che, invece, andava a ricercare una duplice valenza nell'ordine pubblico, dal valore talvolta negativo e talaltra positivo, a seconda della funzione che esso rivestiva.<sup>357</sup>

Secondo una prevalente impostazione<sup>358</sup> le norme di diritto internazionale privato perseguono una finalità particolare, che consente l'ingresso di una norma straniera nello Stato

---

<sup>357</sup> Giova sottolineare che fin dalla metà dell'800 l'analisi del concetto di ordine pubblico ha coinvolto innumerevoli giuristi, di volta in volta espressi a favore delle due massime teorizzazioni dell'epoca, una prima di Savigny, che attribuiva all'ordine pubblico la funzione di inibire l'applicazione del diritto speciale rappresentato da quello straniero. Invero, tale concezione prendeva le mosse da un'idea di omogeneità del diritto che faceva leva su una concezione di ordine internazionale omogeneo, ereditato dai latini, paradossalmente senza confini, la cui finalità era solo la verifica di quale disciplina applicare se la generale *lex fori*, o la speciale, proveniente da differente sistema giuridico. A prospettiva completamente opposta aderiva il Mancini, il quale formulò una teoria, consolidatasi come maggioritaria in Italia e che ha portato con sé il grande merito di elaborare la distinzione di ordine pubblico interno e ordine pubblico internazionale. Secondo tale impostazione, l'ordine pubblico rappresenta uno strumento che impedisce l'ingresso di un diritto straniero in un certo modo confliggente con una serie di disposizioni a livello interno cogenti. Tale visione discende, chiaramente da un concetto di diritto internazionale privato non omogeneo, ma ben distinto in una moltitudine di sistemi giuridici ognuno dei quali facente riferimento allo Stato di produzione. Tale primordiale conflitto dottrinale, che in Italia vede la prevalente adesione alla concezione di Manciniana memoria, viene poi sostituita da un'ulteriore diatriba giuridica che, con estrema precisione, fu riproposta da G. Badiali che in una monografia del 1963 ebbe modo di analizzare le differenti posizioni assunte dai colleghi di internazional-privatisti, aderendo per lo più all'impostazione maggioritaria, seppur velatamente, riconoscendo cioè la inconsistenza della prospettiva minoritaria. Cfr. G. BADIALI, *Ordine pubblico e diritto straniero*, Milano, 1963.

<sup>358</sup> *Ex multis*, G. Morelli, il quale sosteneva che, al fine di spiegare la funzione di raccordo che le norme di diritto internazionale privato svolgevano, non bisognava aderire ad alcuna di quelle impostazioni che parlavano di norme in bianco o di norme di rinvio materiale o recettizio. La funzione che le norme di diritto internazionale privato rivestivano era riconducibile alle norme di produzione giuridica: esse, agendo in connessione con gli

italiano: oggetto di tale normativa, quindi, sono fatti che si presentano come estranei rispetto allo ordinamento interno e da ciò si può desumere la funzione di norma di vera e propria produzione giuridica. In una simile prospettiva il concetto di ordine pubblico funge da limite, nella misura in cui intercetta disposizioni che si presentano confliggenti con i valori perseguiti nel sistema giuridico atto alla ricezione, e rappresenta l'eccezione sistematica in un contesto di dialogo tra sistemi legislativi distinti ma interagenti tra loro.

A differente conclusione giunge, invece, la dottrina minoritaria,<sup>359</sup> che attribuisce al concetto di ordine pubblico un ruolo differente e che varia in rapporto al parametro con cui si relaziona: ciò che può facilmente evincersi, però, è che la *ratio* di limite-filtro non viene svolta nei confronti delle norme di diritto internazionale privato, bensì in caso di *iter* di deliberazione di sentenze straniere. Secondo tale approccio, i presupposti di applicazione

---

ordinamenti stranieri sostanzialmente provvedono alla riproduzione di norme di uguale contenuto anche all'interno dell'ordinamento di cui fanno parte. Conseguentemente il valore che la clausola di ordine pubblico finisce con l'assumere è di limite di carattere generale: esso è finalizzato all'armonia dell'intero sistema giuridico che resta invariata solo qualora venga inibito l'ingresso a normative, anche solo potenzialmente, confliggenti con una serie di valori incompressibili a cui il sistema giuridico interno si ispira. Cfr. G. MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato italiano*, X Ed., Napoli, 1971.

<sup>359</sup> *Ex multis*, R. Quadri il quale sostiene l'accezione positiva che colora la clausola dell'ordine pubblico, da cui non deve desumersi una valenza di clausola di salvaguardia o di valvola di sicurezza dal valore negativo. Giova procedere con ordine, secondo tale minoritaria impostazione, infatti, l'ordine pubblico assume un ruolo rilevante in duplice maniera: in caso di norme di diritto internazionale privato funge da parametro positivo per verificare la sussistenza di norme nazionali che non tollerano deroghe e che, pertanto, risultano prevalenti rispetto a quelle internazionali privatistiche. Quando, invece, la clausola di ordine pubblico viene richiamata in caso di procedimento di deliberazione di provvedimenti stranieri, allora svolge la funzione di limite, ciò in quanto le norme sono già state applicate in senso effettivo, sussistendo un provvedimento che dirime un contenzioso. Seguendo tale ragionamento, infatti, in caso di deliberazione verrebbe meno il *prius* logico che, invece, in occasione della legislazione di diritto internazionale privato, cioè la valutazione positiva della sussistenza di principi ispiratori inderogabili e cogenti a cui non si può derogare. Conseguenza è che l'eventuale sentenza straniera incompatibile deve essere arginata, in occasione della valutazione della sussistenza di una norma interna preponderante e incompressibile, dal che se ne può desumere in ogni caso un giudizio positivo della clausola. Cfr. R. QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, V Ed., Napoli, 1969, p. 353 ss.

risultano differenti, invero, le norme di diritto internazionale privato non legittimano le normative straniere ma assumono solo il ruolo di criterio di collegamento, ponendo in evidenza la disciplina piú pertinente per la regolamentazione di un determinato rapporto.

Le conseguenze, invece, che derivano dalla delibazione di sentenze straniere implicano il dispiegarsi di effetti e, pertanto, la concreta efficacia di una normativa esterna, che per tale ragione è soggetta ad una valutazione di congruità.

Tale impostazione ha, però, prestato il fianco a innumerevoli critiche tra cui affiora quella che pone in evidenza la mancanza di determinazione delle regole applicative in grado di distinguere quando va richiamata la normativa interna e quando quella straniera, il che comporta la fallacia della applicabilità concreta della medesima.<sup>360</sup>

Altro profilo di indagine, imprescindibile nello studio del concetto di ordine pubblico, è la analisi della duplice valenza che questo stesso riveste: la definizione di ordine pubblico internazionale, infatti, si presenta decisamente distinta da quella di ordine pubblico interno. A quest'ultimo appartengono le norme inderogabili che connotano l'essenza intrinseca di un ordinamento e che sono in grado di indirizzare e limitare l'autonomia negoziale dei soggetti che interagiscono al suo interno. Differente valore assume il concetto di ordine pubblico internazionale: questo, infatti, rappresenta i principi fondamentali della *lex fori* che implicano un limite all'ingresso di normative straniere. Giova porre in evidenza che, secondo autorevole dottrina, una simile classificazione presenta contorni ambigui nella misura in cui la definizione di ordine pubblico interno finisce col divenire un sinonimo del concetto di norma

---

<sup>360</sup> In tal senso si veda la prospettiva critica di G. Badali il quale sottolinea come la visione di R. Quadri si presenti estremamente labile e poco definita nella spiegazione dei criteri di collegamento tra le discipline. I canoni di effettività e di intensità, a ben vedere, non conducono sempre a medesimi risultati e da ciò emerge come non possano essere individuati come criteri validi in senso assoluto, implicando una vera e propria indeterminatezza dei risultati, inconcepibili in un settore come quello internazionale privato in cui sono proprio gli elementi di raccordo a fungere da parametri imprescindibili per la risoluzione di controversie riguardanti le discipline immediatamente applicabili. Inoltre, tale lettura comporterebbe un concreto svuotamento delle funzioni delle norme di diritto internazionale privato, la cui importanza assume rilievo esclusivamente sotto un'ottica relazionale, in altri termini, di riflesso. Cfr. G. BADALI, *op. cit.*, p. 38 ss.

imperativa, che, insieme con proprio l'ordine pubblico interno condensa l'ordine pubblico internazionale. In altri termini, aderendo a tale prospettiva, la clausola di ordine pubblico interno finirebbe col divenire una componente di quello internazionale, il che implicherebbe una ambiguità e una confusione tra concetti.

Tale distinzione, invero, è riconducibile agli scritti di Brocher,<sup>361</sup> che per la prima volta sintetizzò tali definizioni e che ricollegava tali termini al conflitto tra due legislazioni (ordine pubblico internazionale) e conflitto che coinvolge il cittadino e lo stato di appartenenza, a cui quest'ultimo cerca di sfuggire (ordine pubblico interno). Prospettiva, invero, non apprezzata da quanti ritenevano inutile una simile distinzione in ragione del fatto che l'ordine pubblico interno deve applicarsi anche allo straniero che risiede in un altro stato e con cui intercorre un rapporto conflittuale.

Il concetto di ordine pubblico a cui il sistema italiano fa riferimento è preso in prestito da quello elaborato in epoca napoleonica nel *Code Civil* del 1804 che all'art. 6 prevedeva l'impossibilità di derogare nelle convenzioni private alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume. Ciò che ne deriva è una definizione che, in tutti i paesi che hanno tratto ispirazione dal codice napoleonico, appare simile e sovrapponibile, e che nell'ambito contrattuale ricalca il cd. *Ius cogens*, cioè le norme non derogabili dalle parti; definizione quest'ultima a cui va contrapposta quella di ordine pubblico internazionale, che invece assume valore eccezionale che si spiega in ambito sovranazionale, l'attributo in questione non deve confondere: tali norme infatti sono squisitamente interne, ma svolgono una funzione normativa nel contesto internazionale.<sup>362</sup>

Nel sistema italiano tale categoria concettuale ha vissuto alterne vicende: dai contorni, alla stregua, labili e scimmiettando l'impronta francese, che a differenza del contesto italiano predisponessa per l'utilizzo di tale clausola uno sfondo normativo notevole, rappresentato dal codice del commercio e dalla Legge D'Allarde, il concetto di ordine pubblico non è ben noto nella fase storica pre-unitaria. La risonanza, però, cresce con l'avvento del codice del 1865

---

<sup>361</sup> BROCHER, *Theorie du droit international privé* in Rev. Droit Inter. Comp., 1872, p. 196 ss.

<sup>362</sup> R. QUADRI, *op. Cit.*, p. 363 ss.

che all'art. 1122 e nel dispositivo 12 delle preleggi<sup>363</sup> al codice Pisanelli, definisce l'ordine pubblico come un limite praeterlegale all'autonomia negoziale. Il valore concreto appare discusso, oscillante tra criterio di qualificazione di norme inderogabili, clausola generale normativa e clausola destinata alla tutela del mercato; ma di meno discusso c'è il richiamo al concetto di *ius publicum* romano. Giova ricordare, in ogni caso, che nel contesto post-unitario il rinvio all'ordine pubblico serviva a dichiarare la nullità di convenzioni tra privati che, benché illecite, non sfociavano in un crimine penalmente rilevante. Tale prospettiva appariva il frutto di una evoluzione del concetto che diveniva fulcro in un dibattito, quello incentrato sulle coalizioni commerciali, che mutava veste in seguito all'abolizione del reato disciplinato ex art. 389 del codice precedente al testo Zanardelli, in cui la condotta di più soggetti agenti nel mercato non rivestiva più carattere penale. La mancanza di una sanzione comminata in seguito a tale scorretta condotta richiedeva la sollecitazione di mezzi di tutela nel settore civile, che incentrava il ripristino dello *status quo* attraverso la dichiarazione della illiceità e quindi nullità delle convenzioni. Il problema, a questo punto, emerse in tutta la sua grandezza: era necessario ravvisare una clausola in grado di imbrigliare una serie di comportamenti non

---

<sup>363</sup> Secondo Autorevole dottrina tale disposizione lascia intravedere la confusione che avvolge il concetto di ordine pubblico, il cui contenuto, prettamente negativo, va temperato alle esigenze di relazione che un diritto statale manifesta nei confronti di altri sistemi giuridici in qualunque modo connessi. Tale accezione negativa, va interpretata alla luce e in comparazione con la valenza positiva assunta dal concetto di diritto pubblico: mentre quest'ultimo, infatti, individua i criteri di azione del sistema interno; l'ordine pubblico, invece, rappresenta un limite alla trasposizione di una disciplina internazionale, il che lascia intendere che continuano a spiegare efficacia gli ordinamenti giuridici territoriali. In tale ottica, la clausola di ordine pubblico cristallizzata nell'art. 12 delle disposizioni preliminari assume un ruolo di "direttiva generale di interpretazione" in grado di filtrare quanto statuito da una legge appartenente ad altro sistema giuridico. Secondo Autorevole dottrina, pertanto, tale concetto è utile all'ingresso di un diritto speciale sul territorio nazionale al termine della sua valutazione di compatibilità con i fondamentali "canoni morali, sociali e politici sui quali è basata tutta la costruzione dell'ordinamento interno dell'interprete". Si tratta di un insieme di valori non sintetizzabili *a priori*, che vengono condensati nella formula dell'ordine pubblico, concetto questo implicitamente contenuto in ogni norma dal valore internazionale, in grado di orientare la disciplina concretamente applicabile. Cfr. per ulteriori approfondimenti M. SCERNI, *Voce Ordine Pubblico* in nuovo Digesto Italiano, 1939, XVII, Torino, p. 317 ss.

espressamente tipizzati ma ugualmente protesi verso un medesimo scopo, quello di alterare il mercato. La soluzione fu vista nel concetto dell'ordine pubblico, improvvisamente catapultato al centro dell'attenzione della giurisprudenza,<sup>364</sup> individuato come unico parametro in grado di sostenere il settore commerciale.

Il valore, sempre discusso e secondario, del concetto di ordine pubblico improvvisamente esplose: con l'avvento del XX secolo la prospettiva dottrinale muta sensibilmente, la consapevolezza che le sole fonti scritte non sono in grado da sole amministrare l'universo giuridico sembra riaccendere i riflettori su tale clausola e sul corretto valore da attribuire a quest'ultima. Da concetto di accompagnamento si passa a una funzione di vera e propria eterointegrazione posta a sostegno delle ipotesi di lacune legislative.<sup>365</sup>

---

<sup>364</sup> Duplice la posizione assunta dalla giurisprudenza in materia di coalizioni industriali illecite: per un primo orientamento la mancanza di statuizioni da parte del legislatore sembra paralizzare la forma deliberativa dell'autorità giudicante: il giudice, infatti, sebbene veda dinanzi a sé l'utilità di una serie di formule e precetti di valore metapositivo da contenuti economici, etici e morali, resta aggrappato ad un ruolo squisitamente positivista, rigettando ogni idea che non lo renda esecutore di una superiore volontà legislativa. Altra impostazione, invece, ravvedeva nell'ordine pubblico una clausola generale, contrapposta alla disciplina legale, ma necessaria per l'integrazione di quest'ultima, operazione che avveniva talvolta con l'ausilio di concetti generali come quelli economici o morali, altre volte, quando posta a tutela della libertà del mercato, con il rinvio alla giurisprudenza precedente del caso. Per ulteriori approfondimenti si consulti A. GUARNERI, *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti nel diritto civile*, Padova, 1974, p. 55 ss.

<sup>365</sup> Il passaggio storico appare di estremo interesse: invero, l'idea che il diritto positivo esaurisse le fonti del contesto civilistico diviene solo un ricordo con l'avvento della prospettiva pandettistica, in cui il ruolo delle cause di illiceità del contratto, riconducibili ad una logica bipartita, viene riletto con lo sguardo tripartita che finisce con l'assorbire il concetto di ordine pubblico nella categoria che annovera le norme inderogabili, rappresentato una delle manifestazioni di contrarietà del contratto all'ordinamento *tout court* inteso. A ben vedere, la contaminazione tedesca che si presenta ad inizio secolo si mostra mera illusione per il concetto di ordine pubblico che, se dapprima assume uno straordinario valore rispetto a quello riservatogli dai positivisti francesi, a cui il contesto italiano di fine ottocento si è mostrato grato per l'impostazione positiva, con cui certamente clausole dal contenuto aleatorio e ben poco definito sembravano cozzare, in un secondo momento viene completamente tagliato fuori dalle elaborazioni dottrinali. La perseveranza della pandettistica di ricercare concetti astratti e il più possibile puri che rendessero il ragionamento giuridico ineccepibile e inattaccabile



Rilevante è l'interpretazione che di tale clausola propone Emilio Betti, posta a presidio dei valori fascisti e delle finalità corporative, l'ordine pubblico abbandona una dimensione statica per fluire in maniera dinamica all'interno delle controversie giuridiche; diviene fulcro, insieme con l'illiceità, della tutela garantita alla causa contrattuale e inizia ad assumere un peso consistente in ragione della astratta insufficienza della liceità del regolamento negoziale ai fini di evitare la sanzionabilità del contratto. È con tale giurista che il concetto di ordine pubblico assume allo stesso tempo un valore positivo, attraverso il perseguimento di un fine socialmente utile, e negativo, attraverso la censura di ciò che si rivela difforme dal canone della liceità, accezioni entrambe strettamente consequenziali ad una consistenza metapositiva del medesimo concetto che, lungi dal rientrare nel novero delle fonti di legge, va più utilmente collocato in uno spazio di raccordo tra la legislazione e la politica, come strumento di interpretazione e, contemporaneamente, di esecuzione delle direttive di indirizzo politico.<sup>366</sup>

Giova a questo punto delineare il concetto di ordine pubblico sotto un'ottica più moderna e a livello normativo non molte difficoltà sono riscontrabili nella fase di passaggio dal Codice Pisanelli a quello di epoca fascista: a ben vedere, la disposizione preliminare al codice civile del 1865 che, all'art. 12, definiva l'ordine pubblico, va a confluire quasi pedissequamente all'interno dell'art. 31 delle preleggi al codice del 1942, il che lascia sostanzialmente invariato il dibattito che intorno a tale clausola era sorto fin dalla metà del XIX secolo. Importante mutamento di rotta, invece, va segnato in occasione della riforma avvenuta con l'abrogazione dell'art. 31 delle disposizioni preliminari al codice civile e con il contemporaneo inserimento della normativa n. 218 del 1995, riguardante la Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato. Il panorama normativo, in tale occasione,

---

hanno comportato la necessità di ripudiare tutte quelle forme di intrusione della realtà contemporanea all'interno dello schema giuridico e l'ordine pubblico, inteso nella sua più pregnante consistenza, in grado di far spazio nel mondo positivo a valutazioni economiche etiche e morali, appariva troppo ingombrante nello scarno e puro elaborato pandettista. Cfr. ancora, A. GUARNERI, *op. cit.*, p. 77 ss.

<sup>366</sup> Per una più approfondita e corretta ricostruzione del pensiero di Bettiana memoria si richiama A. GUARNERI, *op. cit.*, p. 93 ss.

muta radicalmente con l'avvento di una prospettiva unitaria che va a sopperire alla frammentarietà della disciplina fino a quel momento sparsa in varie disposizioni.

Preliminarmente va posto in evidenza che la riforma ha introdotto, relativamente alla delibazione di provvedimenti stranieri, il principio dell'efficacia automatica della statuizione, qualora passata in giudicato e se dotata di determinate peculiarità, tra cui emergono la competenza del giudice che ha risolto la controversia, l'equità del processo, e la non contrarietà di tale sentenza ad una già pronunciata in Italia né all'ordine pubblico. Tale *iter*, a ben vedere, è stato nel 1995 non creato bensì reintrodotta, in quanto già presente nel codice del 1865 e successivamente abolito in occasione della legislazione fascista.<sup>367</sup> In tale frangente storico, infatti, la componente politica si fondeva con quella giuridica dando spazio ad una vera e propria concezione statalista. La *ratio* sottesa, invece, alla riforma del 1995 è protesa allo snellimento della burocrazia e alla previsione di un celere controllo, definito il quale non vi è necessità di iniziativa giurisdizionale. La stessa logica, inoltre, risulta perseguita anche in ambito di iscrizioni, trascrizioni e annotazioni di stato civile in cui,

---

<sup>367</sup> Tale *excursus* storico viene richiamato in maniera approfondita nell'opera di T. Ballarino, in cui l'Autore pone in evidenza come il giudizio di delibazione fosse all'epoca del Codice Pisanelli necessaria solo qualora la sentenza straniera dovesse essere posta in esecuzione, quindi fosse necessario un procedimento di esecuzione forzata che poteva aver luogo "premessi un giudizio di delibazione". Da ciò poteva desumersi una vera e propria efficacia automatica di tutti gli altri provvedimenti di autorità giurisdizionali esterne al sistema italiano. Tale procedura però fu riletta alla luce del codice di epoca fascista: in tale testo si richiedeva la necessaria delibazione della sentenza per renderla efficace nello Stato italiano, attraverso un cd. Accertamento costitutivo, definizione quest'ultima che palesa la astrattezza della procedura che non aveva né la fattezze di un accertamento e tantomeno era dotata di una valenza costitutiva, non andando ad intaccare o metter mano su diritti, già altrove, acquistati da terzi. In ogni caso tale prospettiva attribuiva un ulteriore compito di valutazione di conformità al giudice di Appello che solo in occasione della cd. Delibazione incidentale, era sollevato dall'onere di accertamento diretto, poiché in corso di giudizio una parte poteva chiedere al giudice di accertare in via incidentale l'efficacia di un provvedimento ottenuto presso un Tribunale di diverso ordinamento giuridico. Cfr. per ulteriori approfondimenti T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, III Ed., Padova, 1999, p. 152 ss.

appena qualche anno piú tardi,<sup>368</sup> si prevedeva la possibilità dare corso alla richiesta del privato qualora fossero presenti I medesimi requisiti di cui agli artt. 64 e 65 della legge del 1995. Ed è proprio l'art. 64 che rileva nell'indagine portata avanti sulla delibazione delle sentenze straniere: l'eliminazione dell'attributo "manifestamente" che accompagnava il concetto di contrarietà all'ordine pubblico lascia presagire il ruolo fondamentale che tale clausola assume. E, infatti, la valutazione dell'ordine pubblico va effettuata almeno sotto tre distinti profili: a. contenuto del diritto applicato dal giudice straniero; b. il modo in cui si è posto in applicazione in diritto; c. la individuazione di un diritto non perfettamente aderente alla richiesta del privato. Giova, a tal proposito, porre in evidenza un'ulteriore distinzione che può essere utile a comprendere l'analisi del concetto di ordine pubblico e come lo stesso si attegga in ambito di delibazione di sentenze straniere: il rinvio è all'ordine pubblico processuale,<sup>369</sup> cioè quel particolare profilo che invita l'autorità giudiziaria alla verifica del rispetto di tutti gli oneri e diritti processuali che le parti hanno in corso di causa. Da ciò deriva la necessità di un processo equo e giusto, incardinato correttamente e con equilibrio portato avanti dal un giudice formalmente e sostanzialmente competente.

Uno dei terreni piú battuti sotto tale prospettiva è rappresentato dalla garanzia della motivazione che nell'ordinamento italiano riveste una funzione imprescindibile, ebbene, secondo quanto previsto dalla legge 218/1995 non rappresenta un ostacolo la mancanza di un giustificazione esplicita ad un provvedimento qualora dallo stesso si evincano le fonti che hanno rappresentato elementi di convincimento per l'altra autorità giudiziaria. Ciò risulta perfettamente compatibile come altri schemi provvedimentali, ad esempio, frequentemente utilizzati oltreoceano, dove le sentenze non prevedono espressa motivazione, ma si limitano all'elencazione dei fattori posti alla base della decisione. Il provvedimento in sé del giudice, infatti, non essendo oggetto di verifica da parte della Corte d'Appello non è in grado di privare di efficacia la pronuncia, che invece è sottoposta al vaglio nel suo aspetto

---

<sup>368</sup> Circolare 7 gennaio del 1997 del Ministro di Grazia e Giustizia.

<sup>369</sup> P. LOTTI, *L'ordine pubblico internazionale. La globalizzazione del diritto privato ed i limiti di operatività degli istituti giuridici di origine estera nell'ordinamento italiano*, Milano, 2005.

contenutistico nonché squisitamente processuale, anche in ossequio al valore costituzionalmente tutelato che dopo la riforma del 1999 impone un processo equo.

### **3. LA DELIBAZIONE DI SENTENZE STRANIERE E LA DIFFIDENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE.**

Quanto sinora ripercorso risulta imprescindibile al fine di delineare la posizione assunta dalla giurisprudenza negli ultimi dieci anni: giova, infatti, porre l'attenzione su come la Corte di Cassazione, invitata a dirimere la questione sulla delibabilità di sentenze statunitensi che prevedevano liquidazioni di danni ultracompensativi, si sia sempre schierata contro, adducendo la contrarietà all'ordine pubblico di tali forme di ripristino della sfera economica del danneggiato.

Come precedentemente osservato, una delle ragioni sottese all'istituto della delibazione di sentenze straniere è quello di evitare che una controversia, già risolta in altro ordinamento giuridico, debba essere riproposta *ex novo* per poter spiegare i suoi effetti anche in un ultroneo sistema giurisdizionale, comportando una serie di rischi, tra cui affiorano decisamente quello di incorrere in termini prescrizionali spirati e il conseguimento di una statuizione contraria a quanto emerso nel giudizio cronologicamente e geograficamente svoltosi in precedenza.

Come avremo modo di constatare la strada percorsa dalla Corte di Cassazione si è rivelata altalenante, o meglio: la posizione ferma che fin dal 2007 aveva sancito l'incompatibilità a livello formale del concetto di *punitive damages* con l'ordinamento italiano, ha subito un brusco arresto nel luglio 2017, quando, per la prima volta e con un'argomentazione giuridica poco approfondita, la Suprema Corte sembra aprire uno spiraglio all'istituto in questione, decifrandone la compatibilità seppur con il rispetto di taluni limiti.

Giova, dunque, iniziare dalla sentenza del 2007 che, per la prima volta, ha sottoposto all'attenzione della Corte di Cassazione la questione sulla compatibilità dei danni punitivi con l'ordinamento italiano. La vicenda prendeva le mosse da una richiesta di risarcimento del danno conseguente alla morte di un giovane motociclista che, in seguito ad uno scontro

con un autoveicolo, sbalzava al sellino e perdeva il casco protettivo per difetto di progettazione di quest'ultimo. Nello specifico, la sentenza di liquidazione del pregiudizio, quantificato in 1.000.000 di dollari dalla Corte distrettuale della Contea di *Jefferson* (Alabama) necessitava della delibazione da parte della Corte di Appello di Venezia per divenire effettivamente esecutiva anche in Italia, via libera mai ottenuto in ragione della sostenuta incompatibilità con l'ordine pubblico interno della sentenza americana.<sup>370</sup> Ne scaturisce un ricorso in Corte di Cassazione che conferma quanto già sancito nel primo giudizio e che rigetta l'istanza della ricorrente, ritenendo inammissibili e infondati i due motivi addotti.<sup>371</sup> Tralasciando quanto detto in occasione della contraddittorietà della motivazione, giova soffermarsi sul profilo di indagine incentrato sulla contrarietà dell'ordine pubblico: in tale provvedimento, infatti, la Suprema Corte asserisce la mancanza di qualsivoglia finalità punitiva all'interno del contesto risarcitorio italiano.<sup>372</sup> Le sollecitazioni

---

<sup>370</sup> Si tratta della sentenza di Corte di Appello del 15 ottobre 2001. Giova porre all'attenzione un commento a tale provvedimento particolarmente interessante che sottolinea come astrattamente la delibazione di tale sentenza statunitense non si presenti astrattamente incompatibile come il diritto interno. A ben vedere, infatti, la valutazione del giudice non va esclusivamente rapportata al concetto di ordine pubblico, che rappresenta filtro ultimo per garantire l'applicazione di un diritto straniero che non collida con l'insieme di norme e principi precettivi e programmatici che connotano un sistema giuridico. Affinché il provvedimento sia pacificamente delibabile è necessario un ulteriore scrutinio, cronologicamente precedente e riconducibile alla natura civilistica del provvedimento. In altri termini, il giudice della Corte di Appello italiana potrà delibare la sentenza straniera qualora la stessa presenti un contenuto comunque in grado di confluire all'interno dell'ambito internazional-privatistico, a cui la legge 218 del 1995 fa riferimento. L'eventuale natura ambigua o anfibia del provvedimento, come avviene in caso di sanzione meramente penale o amministrativa, avrebbe comportato l'impossibilità del procedimento di delibazione prima ancora dell'accertamento della contrarietà all'ordine pubblico. Da ciò può desumersi, quindi, l'astratta compatibilità dell'istituto del danno punitivo con l'ordinamento civilistico italiano. Per tale prospettiva cfr. G. CAMPEIS e A. DE PAULIS, *Danni punitivi, ordine pubblico e sentenze straniere delibande a contenuto anfibia* in Nuova Giur. Civ. Comm., I, 2002, p. 765 ss.

<sup>371</sup> Nel dettaglio il ricorso in Cassazione si basava su un duplice ordine di motivi: da un lato, la contraddittoria motivazione, dall'altro, la contrarietà all'ordine pubblico.

<sup>372</sup> Tale prospettiva viene supportata con determinazione da P. Fava, il quale dopo aver ripercorso l'evoluzione giurisprudenziale della Corte Suprema Statunitense, difende fermamente la decisione della Corte di Appello di

della ricorrente, che pone in risalto due istituti peculiari del diritto civile come la clausola penale e il danno morale, vengono schiacciate dalla ribadita non affinità di tali strumenti con l'istituto statunitense dei *punitive damages*. Secondo la Corte, infatti, nell'ipotesi della clausola penale i contraenti inseriscono nella convenzione negoziale una clausola che ha come finalità la liquidazione forfettaria del pregiudizio conseguente all'inadempimento o al mero ritardo nell'esecuzione della prestazione e, in tal caso, la mancanza della quantificazione del danno tiene l'istituto, di cui all'art. 1382 c.c., distante da una logica squisitamente risarcitoria. Inoltre, poco appropriato si presenta anche il richiamo al danno non patrimoniale che, secondo quanto sancito principalmente a livello giurisprudenziale, si focalizza sulla sfera giuridica del danneggiato, risultando indifferente ai fini del procedimento di quantificazione del pregiudizio il patrimonio o la condotta del danneggiante, ma soprattutto necessitando in ogni caso di un supporto probatorio considerevole: anche se basato su presunzioni legali, infatti, il danno morale va in ogni caso allegato e provato per poter essere validamente liquidato.

In occasione di tale sentenza, pertanto, la Corte di Cassazione ribadisce la concezione nostrana dell'istituto risarcitorio, la cui funzione meramente ripristinatoria e neanche

---

Venezia di non delibare la sentenza della Contea di Jefferson, che potrebbe risultare, paradossalmente, anche per lo stesso sistema americano. Secondo tale Autore, inoltre, anche la posizione assunta dalla Corte di Cassazione non può che considerarsi valida: la non irragionevolezza e la congruità della decisione della Corte di Appello hanno posto la Suprema Corte di poter e dover solo confermare quanto statuito in primo grado. Cfr. P. FAVA, *Punitive Damages e ordine pubblico: la Cassazione blocca lo sbarco* in Corr. Giur., IV, 2007, p. 497 ss.

lontanamente sanzionatoria o punitiva,<sup>373</sup> incontra un punto di frizione<sup>374</sup> con il concetto di danno punitivo che, invece, implica una particolare commistione tra sanzione civile e

---

<sup>373</sup> A ben vedere, tale punto di osservazione non appare pacificamente condiviso dall'intera dottrina: il fatto che la ricorrente faccia riferimento sia al danno morale che alla clausola penale rappresenta un dettaglio che, secondo taluno, non è in grado di sollecitare la giusta risposta da parte della Corte di Cassazione. In altri termini, sebbene la clausola penale non possa definirsi come un rimedio risarcitorio dal retrogusto punitivo, vi sono altre ipotesi che rappresentano un chiaro invito a rileggere la prospettiva meramente compensativa a cui si ritiene sia protesa la disciplina del risarcimento del danno in Italia. Il rinvio è immediato alla normativa sulla retroversione degli utili di cui all'art. 125 cod. propr. Industriale, o la riparazione del pregiudizio causato in occasione della violazione dell'art. 12 L. 47 del 1948. Secondo tale posizione, dunque, tale interferenza della giurisprudenza statunitense non dovrebbe essere paragonata ad un incubo da allontanare, quando piuttosto fungere da spunto di riflessione per una risistemazione dell'intera normativa che disciplina la responsabilità civile extracontrattuale. Cfr. P. PARDOLESI, *Danni punitivi all'indice?* In *Danno e Resp.*, 2007, XI, p. 1125 ss. Inoltre, va per completezza richiamata l'opinione di chi ravvede in tale netto giudizio della Corte di Cassazione una prospettiva fallace: l'evidente sproporzione tra il danno subito e il risarcimento successivamente ottenuto se da un lato può creare ragioni di disuguaglianza sociale sotto il profilo privatistico, può rivelarsi, invece in una proiezione pubblicistica, un ottimo strumento posto a tutela di interessi superindividuali in cui il mero ripristino dello *status quo* non si presenta in grado di svolgere un ruolo adeguatamente deterrente e preventivo. Si pensi ad ambiti come quello dell'ambiente, sicurezza e salute pubblica, e ancora, tutela del consumatore, in simili settori il rimedio compensativo ovviamente non riesce ad adempiere una funzione di deterrenza e il concetto di *punitive damages* potrebbe rappresentare la risoluzione a tale inefficienza. Cfr. in tal senso V. SCALISI, *Illecito e responsabilità civile: fondamento e senso di una distinzione* in *Riv. Dir. Civ.*, VI, 2009, p. 657 ss.

<sup>374</sup> Giova menzionare la posizione di S. Oliari che, auspicando una revisione della prospettiva della Corte di Cassazione, riconduce la ragione di tale stallo giurisprudenziale ad un vero e proprio effetto sorpresa che avrebbe colto la Corte di Appello e conseguentemente la Suprema Corte. Secondo l'Autrice, infatti, l'interpretazione della clausola di ordine pubblico andrebbe calibrata al caso di specie e di volta in volta filtrata sulla base delle esigenze del caso concreto: il rischio è che una visione troppo restrittiva possa comportare una proiezione errata della realtà in cui la clemenza delle Corti Statunitensi appare fortemente contrastata, senza peraltro ragioni valide, dall'eccessivo formalismo della autorità giurisdizionale italiana. Interessante è la prospettiva di analisi proposta, finalizzata a comprendere se l'ordine pubblico come considerato dalla Corte di Appello di Venezia contrasti con la sentenza *ex se* o con gli effetti che questa stessa produce. La differenza è sostanziale: il fatto che vi sia stato l'accertamento della responsabilità della Società produttrice di caschi fa leva sulla corretta valutazione di un nesso eziologico, il problema dunque riguarda il *quantum* della liquidazione e

sanzione penale,<sup>375</sup> principalmente figlia delle contaminazioni tra i due settori giuridici i cui confini non appaiono nettamente definiti.<sup>376</sup>

---

respingere *tout court* il giudizio di responsabilità potrebbe rilevarsi più deleterio dell'ingresso stesso di una liquidazione ultracompensativa. Cfr. S. OLIARI, *I danni punitivi bussano alla porta: la Cassazione non apre* in Nuova Giur. Civ. Comm., 2007, I, p. 981 ss.

<sup>375</sup> Una posizione particolare è assunta da E. D'Alessandro, la quale conduce il danno punitivo alla categoria delle pene private, e che non si palesa esplicitamente contraria alla delibazione dei *punitive damages*, soprattutto qualora questi siano liquidati secondo schemi nuovi a cui le varie Corti statunitensi sembrano rifarsi, imbrigliati nel *quantum* dall'individuazione di un minimo e un massimo edittale. Secondo tale prospettiva, la natura polifunzionale delle liquidazioni punitive, non esclusivamente retributive, come le pene criminali, ma asservite a molteplici scopi, riportano tali forme di danno all'interno del settore civilistico, ponendo dubbi applicativi in sistemi giuridici in cui la responsabilità civile e il conseguente risarcimento pretendono a finalità esclusivamente compensatorie. Invero, il concetto di contrarietà all'ordine pubblico, merita di essere smussato nei suoi spigoli: vi sono, infatti, ipotesi di sanzioni civili anche nel contesto italiano, che, pertanto, non si può considerare in astratto assolutamente contrario a tali forme di risarcimento del danno. L'analisi, quindi, va effettuata nel concreto, anche se da indagine sommaria appare chiaro che la ratio sottesa ai *punitive damages* non è certamente speculare a quella che il legislatore del 1942 aveva previsto in caso di danno aquiliano. E. D'ALESSANDRO, *Pronunce americane di condanna ai punitive damages e problemi di riconoscimento in Italia* in Riv. Dir. Civ., 2007, I, p. 383 ss.

<sup>376</sup> La particolare consistenza del danno punitivo è descritta nel contributo di V. Tomarchio, l'Autrice, infatti, pone in evidenza come l'ibrida natura dei *punitive damages* sempre non trovare spazio nel contesto italiano proprio in ragione della sintesi poco scandita che rappresenta tra forme di sanzioni penali e ipotesi di giustizia civile privata, concetti questi entrambi non riconosciuti nel diritto italiano in quanto fattori di una confusionaria prospettiva giuridica. L'idea che un privato possa autonomamente esercitare una particolare forma di giustizia penale personale irrigidisce l'intero settore giurisprudenziale che rappresenta il solo detentore del dovere di condannare per azioni illecite, non squisitamente civili. Certo tale prospettiva non deve dimenticare le impostazioni minoritarie che nei Tribunali italiani sembrano riconoscere forma particolarmente atteggiate di risarcimenti, come quelli scaturenti dalla lite temeraria ad esempio, che non guardano solo alla sfera patrimoniale del danneggiato, ma anche alla condotta tenuta dall'autore del danno, sebbene, resta ferma la necessaria proporzione tra il pregiudizio subito e la condanna economica a cui soggiace l'agente. Per ulteriori approfondimenti V. TOMARCHIO, *Non risarcibilità dei danni punitivi. Anche la Cassazione esclude il risarcimento dei danni punitivi* in Giur. It., 2007, XII, p. 2724 ss.



Tale imperturbabile posizione<sup>377</sup> viene, qualche anno dopo, ribadita dalla Suprema Corte che nuovamente viene chiamata in causa per dirimere una controversia sorta presso la Corte di Appello di Torino, incaricata di delibare la sentenza della Corte Suprema di *Cambridge* in *Massachusetts* che, in una duplice occasione, aveva statuito a favore di un lavoratore un risarcimento dal valore di 5.000.000 di dollari in seguito ad un infortunio verificatosi durante l'orario di lavoro. In quell'occasione, la Corte di Appello di Torino riteneva che le statuizioni perfettamente legittime potevano essere riconosciute in Italia in ragione della non contrarietà all'ordine pubblico desumibile alla violazione dell'art. 64, lett g) della L. 218 del 1995: si adduceva, come consolidato anche in Cassazione, che la mancanza della motivazione della sentenza non rappresentava *ex se* ragione di non delibazione e, inoltre, si giustificava il procedimento di liquidazione del danno di un così elevato importo tenendo a mente la grave disabilità procurata dall'incidente e la giovane età del danneggiato. Invero, la posizione della Corte di Cassazione in tale siffatta ipotesi fu riepilogativa di quella sostenuta precedentemente nel 2007: sebbene restasse ancorata all'idea che il risarcimento del danno nell'ordinamento italiano non poteva che rivestire un ruolo ripristinatorio e squisitamente compensativo, finalizzato al riequilibrio della sfera giuridica del danneggiato, attraverso una riallocazione delle ricchezze che spostava il pregiudizio economico fuori dal patrimonio di colui che materialmente l'aveva patito, la statuizione di un risarcimento di tale portata

---

<sup>377</sup> Posizione tra l'altro amaramente criticata da G. Ponzanelli, il quale, delineando da un lato il concetto di *punitive damages* e, dall'altro, la sussistenza di ipotesi dal sapore misto anche nel contesto italiano, rimprovera la Corte di Cassazione, dai toni poco realisti e restia a qualsivoglia visione moderna del sistema. Da condividere, inoltre, l'analisi condotta per delineare l'istituto d'oltreoceano, le cui peculiarità vanno ricercate in presupposti processuali e sostanziali del procedimento risarcitorio negli *States* e che non necessariamente devono essere arginati sul suolo continentale, soprattutto alla luce della rinnovata prospettiva delle pene private che sul finire degli anni '70. Per ulteriori aggiornamenti G. PONZANELLI, *I danni punitivi* in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2008, II, p. 25 ss.

lasciava presumere il ricorso all'istituto dei *punitive damages*, benché non vi fosse una esplicita qualificazione da parte della Corte statunitense.<sup>378</sup>

---

<sup>378</sup> Invero, la posizione in tale fattispecie assunta dalla Corte di Cassazione alimentò una serie di critiche ad un'impostazione tanto restia ad una visione più ampia del fenomeno risarcitorio. Per la prima volta, infatti, una corte di merito aveva mostrato uno spiraglio di armonizzazione nei confronti di un risarcimento del danno ben oltre le richieste delle parti, seppur non formalmente individuato come punitivo. Inoltre, la *questio* giuridica che riguardava un pregiudizio prodottosi a danno di un giovane uomo, in un contesto lavorativo e con importanti conseguenze a livello fisico, sembrava in grado di mistificare e in qualche modo giustificare una così ampia definizione del quantum, senza rappresentare un'enorme deroga al sistema italiano. La Corte di Appello di Torino, così, prendendo in prestito quanto già stabilito in sede di legittimità più volta, faceva leva sull'idea che la mancanza della motivazione non rappresentasse un ostacolo insormontabile, non implicando di per sé contrarietà all'ordine pubblico. Viene in tal modo avanzata un mutamento di prospettiva, cambiamento non gradito dalla Corte di Cassazione che cassa e rinvia alla Corte di Appello, sottolineando la *ratio* compensativa sottesa al risarcimento del danno. Certamente non si può affermare che la dottrina unanimemente abbia strizzato l'occhio a tale imposizione di revisione: come affermato da P. Pardolesi che sostiene come la decisione assunta dalla Corte di Cassazione sia qualificabile come "claudicante", soprattutto in contesto che ormai non è più limitato ai confini nazionali e che deve tenere in considerazione il dialogo con altri stati, che sia esse avvezzi alla figura dei *punitive damages* o no. A tal proposito l'Autore riporta come esempio l'apertura registrata presso la Corte di Cassazione francese, in cui per la prima volta nel dicembre 2010, concede l'ingresso ad una sentenza straniera di condanna ad un risarcimento punitivo, richiedendo come unico parametro da rispettare la non manifesta sproporzione tra il danno arrecato e il risarcimento liquidato. Cfr. P. PARDOLESI, *La Cassazione, i danni punitivi e la natura polifunzionale della responsabilità civile: il triangolo no!* In Corr. Giur., 2012, VIII-IX, p. 1070 ss. Medesimo tono di disappunto è tenuto da G. Ponzanelli, il quale giudica la censura della Corte di Cassazione assolutamente severa, in ragione del fatto che, ammesso e non concesso che la punizione sia finalità distante da quelle meramente ripristinatorie che il sistema italiano persegue, la sentenza straniera non faceva alcun riferimento al concetto di danno punitivo e soprattutto emerge la parzialità della Suprema Corte quando richiede che la Corte di Appello revisioni la questione tenendo in dovuta considerazione la vistosa lacuna motivazionale che contraddistingue la sentenza americana. Insomma sembra proprio che stavolta la Corte di Cassazione richieda un controllo ultroneo, non disciplinato da alcuna legge e soprattutto troppo ostile nei confronti di un meccanismo di quantificazione non etichettato come sanzionatorio, atteggiamento vagamente più aperto che dovrebbe essere quasi sentito in un momento storico in cui ipotesi di liquidazioni non meramente compensative affiorano anche nel contesto italiano, come avvenuto per la lite temeraria. Cfr., G.

Tale prospettiva ribadiva come il *focus* restava il pregiudizio subito dal danneggiato, a nulla rilevando la condotta, più o meno spregevole, di colui che verrà poi individuato come responsabile dell'illecito. Costante rimane l'impostazione secondo la quale, non è di per sé l'assenza della motivazione, o la lacuna di una concreta spiegazione delle ragioni che hanno comportato un provvedimento di tal sorta, il profilo problematico, a ben vedere, si concretizza nella inidoneità della statuizione in specie a spiegare l'*iter* quantificativo del danno, che, *prima facie*, si presenta sproporzionato rispetto anche alla richiesta presentata dalla parte in causa negli *States*. La Corte di Cassazione, sulla base di tale assunto, accoglie il ricorso e cassa la sentenza rinviandola alla Corte di Appello di Torino, sempre sottolineando che la valutazione sulla effettiva proporzionalità della liquidazione risarcitoria resta un giudizio di fatto riservato alla Corte di Appello, su cui non vi è sindacabilità di legittimità in alcun caso.

Ciò che, quindi, emerge, ripercorrendo le ipotesi che hanno posto esplicitamente la Corte di Cassazione dinanzi al bivio, confermare o cassare la delibazione di sentenze straniere contenenti statuizioni risarcitorie direttamente o indirettamente punitive, è la mancanza di volontà di qualsivoglia rilettura sistematica: è perennemente ribadito il solo scopo compensativo e ogni suggerimento di quantificazione vagamente deterrente o punitiva rappresenta a dir poco un sacrilegio. Giova porre in evidenza, però, che sebbene tale prospettiva della giurisprudenza di legittimità si sia presentata come imperturbabile la continua sollecitazione, da un lato dottrinale e dall'altro legislativa, hanno poco dopo condotto ad un mutamento di prospettiva, in grado di forzare le maglie del sistema risarcitorio italiano.

---

PONZANELLI, *La Cassazione bloccata dalla paura di un risarcimento non riparatorio* in *Danno Resp.*, 2012, VI, p. 609 ss.

### 3.1. LA SENTENZA 16601 DEL 2017 E LA RILETTURA DEL SISTEMA.

Epilogo della vicenda è rappresentato dalla sentenza a Sez. Unite pronunciata nel luglio 2017 dalla Corte di Cassazione,<sup>379</sup> a cui però bisogna giungere per gradi: giova, infatti, iniziare richiamando la ordinanza di rimessione alle sez. Unite del 2016 che, per la prima volta in maniera concreta, ha mostrato i segni di cedimento anche nella giurisprudenza di legittimità. Nonostante, invero, la cristallizzata prospettiva compensativa che la Corte di Cassazione<sup>380</sup> ha sempre condiviso e rappresentato come la sola funzione riconducibile all'istituto del risarcimento del danno -da ultimo confermata a sezioni Unite nel luglio 2015 in occasione della questione riguardante l'ammissibilità del danno tanatologico, di cui si approfondirà in seguito- nell'aprile 2016 la III sezione della Corte rimette all'attenzione della Sezioni Unite

---

<sup>379</sup> Corte Cass., Sez. Un., 5 luglio 2017 n. 16601 in Foro it., 2017, I, p. 2630 ss., con nota di P. G. MONATERI, *I danni punitivi al vaglio delle sezioni unite*; E. D'ALESSANDRO, *Riconoscimento di sentenze di condanna a danni punitivi: tanto tuonò che piovve*; A. PALMIERI E R. PARDOLESI, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*.

<sup>380</sup> Giova porre in evidenza la considerazione che di tale prospettiva detiene Autorevole dottrina, secondo tale visione, infatti, la funzione esclusivamente compensativa della responsabilità civile resta una prerogativa della sola Suprema Corte, probabilmente sola nel perseverare e riconoscere una *ratio* meramente ristorativa al risarcimento del danno. Può desumersi, infatti, dagli scritti di G. Alpa, S. Rodotà e P. Trimarchi, fin dalla metà del secolo scorso insomma, che svariate sono le funzioni che la responsabilità civile soddisfa, il che lascia intuire che l'opposizione all'ingresso dei *punitive damages* ha una connotazione squisitamente pretoria, apparendo la dottrina orientata in senso opposto. Inoltre, merita un richiamo l'opinione di chi, nell'ordinanza di rimessione di cui si parla, riconosce non solo un problema di ordine pubblico, quanto piuttosto un quesito sintetizzabile che si riferisce proprio alle funzioni sottese al giudizio risarcitorio, da cui scaturiscono come conseguenze la problematica della delibabilità delle sentenze straniere e l'eventuale approccio che il nostro ordinamento assume nei confronti di tali forme di liquidazioni, tenendo in ogni caso a mente la diffidenza con cui ci si relaziona da sempre all'istituto delle pene private, che molteplici punti di collegamento sembra avere con i danni ultracompensativi. A bene vedere, però, la incompatibilità risulta frutto di una errata prospettiva protezionistica che se negli Stati Uniti si consolida nella presenza di una giuria, a garanzia del convenuto, negli ordinamenti di *civil law* è condensata nella figura tecnica del giudicante, preparata anche alla liquidazione del *quantum*. Cfr. in tal senso P. G. MONATERI, *La delibabilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi finalmente al vaglio delle Sezioni Unite* in *Danno Resp.*, 2016, VIII-IX, 827 ss.

la questione in merito all'ammissibilità dell'istituto dei danni punitivi nell'ordinamento italiano, in occasione della riforma di una sentenza della Corte di Appello di Venezia che aveva dato giudizio positivo al procedimento di delibazione di una pronuncia della Florida di qualche anno prima. La particolare situazione di perplessità che aveva suscitato tale provvedimento sollecitò il relatore del caso a richiamare l'attenzione del Primo Presidente al fine di giungere ad una conclusione uniforme, che potesse, in un certo qual modo, indicare l'atteggiamento da assumere in simili fattispecie di delibazioni di pronunce statunitensi, invero, ultimamente sempre più frequenti.<sup>381</sup> Il punto certamente principale è rappresentato dal concetto di ordine pubblico, inteso talvolta come interno e talaltra come internazionale, che fin dalle origini ha rappresentato il filtro in grado di inibire l'ingresso di tali provvedimenti stranieri, che, come la stessa Corte ha sostenuto, deve fungere da "limite soltanto nella potenziale aggressione del prodotto giuridico straniero ai valori essenziali dell'ordinamento, da valutarsi in armonia con quelli della comunità internazionale". A ben vedere emerge da quanto statuito nell'ordinanza di rimessione l'ormai diacronica applicazione del concetto di ordine pubblico nella sua veste originaria, forse troppo restrittiva e poco conciliante con un sistema giuridico che, volente o nolente, non può esimersi

---

<sup>381</sup> Giova porre in evidenza, prendendo in prestito quanto affermato da Autorevole dottrina, che l'interrogativo posto dall'ordinanza in questione non sorge da un conflitto all'interno della Corte di Cassazione. Invero, la posizione della giurisprudenza si presenta particolarmente compatta: nelle precedenti ipotesi in cui si chiedeva la delibazione di una sentenza statunitense che predisponesse ipotesi di risarcimento compensativi, dinanzi alla titubante giurisprudenza di merito che sembrava poco convinta della nettezza della soluzione, la Suprema Corte mai aveva lasciato intravedere dubbi o ripensamenti. Il problema che si poneva riguardava, dunque, la spinta propulsiva della dottrina che ormai sottolineava sempre più spesso quanto la Corte di Cassazione avesse assunto una posizione isolata. Del resto la necessità di cristallizzare una responsabilità civile multifunzionale, da cui non poteva distanziarsi il fattore della deterrenza, e la componente sanzionatoria che appariva ormai fusa con quella compensativa in fase di liquidazione del danno alla persona, implicavano la necessità di rivedere il concetto di ordine pubblico che, forse, rimaneva l'unico parametro troppo rigido in grado di impedire la corretta omogeneizzazione nell'universo della responsabilità civile, non solo a livello interno ma soprattutto internazionale. In tal senso, G. PONZANELLI, *Possibile intervento delle Sezioni Unite sui danni punitivi* in *Danno Resp.*, 2016, VIII-IX, p. 836 ss.

dall'interazione con un contesto sovranazionale e con sistemi giuridici diversi. L'idea, infatti, che il legislatore abbia disciplinato una determinata maniera seguendo una direttrice ben precisa non può, di per sé, implicare il rigetto di statuizioni straniere che prevedono un'armonizzazione della medesima disciplina differente, eccetto che nelle ipotesi in cui tale diversa impostazione si riveli un'aggressione al nucleo di principi generali che denotano l'essenza ontologica del sistema ricevente e che, per tale ragione, ravviserebbe nella delibazione della statuizione straniera una vera e propria invasione e uno schiacciamento delle peculiarità che caratterizzano la consistenza di principi giuridici irrinunciabili.

Secondo tale prospettiva è “doveroso” il contrasto con l'ordine pubblico, ogni qual volta la libertà del legislatore di procedere in una prestabilita direzione rappresenta un mero indirizzo storicamente orientato nonché proiezione di un valore squisitamente temporaneo, e che potrebbe finire col minare l'organicità del dialogo internazionale, in ragione del fatto che un simile giudizio si rivela come una valutazione simile a quella di costituzionalità, ma che a differenza di quest'ultima si presenta come preventiva e virtuale.<sup>382</sup> Secondo tale ragionamento sorge un vero e proprio dubbio rispetto all'incompatibilità dell'istituto dei danni punitivi con l'ordinamento italiano:<sup>383</sup> invero, non è ravvisabile in astratto una

---

<sup>382</sup> Coerente con tale impostazione il pensiero di M. LOPEZ DE GONZALO, *La Corte di Cassazione cambia orientamento sui punitive damages* in *Dir. Comm. Intern.*, 2017, III, p. 714 ss., in cui l'Autore definisce il concetto di ordine pubblico così come inteso dalla Suprema Corte “datato” e poco coerente con le più recenti letture, spesso oggetto di attenzione nella disciplina del commercio internazionale. Sull'evoluzione del concetto di ordine pubblico si tenga in considerazione anche A. MALOMO, *Responsabilità civile e funzione punitiva*, Napoli, 2017, in cui l'Autrice pone in evidenza la mutazione a cui si è assistito: la clausola in questione, infatti, sembra oggi abbandonare la dimensione pluralista per giungere ad un'accezione dai connotati unitari e complessi.

<sup>383</sup> Non può negarsi in questa sede che il profilo maggiormente problematico è riconducibile non ad un'astratta inconciliabilità dell'istituto, visto anche l'inciso della legge 218 del 1995 che richiede per la non delibabilità la produzione di “effetti” contrari all'ordine pubblico, bensì alla logica sottesa a tali forme di liquidazioni e all'imprevedibilità sulla base della quale questi stessi sono quantificati. Pertanto, appare necessario un intervento della Corte di Cassazione a Sezione Unite al fine di comprendere come forzare le maglie degli sistema, restando al contempo fedeli alle direttive che il legislatore ha impartito *ab origine*. In tal senso cfr. M.

inconciliabilità, inoltre, fortemente in dubbio viene posta l'unicità dello scopo sotteso all'istituto della responsabilità civile, comunemente finalizzato alla compensazione del danno subito dal soggetto leso. L'ormai stringente dialogo dell'ordinamento italiano con il contesto internazionale e sovranazionale implica il richiamo all'ordine pubblico come filtro in ipotesi in cui lo strumento giuridico straniero rischi di minare l'assetto originario nonché costituzionale del sistema. Intuitivamente si comprende che per poter vagliare correttamente tale prospettiva bisogna rispondere a due quesiti sottesi: se la responsabilità civile nel sistema italiano rivesta realmente un solo scopo ristorativo e compensativo<sup>384</sup> e se tale finalità possa essere elevata a rango costituzionale, comportandone l'ingresso tra quei principi, tutelati dalla clausola di ordine pubblico e, pertanto, non sacrificabili, neanche in sede di delibazione di pronunce straniere.

A ben vedere, sembrerebbe azzardata una simile affermazione, anche secondo la Corte di Cassazione che nell'ordinanza di rimessione dell'aprile 2016 pone in risalto che numerosi

---

GAGLIARDI, *Uno spiraglio per i danni punitivi: ammissibile una sfumatura sanzionatoria nel sistema di responsabilità civile* in Nuova Giur. Civ. Comm., 2016, X, p. 1285 ss.

<sup>384</sup> A tal proposito giova prendere in prestito le parole di C. Scognamiglio, il quale ripercorrendo l'intero *iter* deliberatorio pone in evidenza come, invero, la questione riguardante la multifunzionalità della responsabilità civile non si presenta che come una via obbligata al fine di raggiungere il risultato di riconoscimento delle sentenze statunitensi articolate su una liquidazione punitiva. A ben vedere, inoltre, l'Autore sottolinea come la questione funzionale rappresenta una prospettiva privilegiata di indagine per qualunque studioso che si avvicini all'istituto della responsabilità civile, in quanto in grado di condensare al suo interno una serie di momenti storici che hanno segnato l'evoluzione dell'intero contesto risarcitorio che hanno visto avvicinarsi una serie di finalità, tenendo sempre ben a mente che il profilo sanzionatorio è qualcosa che il giurista del XX secolo aveva già abbondantemente avuto modo di conoscere nel vigore del codice Pisanelli. Ovviamente anche il restringimento della portata della clausola dell'ordine pubblico ha contribuito alla revisione di legittimità in merito ai danni punitivi, sebbene ipotesi assolutamente remota è quella di considerare un domani tali forme di risarcimento ultracompensativo come rimedio generale. La sola *ratio* sottesa alla sentenza del luglio 2017 deve essere, allora, ravvisata nella ricerca del parametro dell'effettività della tutela che non può rappresentare solo un fine teorico, ma un effetto pratico della giustizia nazionale e per farlo era necessario ampliare lo spettro funzionale dell'istituto della responsabilità civile. Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *I danni punitivi e le funzioni della responsabilità civile* in Corr. Giur., 2016, VII, p. 912 ss.

sono ormai gli strumenti che, appartenenti all'ordinamento italiano o creazione del medesimo legislatore, lasciano intuire che forse la funzione solo compensativa non basta per spiegare l'intero universo della responsabilità.<sup>385</sup> Ipotesi più o meno recenti, come le *astreintes* nel sistema civile e amministrativo, la lite temeraria, la retroversione degli utili e le sanzioni previste nella legge sulla stampa del 1948, la disciplina della depenalizzazione presentata nel 2016, e non da ultimo il perenne conflitto che divide la dottrina sulla valenza soddisfattiva della liquidazione del danno alla persona, appaiono sufficienti a stimolare un cambio di prospettiva nell'interprete che erra se resta troppo legato alle elaborazioni dottrinali dell'epoca fascista. Del resto la responsabilità aquiliana sorge dalla *lex aquilia* che di compensativo aveva poco

---

<sup>385</sup> Il profilo di indagine che mira a verificare la sussistenza di molteplici funzioni della responsabilità civile, per taluno, deve tenere in debito conto del procedimento di liquidazione del danno che può fungere da rilevante strumento anche per comprendere come il meccanismo civile delle responsabilità riesce a coordinarsi con una *intentio* penale, ma senza confondersi con quest'ultima. Invero, il nocciolo della questione, può essere riassunto prendendo come punto di inizio la liquidazione del *quantum* risarcitorio e la valutazione discrezionale, più o meno, assicurata al giudice in punto di individuazione del risarcimento. Il fatto che, a ben vedere, il legislatore abbia imbrigliato in canoni specifici il meccanismo di quantificazione implica il richiamo ad un parametro necessario che è quello della proporzionalità, tipizzato nel nostro ordinamento all'interno delle disposizioni *ex* artt. 1223 e 2056 c.c., e che pongono in evidenza come il giudice possa distaccarsi da tali indicazioni solo qualora non sia possibile giungere alla definizione del preciso ammontare. Invero, secondo una prospettiva degna di nota, la disciplina dei danni punitivi potrebbe risultare non troppo lontana dall'ordinamento nazionale e potrebbe protendere a fini non ben chiari, ma utili: la possibilità, infatti, di ammettere tali liquidazioni ultracompensative non esclusivamente finalizzate al ristoro del danneggiato può rilevare in considerazione della potenziale utilità di sanzioni civili in sostituzione di pene restrittive della libertà personale, troppo nette per prestarsi all'utilizzo anche in settori come quelli della responsabilità aquiliana. Impostazione quest'ultima, peraltro, non così avulsa dalla prospettiva italiana in considerazione anche della recente legge di depenalizzazione (d. lgs. 6 e 7 del 2016) che hanno garantito nuova linfa a tale prospettiva. Cfr. S. LADINI, *La condanna a danni punitivi tra penale e civile: la questione rimane attuale* in *Dir. Pen. Proc.*, 2017, II, 262 ss. Al concetto di polifunzionalità approda anche F. Benatti che, se da un lato coglie la necessità di instaurare un dialogo con la disciplina statunitense, dall'altro pone in evidenza che nei paesi d'oltreoceano è in corso un'operazione opposta, tendente ad imbrigliare tale facoltà liquidatoria del giudice. Cfr., F. BENATTI, *Benvenuti danni punitivi.. o forse no!* in *Banca Borsa ecc.*, 2017, V, p. 575 ss.



o nulla ma che serviva sostanzialmente a non turbare la pace del sovrano qualora l'illecito commesso non fosse grave al punto da richiedere la comminazione di una pena restrittiva. A tali interrogativi, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite, nel luglio 2017 sembra rispondere con un fare diverso, una prospettiva aperta, quasi possibilista, ma a conti fatti, sempre accuratamente misurata.<sup>386</sup> Partendo dalla sempre ferma *ratio* compensativa che negli anni ha racchiuso e disciplinato il fare della responsabilità civile, le Sezioni Unite si mostrano disposte a confrontarsi con la sussistenza anche di una componente punitiva e deterrente che denota il risarcimento del danno in ambito civile, sebbene una simile peculiarità latamente derogatoria va riconosciuta solo nelle ipotesi in cui sia stato lo stesso volere del legislatore a disegnare i contorni di istituti, invero, per certi versi anomali, perchè alimentati da finalità di riequilibrio che, sotto il profilo pragmatico, poi implicano un allontanamento dal mero ristoro.<sup>387</sup> Da quanto asserito, pertanto, risulterebbe anacronistico negare che nella responsabilità civile affiorino talvolta fattori di deterrenza e sanzione, come del resto anche la Corte Costituzionale circa un anno fa ha avuto modo di ammettere in occasione dell'analisi della lite temeraria, ma non va trascurato, però, che tale innovativo volto del risarcimento del danno deve in ogni caso fare i conti con un'intermediazione legislativa, in omaggio al

---

<sup>386</sup> Invero, per citare letteralmente Autorevole dottrina "Dare ingresso a un mosaico funzionale più complesso aiuta, sul piano della teoria dell'argomentazione, a rivisitare, con cadenze meno asfittiche di quelle imposte da dogmi che non hanno ragion d'essere, taluni avvitamenti dell'elaborazione in materia di illecito extracontrattuale". In altri termini, quanto affermato si presenta strategico, ma forse non così innovativo. Cfr. A. PALMIERI e R. PARDOLESI, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile* in Foro It., IX, 2017, 2630 ss.

<sup>387</sup> Una delle ragioni che sembra aver sollecitato una riflessione della Suprema Corte è rappresentata dall'insieme delle novità legislative che negli ultimi dieci anni hanno innovato il panorama della responsabilità civile e delle pene private. Il riemergere delle sanzioni civili sul finire degli anni '80 e al contempo l'introduzione di alcune forme di ristoro latamente deterrenti e sanzionatorie, hanno funzionato da sprone per la giurisprudenza di legittimità che con meno diffidenza si è stavolta avvicinata al problema dei *punitive damages*, grazie anche ad una rilettura del concetto di ordine pubblico maggiormente concentrato sui precetti fondamentali che sulle norme di rango primario. Cfr. in senso conforme, M. LA TORRE, *Un punto fermo sul problema dei danni punitivi* in Danno Resp., IV, 2017, 421 ss.

precetto costituzionale che all'art. 23 implica che nessuna prestazione personale o patrimoniale possa risultare indenne da censura, salvo i casi in cui non sia stata legislativamente presupposta.

Quanto sinora affermato, però, deve comunque tener conto della trasformazione che il concetto di ordine pubblico ha subito,<sup>388</sup> principalmente in ragione di un assetto comunitario in perenne evoluzione, che a ben vedere non si sostituisce con il nucleo di principi interni dei singoli ordinamenti, ma che in taluni frangenti ne ammorbidisce gli spigoli, imponendo una convivenza e coesistenza che a lungo andare ha inevitabilmente destabilizzato la nettezza e chiusura dei singoli principi generali nazionali. Ciò che giova porre in risalto, a questo punto, è la dicotomica prospettiva di osservazione che il concetto di ordine pubblico ci concede, assumendo talvolta una veste processuale e talaltra una valenza sostanziale: inevitabile e indiscutibile è che la declinazione dell'ordine pubblico in ambito processuale non può fare a meno di recepire i frutti dell'assetto internazionale e sovranazionale che muta. Principi come diritto di difesa, equo giudizio e processo e tutela dei diritti fondamentali non possono permettersi il lusso di finire schiacciati da interpretazioni ambivalenti, altalenanti e quindi destabilizzanti; ma tale valutazione non può valere anche per l'ordine pubblico inteso nella sua accezione sostanziale: in tale ipotesi, invero, tale filtro funge da contenitore di una serie di principi generali che segnano le direttive legislative e pulsanti di un determinato sistema giuridico, l'identità più intima dello stesso, che per tale ragione non si presta a semplici e cicliche contaminazioni, ma muta solo in ipotesi eccezionali e unanimemente condivise. D'altro canto merita apprezzamento quanto suggerito nella sentenza del luglio 2017 in cui si specifica quanto poco proficuo sia il continuo rincorrere e sanzionare con l'incompatibilità istituti estranei alla logica interna, ma soprattutto quanto irrilevante si riveli la compulsiva

---

<sup>388</sup> In tal senso va posto in evidenza che negli ultimi provvedimenti la Corte di Cassazione fa leva sulla accezione internazionale della suddetta clausola, consentendo un ampliamento delle maglie della stessa in omaggio ad una finalità di armonizzazione con una serie di precetti di ordine internazionale e sovranazionale su cui regnano le norme dei Trattati dell'Unione, nonché la Carta dei diritti dell'uomo. Cfr. in senso conforme G. CORSI, *Le Sezioni Unite: via libera al riconoscimento di sentenze comminatorie di punitive damages* in *Danno Resp.*, IV, 2017, 429 ss.

ricerca per una corrispondenza tra istituti che di volta in volta cercano di far ingresso in diversi contesti legislativi, solo per poterne serenamente affermare la legittimità. A ben vedere, l'interazione tra ordinamenti statali differenti implica fisiologicamente l'incontro-scontro di pensieri, finalità e scopi diversi che si fronteggiano in conseguenza di una serie di valori che in alcuni casi sono considerati prevalenti all'interno di un sistema, ma che non necessariamente rivestono la medesima importanza in un altro. Si tratta di un rischio che non si può certamente evitare, ma che sicuramente si può gestire.<sup>389</sup>

La medesima conciliante posizione, inoltre, viene riconosciuta dalla Corte all'interazione dell'ordinamento italiano con l'istituto dei danni punitivi di origine statunitense, statuizione quella del luglio 2017 che comunque non sconvolge l'assetto in vigore, ma fornisce una possibilista chiave di interpretazione, senza sbilanciarsi in valutazioni che sovrappongono

---

<sup>389</sup> È a tal proposito che la Corte di Cassazione prevede una serie di tre requisiti la cui sussistenza si rivela necessaria per la verifica di una corretta individuazione della responsabilità per il illecito, in grado in un secondo momento di essere delibata nel sistema italiano, anche nell'ipotesi in cui la somma individuata come *quantum* non sia strettamente compensativa. A tal proposito, però, meritano un richiamo le valutazioni immediatamente successive all'individuazione dei presupposti, che la Corte ha ommesso, ma che certamente non possono passare inosservati. I criteri sono: a. la tipicità, che appare soddisfatto dalla struttura normativa americana che, diversamente nei vari stati, tipizza forma di *punitive damages*; b. prevedibilità, che è sottesa ad ogni ipotesi di imputazione punitiva, sia essa civile o penale, perché funge da garanzia nei confronti del soggetto autore dell'illecito, il quale deve essere inconfutabilmente cosciente dell'antigiuridicità della sua condotta; c. proporzionalità, che sottende il bilanciamento del *quantum* liquidatorio con la riprovevolezza del comportamento del responsabile. Detto ciò, autorevole dottrina aggiunge, il canone di proporzionalità comporta conseguenze di non poco conto: invero, la preponderanza del profilo compensativo dunque, imporrebbe che il *quantum* assegnato per *ratio* compensativa debba in ogni caso essere superiore a quello dallo scopo punitivo, mera percentuale di accrescimento del primo. Inoltre, non viene specificato se la somma qualora sia moltiplicata (*duplum* o *triplum*) sia considerabile ugualmente proporzionata. In altri termini, la prospettiva nuova della Suprema Corte entusiasma, ma bisogna capire fino a che punto concretamente non si traduca in un caos giudiziario, vista la funzione di verifica quantitativa è lasciata nelle mani delle Corti di Appello che, ovviamente, decideranno in piena autonomia, paventano il rischio di giudicati simili nell'oggetto ma contrari nella esecuzione. Cfr. E. D'ALESSANDRO, *Riconoscimento di sentenze di condanna a danni punitivi: tanto tuonò che piovve* in Foro It., 2017, IX, 2639 ss.

l'istituto dei *punitive damages* con strumenti di nazionale consistenza. La pronuncia recente, infatti, con precisione sottolinea che nucleo del problema è la verifica di una aperta contraddizione che implica un non recepimento dello strumento straniero che “bussa alla porta”. Invero, la stretta riserva costituzionale prevista all'art. 23 riguarda istituti nazionali, ma un diverso valore assume in relazione alla delibazione di sentenze straniere, che vanno in ogni caso uniformate e amalgamate al fine di evitare un nociva frammentarietà.<sup>390</sup> Ciò che, pertanto, deve rilevare è l'ancóraggio normativo che sussiste nel paese di origine della pronuncia straniera<sup>391</sup> e che adeguatamente disciplina l'istituto dei danni punitivi, tale valutazione non deve essere fatta rispetto alla predisposizione di figure affini in Italia, non essendo in dubbio in questo frangente l'ingresso di una normativa straniera, ma la delibazione di una sentenza già risolta sulla base di principi di diritto, sebbene posti a fondamento di un

---

<sup>390</sup> Degna di nota la critica che Autorevole dottrina muove a tale valutazione da parte della Corte di Cassazione: secondo tale impostazione, infatti, il richiamo all'art. 23 Cost. non si presenta come del tutto pertinente visto il ristretto àmbito di applicazione che si focalizza su sanzioni di stampo principalmente impositivo e amministrativo, ma soprattutto che si riferisce a previsione squisitamente interne e che quindi sembra tenere pochi punti di contatto con ipotesi di liquidazioni ultracompenso statunitensi. Il precetto costituzionale piú adeguato da richiamare, pertanto, andrebbe individuato nell'art. 25 della Costituzione, che riguarda la riserva di legge penale, della sanzione che deve essere tipica e proporzionata, mostrando come proprio la Corte di legittimità nel prosieguo della statuizione abbia poi richiamato tali caratteristiche. Cfr. per ulteriori approfondimenti C. CONSOLO, *Riconoscimento di sentenze, specie USA e di giurie popolari, aggiudicanti risarcimenti punitivi o comunque sovracompenso, 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 *Corr. Giur.*, VIII-IX, 2017, 1042 ss.

<sup>391</sup> A tal proposito va richiamato il commento di R. Simone che sembra intravedere in una simile affermazione della Corte di Cassazione una volontà di tipizzare ancóra una volta la responsabilità aquiliana che protesa ad ampliare il suo spettro di applicazione anche ad ipotesi d'oltreoceano, poi finisce a casa nostra, col prevedere delle condizioni di applicabilità rigide e che lasciano solo nella teoria la possibilità di delibare sentenze che liquidano danni punitivi. Certo resta che la giurisprudenza di legittimità si è aperta ad un'idea di responsabilità polifunzionale, ma questa innovazione ha un sapore antico, già trito e masticato da una dottrina che parla di molteplici funzioni dell'aquiliana azione fin dalla seconda metà del secolo scorso. Cfr. R. SIMONE, *La responsabilità civile non è solo compensazione: punitive damages e deterrenza* in *Foro It.*, IX, 2644 ss.

distinto ordinamento. Ciò che dunque deve attirare l'attenzione dell'interprete e del giudice, a cui si attribuisce la funzione di delibare un provvedimento straniero, non è la compatibilità più o meno evidente dell'istituto punitivo ma il riscontro della equità della decisione assunta nel diverso ordinamento nel rispetto di parametri normativi che necessariamente richiedono la sussistenza di due presupposti: la tipicità e la prevedibilità,<sup>392</sup> che implicano una chiara individuazione della perimetrazione della fattispecie e dei limiti quantitativi entro cui la sanzione oscilla, rilevando meno le ragioni che alla base di tali criteri si muovono, compensative o punitive che siano.<sup>393</sup> Nella prospettiva complessiva, inoltre, viene ribadito il rilievo dell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione che in ogni caso impone la legalità e la proporzionalità dei reati e delle pene, che si manifesta nella proporzionalità del risarcimento, rivesta esso una funzione sanzionatoria o compensativa, e l'effettiva condotta antiggiuridica tenuta.

Giova in tal senso porre in evidenza, inoltre, come la stessa Corte di Cassazione ha notato, che l'evoluzione nel contesto statunitense di valutazioni costituzionali e non relative all'adeguatezza delle liquidazioni positive non può passare inosservata: invero, sia il dubbioso rapporto con la *due process clause* che il paventato rischio di perpetuare un *bis in*

---

<sup>392</sup> Pone l'accento su tale prospettiva G. Ponzanelli, il quale sostiene la necessità che vi sia un parametro che risponda ai requisiti di tipicità e prevedibilità nell'ordinamento da cui proviene la sentenza da delibare che si risolve come il solo presupposto in grado di evitare il "divieto draconiano dell'ordine pubblico". Invero, la Corte di Cassazione si è espressa in maniera precisa sulla rivoluzione della clausola di ordine pubblico, sebbene il ruolo più rilevante in tale innovativa pronuncia del luglio 2017 è rivestito dal concetto di polifunzionalità della responsabilità civile, in grado certamente di fungere da ago di una bilancia che cerca ora un nuovo assetto, equilibrio che può ritrovarsi solo in un'ottica internazionale, fedele però ai principi costituzionali che rappresentano le radici del sistema giuridico interno. Cfr. G. PONZANELLI, *Dalle Sezioni unite solo uno spiraglio per il danno punitivo* in Quot. Dir., 2017.

<sup>393</sup> Tale atteggiamento, secondo Autorevole dottrina, rappresenta il trionfo di una prospettiva di tutela rimediabile, nella misura in cui non si pone il problema del diritto da proteggere, ma è solo dopo aver intercettato il danno arrecato e apprestato il rimedio più adatto al caso concreto che si può dedurre, allora, quanto merita tutela nell'ordinamento. A. DI MAJO, *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva* in Giur. It., 2017, 1787 ss.

*idem*, hanno sollecitato l'attenzione delle Corti statunitensi che in alcuni casi, tra cui *Bmw vs Gore* del 1996 o *Exxon* nel 2008, si sono occupate di riformare il *quantum* statuito in primo grado, ritenuto *grossly excessive*, e dunque sproporzionato rispetto alla lesione materialmente arrecata. Sulla base di questa ulteriore valutazione, pertanto, le Sezioni Unite concludono sostenendo la non generale incompatibilità dell'istituto dei danni punitivi con l'ordinamento italiano, fermo restando la valutazione nel caso concreto del provvedimento delibando.<sup>394</sup> E soprattutto la Suprema Corte si lascia andare nel sancire un principio di diritto estremamente interessante che riqualifica la funzione sottesa alla responsabilità civile,<sup>395</sup> non squisitamente compensativa,<sup>396</sup> ma con profili intrinseci di punizione e deterrenza che in senso astratto non

---

<sup>394</sup> Invero, tale mutamento di prospettiva nel contesto americano ha ottenuto significative conseguenze anche nell'approccio che la Corte di Cassazione ha deciso recentemente di sposare: secondo Autorevole dottrina, infatti, il cambiamento di prospettiva giurisprudenziale appare sostanzialmente legato a tre punti di svolta: da un lato, la diversa nozione di ordine pubblico che ha consentito una estensione delle maglie di tale concetto ora limitante la sua funzione conservativa ai soli principi costituzionale e fortemente caratterizzanti di un sistema giuridico nazionale; dall'altro, la differente visione dei danni punitivi, non più frutto di una discrezionale e arbitraria liquidazione, ma oggi improntati a canoni di prevedibilità più evidenti di quelli in passato utilizzati; infine, l'ampliamento del profilo funzionale riconducibile alla responsabilità civile, non più dalla valenza meramente compensativa, ma ora contaminata da sfumature deterrenti e sanzionatorie, in grado di assolvere ad una finalità più ampia e complessivamente più efficiente. Giova però condividere che in ogni caso, lo spiraglio aperto dalla Corte di Cassazione si presenta come un'illusione, essendo la polifunzionalità della responsabilità aquiliana comunque temperata da una necessaria intermediazione legislativa, che tiene sempre l'autorità giudicante imbrigliata in valutazione tendenzialmente non arbitraria ma esecutive di un volere alla base legislativo. Cfr. G. PONZANELLI, *Polifunzionalità tra diritto internazionale privato e diritto privato* in *Danno Resp.*, IV, 2017, 435 ss.

<sup>395</sup> Che si tratti di una sentenza principio è ribadito *ex multis* anche da M. Grondona, il quale concentra parte della sua analisi proprio alla polifunzionalità della responsabilità civile, ormai disancorata dall'idea che la sola *ratio* sottesa al giudizio di responsabilità sia la compensazione del danno arrecato/subito. Cfr. M. GRONDONA, *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale*, Napoli, 2017, p. 105 ss.

<sup>396</sup> Va in tal senso richiamato quanto affermato da Autorevole dottrina immediatamente dopo la pronuncia del luglio 2017: invero, la polifunzionalità della responsabilità civile si presenta come fenomeno già quasi unanimemente sostenuto dalla dottrina e implica una positiva rivalutazione da parte della giurisprudenza che

escludono applicazioni punitive, sebbene solo qualora ancorate a parametri di prevedibilità e tipicità della sanzione comminata.

### **3.2. CONSIDERAZIONI A MARGINE SULLO STATO DELL'ARTE.**

Sulla base di quanto sinora ripercorso è doverosa una serie di osservazioni, in alcuni momenti poco concilianti, ma forse imprescindibili in un contesto così ricco di fervore. Viene immediatamente da chiedersi se una simile statuizione sia effettivamente a tal punto innovativa: in altri termini, volgendo lo sguardo al passato, infatti, più che sconvolgere uno stato dell'arte granitico e cristallizzato, una simile presa di posizione sembra da un lato allinearsi ad una volontà legislativa che da più di vent'anni tende la mano ad ipotesi risarcitorie che strizzano l'occhio a pretese latamente punitive e deterrenti.

D'altro lato le Sezioni Unite sembrano metabolizzare i suggerimenti di una dottrina che fin dalla seconda metà del XX secolo si mostrava ostile all'idea che la sola funzione sottesa al giudizio di responsabilità aquiliana fosse quella meramente compensativa.

Probabilmente il compulsivo voler prendere le distanze e il volersi emancipare dalle valutazioni proprie del giudizio penale hanno rappresentato, a lungo andare, la forma più

---

comporta una svolta nel modo di concepire il risarcimento del danno. Quest'ultimo, infatti, appare oggi colorato da tre differenti sfumature: una ristorativa, che volge lo sguardo a concetti come danno esistenziale, biologico, morale e patrimoniale; una sanzionatoria, che si focalizza sulla condotta del convenuto, presunto responsabile; infine, una deterrente, che si fa carico di inibire azioni e condotte simili nel prossimo futuro. Cfr. P. G. MONATERI, *Le Sezioni Unite e le funzioni della responsabilità civile* in *Danno Resp.*, IV, 2017, 437 ss. Invero, anche in attesa della pronuncia da parte della Corte di Cassazione, la dottrina a gran voce biasimava l'impostazione monofunzionale della responsabilità e conferma di ciò si riscontra anche in quanto sostenuto da G. De Nova, il quale con naturalezza constata come le finalità deterrente e sanzionatoria sono intrinseche allo stesso risarcimento del danno, idoneo allo stesso tempo a ristorare. Sostenere che il ripristino dello status quo ante sia la sola logica a cui la liquidazione del danno risponde risulterebbe una irrazionale limitazione dell'istituto risarcitorio. Cfr. G. DE NOVA, *Le nuove frontiere del risarcimento del danno: i punitive damages* in *Jus Civile*, V, 2017, 388 ss.

rilevante di schiavitù per la responsabilità civile, a cui nessun'altra *ratio* veniva riconosciuta se non quella squisitamente ristorativa.

Inoltre, altro dubbio sorge improvviso, o forse si palesa perché latente da troppi anni: siamo sicuri che la funzione compensativa del risarcimento del danno rappresenti un valore rientrante nei principi costituzionali, un fondamento tanto irrinunciabile del sistema da risultare addirittura parte integrante del precetto di ordine pubblico, perché una simile affermazione appare quasi azzardata. Invero, finiremmo con l'affermare, attraverso l'ausilio di un banale sillogismo aristotelico, che tutte quelle ipotesi individuate nell'ordinanza di rimessione, sebbene legislativamente previste, hanno minato e continuano a minare il valore costituzionale da cui discende la valenza compensativa della responsabilità civile. Eppure nessuna scure pare essersi abbattuta su fattispecie come quelle sancite all'art. 125 del codice della proprietà industriale, all'art. 709 ter c.p.c, alle varie forme di *astreintes* e molteplici altre.

Insomma viene da chiedersi se era necessario realmente scomodare una clausola come quella dell'ordine pubblico per evitare che liquidazioni dal valore esorbitante e fuori ogni (apparente) logica razionale potessero mettere in ginocchio un sistema che con le teorie di analisi economica del diritto non sa bene cosa farci. L'assoluta innovatività di una simile presa di posizione sbiadisce di fronte a conflitti, che durano fin dagli albori, concentrati sull'asserita *ratio* soddisfattiva di una liquidazione per danno morale, e, soprattutto, sembra perdere di valore alla luce dei molteplici paletti che la Corte di Cassazione impone affinché la delibazione di una sentenza straniera, che prevede forme di danni più o meno esplicitamente punitivi, possa dispiegare i suoi effetti. Inoltre, una simile precisazione a conclusione del provvedimento della Corte Suprema appare disorganica nella misura in cui o si ammette una componente intrinseca sanzionatoria e punitiva nella responsabilità civile o si allontana l'idea. Il concetto che vi sia una possibilità di interloquire con fenomeni non strettamente compensativi, solo se questi ultimi siano espressamente tipizzati e imbrigliati in massimi edittali, forse non lascia trasparire un'effettiva rivalutazione delle funzioni della responsabilità, quanto piuttosto sembra ancora una volta confermare che questa abbia natura compensativa, ma eccezioni, tipiche e prevedibili, sono tuttavia ammissibili.



E allora a quanti sostengono che finalmente la Corte di Cassazione ha autorizzato l'ingresso dei danni punitivi nel sistema italiano, forse, bisogna consigliare di placare gli entusiasmi perché, in fine dei conti, ogni qual volta la liquidazione da delibare si presenti smisurata certamente gli effetti ne saranno inibiti. Inoltre, giova ricordare che le pronunce che quantificano danni ultracompensativi sono per ragioni tautologiche sproporzionate, ma attenzione: non in quanto frutto dell'arbitrio del giudice o della massima discrezionalità del sistema giudiziario americano, che si suole colpevolizzare per l'assoluta sconsideratezza dei giudizi, semplicemente in quanto derivanti da un sistema che utilizza come parametri di definizione del *quantum* il *Multiplier*, il meccanismo del *Disgorgement* e la valutazione della "tasca del danneggiante", e vien da sé che se chi ha commesso l'illecito veste i panni di una multimiliardaria multinazionale forse un risarcimento di poche migliaia di euro risulta una liquidazione ridicola anche per noi che viviamo dall'altra parte dell'oceano. E allora vien da chiedersi come tutto ciò si evolverà sotto il piano squisitamente pratico, perché a conti fatti la Suprema Corte non sembra aver fatto grandi passi in avanti: se, infatti, meno di due anni fa in occasione della questione che si incentrava sulla autonomia del danno tanatologico la Corte ne sosteneva l'inammissibilità per le stesse ragioni che impedivano l'ingresso nell'ordinamento italiano di pronunce contenenti danni punitivi, allora bisogna domandarsi perché un paio di mesi fa, la Corte di Cassazione si è nuovamente pronunciata, affermando la inconcepibile presenza in un contesto giuridico come il nostro di un simile danno dai connotati sanzionatori. Insomma: danni punitivi sì, ma danno da morte proprio no! E allora è bene aspettare e capire esattamente come questa "svolta" epocale andrà a cambiare il volto della responsabilità aquiliana, perché al momento tutto sembra esattamente immutato.

### **3.3. PROSPETTIVE COMPARATISTICHE: DANNI PUNITIVI E SISTEMA SPAGNOLO.**

Interessante termine di paragone è rappresentato dall'ordinamento spagnolo che presenta un sistema estremamente simile a quello italiano per una moltitudine di ragioni, tra cui affiorano

la base comune, riconducibile alla Codificazione Napoleonica, e la funzione tipicamente compensativa che viene ricollegata al risarcimento del danno.<sup>397</sup>

Invero, all'interno del contesto legale ispanico la problematica dei risarcimenti punitivi non è avulsa dai dibattiti giuridici, e fin dagli anni '80 una parte minoritaria della dottrina ha fomentato la discussione affinché si superasse il limite rappresentato dalla assodata e primaria funzione ascritta alla responsabilità civile, magari trovano un appiglio negli studi di analisi economica, fulcro del sistema statunitense.<sup>398</sup> La diatriba a lungo sedata ha ritrovato vigore, come è avvenuto in Italia, in ragione del costante dialogo che in un ambito europeo e intercontinentale impone ai singoli stati un'evoluzione continua, trovando sbocco in una

---

<sup>397</sup> Chiara emerge la base comune del diritto risarcitorio nel contesto ispanico e italiano: fonte imprescindibile è rappresentata dal diritto romano, da cui viene ereditata anche la distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, intendendo quest'ultima quella secondo cui “*el daño se produce por violación de deberes generales de conducta dimanante o, de la regla general alterum non laedere*”. Invero la dottrina sembra voler sostanzialmente accomunare la disciplina dell'illecito contrattuale con quello extracontrattuale sulla base della comune finalità che perseguono, il risarcimento del danno, essendo la impostazione spagnola esclusivamente protesa ad una concezione compensativa della responsabilità civile. Afferma Autorevole dottrina “*Algunos autores y sentencias se inclinan a favor de la unificación de los dos bloques de responsabilidad, opinan que la distinción no tiene sentido porque en definitiva lo que se persigue en cualquier caso es el resarcimiento del daño*” in commento alla posizione assunta del Tribunal Supremo nel 2007 (STS de 4 de diciembre de 2007). In tal senso, R. GONZALEZ HERNANDEZ, *Responsabilidad extracontractual y contractual: barrera entre ambas* in Ann. Jur. Econ. Ecur., 2013, p. 203 ss. Per ulteriori considerazioni di carattere generale cfr. F. REGLERO CAMPOS, *Lecciones de Responsabilidad Civil*, Madrid, 2013; ID. *Tratado de responsabilidad Civil*, I TOMO - Parte General, Madrid, 2014.

<sup>398</sup> In tal senso è utile tenere in considerazione l'approccio posto in evidenza da J. A. RUIZ GARCÍA, *Otra vuelta de tuerca a los daños punitivos* in In Dret, II, 2007, il quale sottolinea come sia l'impostazione di scuola economica del diritto a ragione principalmente sottesa alla liquidazione di danni punitivi. Le distinzioni tra condotte con finalità monetarie e quelle con finalità non monetarie poste in essere dai professori *Shavell* e *Polinsky* rappresentano la sintesi delle interferenze che le più rilevanti Università di economia americana, come quelle di Harvard e Stanford, sono in grado di imporre tra contesto giuridico e contesto economico, mutando le vesti della disciplina della responsabilità civile.

sentenza di qualche anno<sup>399</sup> fa che ha consentito la delibazione di una sentenza statunitense di liquidazione dei danni punitivi.

Il discorso però, lungi dal ridursi semplicemente alla fotografia di un evento giurisprudenziale dal valore straordinario, non può invero prescindere dall'investigare come per taluno esponente della dottrina il risarcimento del danno, così come disciplinato nel codice civile, nella legge organica n. 1 del 1982 e nel codice della proprietà industriale nasconde al suo interno dei profili punitivi e degli spiragli in cui la deterrenza assume una *ratio* preponderante.

Al fine di disegnare i contorni dell'evoluzione, invero, giova ricordare che il fenomeno punitivo nella responsabilità civile rappresenta proiezione di una funzione che non è possibile relegare nel solo contesto giurisprudenziale, sebbene sia questa la prospettiva più innovativa e avanguardista, ma trova ampio spazio anche nella disciplina legislativa, da cui emerge una talvolta ambigua sfumatura sanzionatoria.

In tal senso, infatti, è bene sottolineare che la maggioranza delle opinioni dottrinali ravvisa una sola funzione riconducibile all'istituto del risarcimento del danno, che ha valenza compensativa: secondo, infatti, uno dei più illustri giuristi moderni<sup>400</sup> la *ratio* sottesa al

---

<sup>399</sup> Il rinvio è alla sentenza del Tribunal Supremo del 13 novembre del 2001 che per la prima volta ha consentito la delibazione di una liquidazione ultracompensativa statunitense. Esattamente come avvenuto nell'ambito del dibattito giurisprudenziale italiano, in ambito ispanico il punto di frizione che non ha consentito l'ingresso delle statuizioni straniere è stata rappresentato dal concetto di ordine pubblico, clausola quest'ultima che in ragione di un interesse superiore, rappresentato dalla globale comunicazione tra Corti, ha subito una qualche reinterpretazione in grado di consentire un'interazione più elastica e performante.

<sup>400</sup> L'autore in questione è F. Pantaleòn che è possibile definire uno dei maggiori esponenti della scuola spagnola che si occupa di responsabilità civile in senso complessivo e che ha più volte posto in evidenza come una serie di osservazioni rendono impossibile il travaso nel panorama civilistico di una funzione punitiva e deterrente, che invece è propria del contesto penale. In tal senso, infatti, va posto in evidenza che non è possibile imporre una punizione o sanzione in seguito ad una condotta che non è dettata da colpa o negligenza; inoltre, giova ricordare che la prospettiva di analisi strettamente penalistica si focalizza più che sulla lesione arrecata al danneggiato, sulla condotta posta in essere dal soggetto agente, avendo come finalità prioritaria la rieducazione ad una condotta caratterizzata da correttezza e probità; ancora, la natura strettamente personale della

giudizio di responsabilità civile deve essere considerata unica, quanto meno a livello normativo, e strettamente ristorativa. Secondo tale prospettiva, invero, non è negabile che il timore di incorrere in una sanzione civile induce i consociati ad un più retto comportamento, rispettoso dell'altrui sfera giuridica: tale effetto deterrente e preventivo non ha valore positivizzato, bensì rappresenta una fisiologica conseguenza del meccanismo risarcitorio. Da ciò può desumersi che il legislatore ha ravvisato una sola funzione al risarcimento che è quella squisitamente compensativa, sebbene anche riconoscendo uno scopo unico ne possono scaturire effetti secondari di non poco momento.

Una serie di affermazioni derivano da tale approccio: preliminare, infatti, è il richiamo a concetti come quelli di tutela costituzionale del diritto di difesa che certamente in ambito penale si dispiega in maniera atteggiata, attraverso princípi giudiziari come quelli del *ne bis in idem*, o della presunzione di innocenza e ancora in ragione della necessaria prevedibilità della pena che può sintetizzarsi nel brocardo latino di *nulla poena sine lege*.<sup>401</sup>

---

responsabilità penale non lascia spazio ad alcuna forma di trasmissibilità dell'obbligazione risarcitoria che, invece, essendo finalizzato al ripristino dello *status quo ante* a livello patrimoniale non può estinguersi con la morte del soggetto obbligato. Cfr. per un ulteriore approfondimento H. KOZIOL E V. WILCOX, *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Prospective*, New York, 2009, p. 140 ss.

<sup>401</sup> F. PANTALEÒN, che nel commentare l'art. 1902 codice civil afferma in merito alla *ratio* della responsabilità aquiliana che “*No es una función preventivo-punitiva. Aquél a cuyo cargo nace la obligación de indemnizar el daño, puede sentirse tan “castigado” como aquél a quien se impone una multa o una pena privada; y la “arnenaza” de tener que indemnizar puede, en algunos casos, influir en la conducta de los sujetos, induciéndoles a actuar de forma cuidadosa; pero la función normativa de la responsabilidad extracontractual en nuestro Derecho no es preventivo-punitiva, sino compensatoria o resarcitoria: a) No se gradua con arreglo a la gravedad de la conducta y la reprochabilidad del responsable, sino con arreglo a la entidad del daño (STS 2º 18-X-79). b) Es transmisible mortis causa a los herederos del responsable (art. 105.1 CP). c) Es asegurable. d) Incluso cuando se solicita dentro del proceso penal, está sujeta al principio rogación o instancia de parte (STS 2º 8-X-84). e) No existe para ella un principio de retroactividad de la ley mas favorable al responsable (STS 2º 6-II-82), ni es materia reservada a Ley Orgánica (STS 2º 28-X-86)” in Commentario del codice civil, Ministerio de Justicia, TOMO II, p. 1971 ss.*

Tale impostazione, a ben vedere, rappresenta un'evoluzione della classica impostazione dottrinale spagnola che, dedicando poca attenzione alla distinzione tra funzioni normative e non, individua con *ratio* unitaria quella ristorativa e che va identificata come l'orientamento predominante e fedele alla legislazione del codice civile che all'art. 1902 espressamente tipizza la responsabilità extracontrattuale.

Come anticipato però il dibattito è stato da taluno fomentato fin dagli anni '80 attraverso l'analisi di una serie di dettami normativi che sembrano far trasparire un *quid pluris* che va ben oltre la mera compensazione e che sono state poste in evidenza all'interno di più normative, lasciando presumere che la componente vagamente punitiva possa essere un valore generale in grado di costituire una sfumatura del sistema risarcitorio.<sup>402</sup>

Punto di partenza di tale speculazione è rappresentato dall'art. 1107 del *codigo civil*, che disciplina la buona fede del debitore e che prevede un aumento della liquidazione risarcitoria qualora l'inadempimento sia conseguenza di intenzionale condotta del debitore, quasi come se il *modus agendi* potesse rivestire un ruolo determinante tra i fattori in grado di incidere sull'*exequatur*. Tale orientamento, invero, spesso al centro di innumerevoli critiche non ha fermato la corrente dottrinale favorevole alla multifunzionalità della responsabilità civile che ha ribadito come la componente punitiva è intrinsecamente connaturata al meccanismo risarcitorio essendo presente, ad esempio, anche nella *Ley Organica* 1 del 1982 che per la prima volta ha disciplinato le ipotesi di lesioni alla persona sotto molteplici prospettive, come il pregiudizio all'onore, alla *privacy* e alla dignità.<sup>403</sup> In tale normativa, infatti, salta all'occhio

---

<sup>402</sup> *Ex multis*, tra i sostenitori di una presenza latente ma costante di risarcimenti di stampo ultracompensativo va richiamato R. DE ÁNGEL YAGUEZ, Madrid, 2012.

<sup>403</sup> L'evoluzione della tutela all'onore e alla persona rappresenta in Spagna un'ipotesi particolarmente significativa di tutela alla persona: applicazione dell'art. 8 della Costituzione ispanica, invero, rappresenta una pragmatica risposta a quelle condotte che sono in grado di incidere in maniera negativa sulla sfera giuridica di soggetti vulnerabili per differenti ragioni. La peculiarità di tale normativa si incontra *prima facie* nell'approccio sostanziale che presenta: l'accostamento, infatti, della protezione di onore, intimità e immagine è sintesi non di differenti prescrizioni normative bensì di una lesione cumulativa che sebbene possa articolarsi in differenti pregiudizi è cumulativamente contemplata dall'ordinamento. Ciò vuol dire che tali voci di danno non

l'art. 9.3<sup>404</sup> che rappresenta, con il suo ultimo inciso, un'importante epifania della sintesi delle componenti di punizione e deterrenza nel contesto civilistico.<sup>405</sup>

---

rappresentano singole sfumature ma esplicazioni di condotte negative che possono arrecare danno ad uno solo dei diritti fondamentali o a tutti e tre contemporaneamente senza dover sollecitare nuovamente azione civile. Una forma di protezione, dunque, *tout court* che argina le questioni formali per consentire la più ampia tutela all'individuo anche in ipotesi in cui non esistono vere e proprie definizioni di tali posizioni giuridiche. Secondo quanto affermato da Autorevole dottrina, infatti, sussiste “*la imposibilidad de encontrar una definición del derecho al honor en el ordenamiento jurídico. Se trata de un concepto dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento que encaja, por tanto, sin dificultad en la categoría jurídica conocida con la denominación de «conceptos jurídicos indeterminados»*”, anche se, in realtà, la giurisprudenza pare esser giunta alla definizione di “*derecho al respeto y al reconocimiento de la dignidad personal que se requiere para el libre desarrollo de la personalidad en la convivencia social, sin que pueda (su titular) ser escarnecido o humillado ante uno mismo o ante los demás*” (STC 219/92), sempre tenendo a mente la particolare consistenza del diritto in sé, frutto di interpretazioni evolutive e dunque soggetto al mutamento di sfumature contenutistiche in conseguenza di cambiamenti sociali ed epocali. Differente valenza, invece, quella assunta dal diritto all'intimità, riconducibile a “*un derecho a impedir que los terceros –particulares o poderes públicos– decidan cuáles van a ser las lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio*” e quella, infine, del diritto all'immagine definito dalla giurisprudenza “*un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que pueden tener difusión pública*” (da ultimo, SSTC 14/2003). Per ulteriori approfondimenti cfr. S. CALAZA LOPEZ, *Delimitación de la protección civil del derecho al Honor, a la intimidad y a la propia Imagen* in Rev. Der. 2011, p. 43 ss. In linea più generale cfr. inoltre, M. BARRIENTOS ZAMORANO, *El Resarcimiento por dano moral en Espana y Europa*, Salamanca, 2007.

<sup>404</sup> L'articolo citato letteralmente recita “*The existence of harm will be presumed whenever an illegitimate invasion is proved. Compensation will extend to non-pecuniary losses. These losses will be assessed by having regard to the circumstances of the case and the gravity of the actual damage caused, taking into account for this purpose the circulation or audience of the media through which it has taken place, if this is the case. The profit that the person who caused the damage has obtained will also be taken into account*”.

<sup>405</sup> La questione che riguarda la disciplina cristallizzata nella *Ley Organica* è estremamente dibattuta, come al solito si tratta di discipline *border line* in grado di coinvolgere sia aspetti penalistici che civilistici del dubbio giuridico. Invero, la disposizione che esplicitamente inserisce tra i fattori il grado di aumentare la consistenza

Altrettanto dubbio è il precetto che nelle ipotesi di illecito disciplinate nella Legge sulla proprietà industriale prevedeva come meccanismo di liquidazione il metodo del triplo, implicando la valutazione non solo della concreta lesione arrecata al danneggiato ma anche due fattori aggiuntivi, il riferibili al profitto del danneggiante e il mancato lucro del danneggiato, che vanno ad incidere significativamente sulla quantificazione. Come, infine, merita un richiamo la disciplina che assicura la social security *ex art. 123* che prevede il sovraccarico dei pagamenti.<sup>406</sup>

Invero, le problematiche principali sottese al difficile dialogo tra istanze punitive e disciplina meramente risarcitoria sono sostanzialmente riconducibili da un lato alla precisa individuazione della metodologia di liquidazione del danno non patrimoniale<sup>407</sup> e, dall'altro,

---

del *quantum* risarcitorio il profitto che il danneggiante ha ottenuto in seguito all'atto illecito, si allontana dalla usuale metodologia di quantificazione squisitamente compensativa e ristorativa. Da ciò si è desunta la non assoluta e astratta incompatibilità tra sistema spagnolo e forme di riconoscimento ultracompensativo, fermo restando come più volte accennato, l'ordinamento spagnolo tiene in considerazione gli ulteriori propositi ascritti alla responsabilità civile come conseguenze secondarie dell'istituto, essendo cristallizzata la *ratio* compensativa.

<sup>406</sup> Il rinvio è all'art. 123 che disciplina le ipotesi di responsabilità in caso di infortuni al lavoratore che implicano una garanzia da parte del datore dello stesso e che per taluno, in ragione della mancata esatta compensazione del danno rappresenta un danno ultracompensativo. Invero, secondo Autorevole dottrina tale fattispecie non può essere ricondotto ad un fenomeno di *punitive damages* per due ordini di ragioni: in primo luogo in quanto si tratta di ipotesi che hanno un ambito di applicazione estremamente ridotto e soprattutto tipizzato sia dal legislatore a monte che dal giudice a valle, nella fase di applicazione. Inoltre, si tratta di un fenomeno che sebbene esuli da una logica squisitamente compensativa non è potenzialmente idoneo a consentire moltiplicazioni risarcitorie che potrebbero definirsi sproporzionate. In tal senso cfr., P. S. CODERCH, *Punitive damages* in In Dret, I, 2000, p. 13 ss.

<sup>407</sup> Il concetto di danno morale nel contesto spagnolo ha vissuto alterne vicende, proprio come nel panorama dottrinale e giurisprudenziale italiano. Le problematiche affrontate, invero molto simili, hanno delineato una concezione di danno non patrimoniale ampia seppur talvolta costretta delle prospettive dottrinali che ravvedono una funzione certamente distinta da quella perseguita e sottesa nell'ipotesi del risarcimento del pregiudizio patrimoniale. Per la prima volta affermata nel dal Tribunal Supremo nel 1912 (STS 6 dicembre 1912), il pregiudizio non patrimoniale secondo Autorevole dottrina, dunque, oggi "*se fundamenta en los sentimientos,*

alla precisa individuazione del *discrimen* in grado di dissociare le ipotesi di danno punitivo e quelle di ingiustificato arricchimento.<sup>408</sup> Tale ultima diatriba, a ben vedere, si presenta estremamente rilevante nell'ambito della ricerca delle funzioni sottese alla responsabilità in ragione del fatto che proprio il concetto di ingiustificato arricchimento si presenta come la giustificazione a forme di liquidazioni ultracompensative che, essendo ingiustificate, rappresenterebbero un punto di frizione con la disciplina dottrinalmente maggioritaria di risarcimento. Il fenomeno punitivo, però, come accennato non può restare limitato alla sola dimensione legislativa che, giova ribadirlo, la maggioritaria impostazione dei commentatori sostiene l'unicità della funzione normativa del giudizio di responsabilità.

Invero, la speculazione non può prescindere anche dall'evoluzione giurisprudenziale che ha avuto modo di palesarsi in occasione della disciplina di delibazione delle sentenze straniere aventi ad oggetto liquidazioni di danni punitivi. Sotto tale profilo, infatti, il *Tribunal Supremo*

---

*en el sufrimiento, en la reputación o en la angustia, en fin, afecta a la esfera psicofísica pero también supone el menoscabo de los bienes y derechos de la personalidad. De ahí que los mecanismos de reparación de esta clase de perjuicios resulten tan complejos. En efecto, ni el dinero ni ningún otro bien podrán compensar el daño que provoca la pérdida de un familiar en un accidente o el daño ocasionado a una empresa por la difamación de hechos falsos*". Invero, molteplici le sfumature problematiche che un simile istituto ha presentato nel tempo, dall'esatta quantificazione attestata l'assenza di un sistema probatorio in grado di monetizzare precisamente il dolore alla moltitudine di ipotesi che nel corso del tempo sono proliferate, hanno contribuito a rendere il danno morale un concetto complesso, talvolta di confini non ben delineati nei casi in cui un illecito è in grado di produrre conseguenze patrimoniali e non. Cfr. Per ulteriori approfondimenti, A. BLANCA CASADO, *El concepto del dano moral. Estudios doctrinales* in Rev. Der., 2016, p. 399 ss.

<sup>408</sup> L'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale ha da sempre riscontrato una difficoltà sostanziale nell'individuazione del netto confine tracciabile tra danno extracontrattuale e arricchimento senza giusta causa, ciò sicuramente per una serie di ragioni significative, tra cui affiorano la finalità comune di ritrovare in seguito ad un evento traumatico una corretta ed equilibrata redistribuzione delle risorse e ricchezze; l'abbandono della sola tutela risarcitoria per i diritti assoluti, che ha contribuito a creare confusione tra arricchimento e risarcimento; inoltre, l'imprescindibile valenza assunta dal nesso causale. Per ulteriori approfondimenti J. M. BUSTO LAGO E F. PENA LOPEZ, *Enriquecimiento Injusto y responsabilidad civil extracontractual* in Anua. Facul. Dereito, 1997; inoltre, cfr. *En dano y restitucion del enriquecimiento del responsable*, in Prác. Der.danos, 2010, p. 3 ss. (editorial).



si è mostrato fin dal 2001 meno rigido, ammettendo forme di liquidazioni ultracompensative, non sussistendo un'incompatibilità astratta con l'ordine pubblico, alla stregua di quanto avvenuto per il sistema italiano solo pochi mesi fa.<sup>409</sup>

A ben vedere, la moderna rilettura sistematica avanzata dal Tribunale spagnolo pone in evidenza come la tesi del rigetto e dell'assoluta incompatibilità dei danni punitivi con il sistema spagnolo sia ormai affermazione anacronistica: da un lato, infatti, il grave comportamento del danneggiante e, dall'altro, la possibilità di ravvedere nella liquidazione una componente compensativa oltre a quella strettamente sanzionatoria, hanno reso la liquidazione in questione non contraria all'ordine pubblico spagnolo, che è stato disposto al recepimento straniero in ragione della possibilità di armonizzare l'*exequatur* statunitense con i principi del sistema nazionale. Invero, la considerazione che la funzione sanzionatoria non sia completamente avulsa dalla realtà spagnola e la minima componente penalistica che nel

---

<sup>409</sup> Il provvedimento in questione è del 13 novembre del 2001 emanato dal Tribunal supremo. La questione in causa si occupava della delibazione di un lodo arbitrale sottoscritto negli Stati Uniti in materia di proprietà intellettuale, occasione nella quale il Tribunal Supremo ripercorre il difficile dialogo tra le funzioni compensative e quelle sanzionatorie della responsabilità nel rispetto della clausola dell'ordine pubblico. In ragione della avvenuta delibazione il Tribunale afferma *“En la sentencia por reconocer es fácil descubrir, en efecto, pronunciamientos económicos que responden a una finalidad no estrictamente compensatoria de los daños sufridos como consecuencia de la actuación de la parte demandada, sino más bien punitiva y sancionadora, e igualmente preventiva de daños futuros. A la hora de concretar los principios y valores jurídicos esenciales con los que cabe identificar el concepto de orden público internacional, no se puede desconocer que aquellos bajo los que se desenvuelve el mecanismo de la indemnización de los daños y perjuicios no son ajenos enteramente a la idea de prevención, y que tampoco les son extraños los instrumentos sancionatorios coercitivos, tanto en el ámbito material -contractual, específicamente-, como en la esfera procesal. No siempre es fácil, además, diferenciar los conceptos indemnizatorios y delimitar el quantum correspondiente a esa sanción coercitiva y el que responde a la reparación de daños morales. En cualquier caso, a la hora de enfrentarse al dilema de su conciliabilidad con el orden público, a efectos de reconocimiento de decisiones extranjeras, no puede perderse de vista ni la relación que el asunto presenta con el foro, ni, especialmente, el principio de proporcionalidad que ha impregnado las decisiones de los Tribunales de los Estados de nuestro entorno en trances similares”*, sostenendo la valenza latamente sanzionatoria sottesa anche nella responsabilità nel contesto spagnolo.

caso di specie i danni punitivi presentavano, essendo stati liquidati nel triplo del danno concretamente arrecato, dunque, senza neanche sfociare nell'arbitrarietà della quantificazione, rappresentavano idonee garanzie alla delibazione del provvedimento statunitense.<sup>410</sup>

Quanto ripercorso finora è in grado di far emergere come, esattamente alla stregua di quanto avvenuto in Italia, i sistemi di *civil law* non siano astrattamente incompatibili con risarcimento di stampo ultracompensativo, fermo restando la necessaria intermediazione di alcuni principi in grado di arginare i punti di frizione e le instabilità del sistema che potrebbero presentarsi in ragione della fisiologicamente complessa interazione tra peculiarità provenienti da ordinamenti diversi.

#### **4. IL DANNO TANATOLOGICO.**

Nel ricalcare l'evoluzione delle prospettive giurisprudenziali in materia di danni punitivi non può trascurarsi il richiamo all'istituto del danno tanatologico, inteso nella sua più pura manifestazione, emblema di un pregiudizio che lascia intravedere finalità punitive e preventive nella sua liquidazione. Il dibattito sul danno da morte è al centro dell'attenzione

---

<sup>410</sup> L'approccio estremamente lineare e pragmatico viene sottolineato anche da Autorevole dottrina che facendo leva sulla non astratta incompatibilità dei *punitive damages* con l'ordinamento spagnolo considera quasi fisiologico e scontato il dialogo, seppur con la necessaria intermediazione di una serie di requisiti in grado di limitare l'invasiva applicazione del diritto statunitense. Giova ricordare che il richiamo al principio di proporzionalità e l'idea secondo cui nel contesto ispanico alla normativa funzione compensativa vanno accostate anche secondarie logiche punitive e deterrenti, hanno consentito l'ingresso di liquidazioni multiple senza scomodare la clausola di ordine pubblico in tal caso perfettamente rispettata. Cfr. in tal senso, C. I. CORDERO ÁLVAREZ, *Eficacia de las decisiones judiciales extranjerias y danos punitivos* in Anua. Hisp-Luso-Amer. Der. Inter., 2013, p. 241 ss.

da oltre un secolo quando, nel 1925, per la prima volta la Corte di Cassazione<sup>411</sup> fu chiamata a dirimere una controversia sorta presso la Corte d'Appello di Palermo in cui si discuteva della compensazione dei danni subiti dal *de cuius*, in occasione dell'illecito colposo di un terzo, lesione considerata poi irrisarcibile *iure hereditatis*, in quanto non consolidatasi nella sfera del soggetto leso prima di passar a miglior vita, in applicazione del principio cronometrico. Invero, tale pregiudizio, di pretoria evoluzione, racchiude al suo interno innumerevoli questioni, più o meno celate nonché più o meno risolte della responsabilità civile: il danno tanatologico, infatti, non solo rappresenta per taluno una forma di danno-evento, assolutamente irrilevante per l'ordinamento italiano, ma si presenta come un diritto risarcitorio acefalo, nella misura in cui sorge già privo di titolare, ormai passato a miglior vita. La conseguenza di tale repulsione del sistema si cristallizza, d'altro canto, nella produzione di una aberrazione giuridica, cioè nella mancanza di una forma di tutela per il bene vita nel campo esclusivamente civilistico.<sup>412</sup> Il paradosso secondo cui è più conveniente uccidere piuttosto che ferire viene ampiamente supportato dall'impostazione maggioritaria della dottrina e (quasi) unanime nella giurisprudenza, che non riserva alcuno spazio applicativo per un simile genere di danno, ormai declinato in notevoli voci che cercano di accaparrarsi sempre più spazio nelle aule di tribunali, ma che non sembrano risolvere il

---

<sup>411</sup> Corte Cass., Sez. Uni. 22.12.1925 n. 3475 in Giur. It., I, 1926, p. 224 ss. In occasione di tale provvedimento la Corte di Cassazione conferma l'impostazione secondo cui i soggetti che, poichè esperivano la domanda formulando la stessa in veste di eredi del *de cuius* che aveva subito la lesione e poichè tale pregiudizio interveniva nella sfera giuridica del soggetto ormai deceduto, ma soprattutto deceduto prima che il danno maturasse, non potevano ambire a nessuna forma di risarcimento del danno che fosse richiesta *iure successionis*. Il consolidamento del pregiudizio, invero, a favore del soggetto ascendente richiedeva come presupposto logico la continuazione della vita di quest'ultimo, che evidentemente non era riconscontrabile nel caso di specie. Per la prima volta la Corte fa riferimento al principio cronometrico, finalizzato a verificare la sussistenza di un sufficiente lasso di tempo in grado di consentire il corretto ingresso nella sfera giuridica del danneggiato della lesione, criterio ancora oggi in vigore dopo quasi un secolo.

<sup>412</sup> Medesima aporia è posta in evidenza anche da N. LIPARI, *Danno tanatologico e categorie giuridiche* in Riv. Crit. Dir. Priv., 2012, II, p. 525 ss.

dilemma sorto *ab origine*, se il danno tanatologico venga liquidato a favore dei prossimi congiunti della vittima dell'illecito *iure proprio* o *iure hereditatis*.

Tenendo a mente la presa di posizione della Corte di Cassazione fin dagli albori del Novecento, giova, preliminarmente ripercorrere il dibattito che proprio nel corso del secolo scorso ha canalizzato l'attenzione della dottrina, divisa in due nette correnti di pensiero che si scontrano ancora oggi sotto molteplici profili, argomenti di discussione che vanno ben oltre la teorica compatibilità del danno da morte con l'ordinamento italiano.

Tale fattispecie di lesione deve la sua nascita all'elaborazione di G. Giannini il quale sosteneva che la definizione di danno biologico da morte contenesse al suo interno una fallace visione: il danno, infatti, secondo tale impostazione, non è individuabile nella morte bensì nella lesione mortale, che rappresenta l'evento da cui scaturisce la morte.<sup>413</sup> Tale pregiudizio, quindi, sarebbe sintetizzabile nella lesione massima al bene salute che viene, in tal fattispecie, completamente soppressa.<sup>414</sup> Ed è già su tale affermazione che il dibattito iniziò a fomentarsi: il concetto che il danno biologico nella sua massima incidenza potesse rappresentare il presupposto risarcitorio per qualcuno che, invero, tale lesione non ha materialmente subito

---

<sup>413</sup> Tale Autore sosteneva la necessaria trasmissibilità del risarcimento per lesione del diritto alla salute sulla base di due argomentazioni, una di logica e una di giustizia: secondo una prospettiva logica, egli affermava che appariva priva di fondamento la conclusione secondo cui la lesione al diritto alla salute era passibile di riconoscimento mentre, viceversa, la totale soppressione del medesimo bene appariva priva di adeguata tutela. Inoltre, sotto un aspetto di mera giustizia, la morte di un essere umano non può restare priva di adeguata tutela, a prescindere dall'idoneità di quest'ultimo a produrre reddito, non dipendendo l'ammontare della liquidazione del pregiudizio dal valore del capitale-umano, bensì per la gravità del pregiudizio in sé, che intacca il principale bene dell'uomo. Cfr. G. GIANNINI, *Il danno alla persona come danno biologico*, Milano, 1986, p. 127 ss.

<sup>414</sup> In una prospettiva simile a quella di G. Giannini va richiamata l'impostazione secondo cui il diritto alla lesione del bene-vita, rientrando in una categoria patrimoniale di pregiudizio non può che confluire nel patrimonio dei congiunti *iure successionis*, ciò in ragione del fatto che l'agente procurando la morte è andato a ledere il patrimonio dell'ucciso e nella medesima maniera in cui le varie componenti del patrimonio rientrano nel patrimonio trasmissibile del *de cuius*, alla stregua va conteggiando anche il danno che dalla perdita della vita deriva. Cfr. A. MAZZOCCA e M. L. MONTIERI, *La responsabilità civile, con particolare riferimento alla circolazione stradale*, Milano, 1981, p. 131 ss.

implicava un *non sense*. Si tratta, infatti, di un diritto personalissimo ed in quanto tale intrasmissibile. Quest'ultima si presenta come la principale ragione ribadita da coloro i quali non riconoscono una valenza autonoma al danno tanatologico, argomentazione presto svuotata di valore se si giunge alla conclusione, certamente più corretta, che va distinta la esperibilità della domanda risarcitoria, conseguenza dell'esercizio del diritto personalissimo e intrasmissibile, dalla trasmissione del credito risarcitorio, che, riconducibile ad una mera obbligazione pecuniaria, è trasferibile e circolabile in maniera indipendente dal resto, come da ultimo sostenuto anche dalla Corte di Cassazione.<sup>415</sup>

Inoltre, nella medesima visione avanguardista e favorevole alla autonomia dogmatica del danno tanatologico viene risolto il dubbio che pare far confluire tale pregiudizio nella categoria del danno-evento: a ben vedere, infatti, le solo due ipotesi di morte istantanea sono rappresentate dalla decapitazione e dallo spapolamento del cervello, mentre in tutti gli altri casi il decesso, oggi individuato come cessazione delle funzione dell'encefalo, si concretizza in un momento posteriore all'evento traumatico.<sup>416</sup> Aderendo a tale prospettiva si potrebbe concludere che la differenza temporale che connota l'insorgere del pregiudizio dall'evento morte implica una diacronia in grado di consentire il confluire del danno-conseguenza nel patrimonio del danneggiato, *de cuius*. Prospettiva, quest'ultima, ulteriormente sostenuta

---

<sup>415</sup> In tal senso si rinvia a quanto statuito da ultimo dalla Corte di Cassazione, III Sez. civ., 10 gennaio 2012, n. 52.

<sup>416</sup> Degno di richiamo è l'opinione di chi sostiene che per quanto il danno possa in parte coincidere con l'evento che produce la lesione, ne viene comunque considerato conseguenza che implica un arretramento talvolta qualitativo e talora quantitativo sotto il profilo empirico. Cfr., F. QUARTA, *Tutela civilistica della vita e risarcimento del danno non patrimoniale. Questioni comuni e questioni specifiche del danno tanatologico* in Corti Sal., 2014, II, p. 214 ss. In senso conforme, sull'indagine del rilievo del nesso causale in relazione al danno tanatologico e all'astratta configurabilità di quest'ultimo in ragione della pur sempre sussistenza di un lasso temporale che intercorre tra lesione e perdita della vita, sebbene la stessa possa apparire immediata, si tengano in considerazione le conclusioni raggiunte da P. VALORE, *Nesso di causalità civile e danno tanatologico* in Corr. Merito, VII, 2008, p. 803 ss.

dall'assunto secondo cui la contemporaneità tra decesso e danno implicherebbe di per sè la mancanza di un valido nesso causale, con conseguente assenza del pregiudizio.

In altri termini per coloro i quali ritengono prettamente legittima la autonomia del danno tanatologico la sussistenza di un valido collegamento eziologico, conseguenza della non contemporaneità sotto il profilo cronologico tra evento-morte e danno, e l'astratta trasmissibilità del credito risarcitorio, inteso non come trasmissione della titolarità del diritto ma della mera obbligazione pecuniaria, sarebbero ragioni sufficienti per dismettere le armi consentendo l'ingresso nel sistema italiano del pregiudizio da morte nella sua più pura accezione.

Tale prospettiva non è stata considerata accoglibile, però, da quanti<sup>417</sup> ravvedevano nel danno tanatologico un'anomalia del sistema: preliminare constatazione è rappresentata

---

<sup>417</sup> *Ex multis*, M. Franzoni, il quale pone in evidenza che l'escamotage per giungere ad una corretta valutazione del danno da morte è racchiuso nella distinzione della persona umana come soggetto di diritto e come valore capitale; aderendo a tale dicotomica visione della persona si può giustificare l'idea di un risarcimento in conseguenza del mero evento fatale, in ragione della produzione di un pregiudizio che discende dall'interruzione delle attività che avrebbero incrementato il patrimonio del *de cuius* in virtù delle sue personali attitudini. Invero secondo l'Autore anche una simile osservazione andrebbe bilanciata con l'eventualità che il soggetto leso, sebbene in vita, potrebbe decidere o pregiudicare il proprio reddito e patrimonio anche in maniera differente implicando un mancato implemento economico, che in nulla muterebbe il quadro rispetto alla fattispecie di un decesso avvenuto non per cause naturali. Cfr. M. FRANZONI, *La liquidazione del danno alla persona*, Padova, 1990, p. 72 ss. In senso conforme si tenga anche in considerazione il pensiero di G. Gentile, il quale sostiene che al fine di consentire la trasmissibilità *iure hereditatis* di un credito risarcitorio lo stesso dovrebbe risultare già presente nel patrimonio del *de cuius*, mentre nelle varie ipotesi di danno tanatologico, invero, la morte funge da presupposto per la maturazione della lesione, il che lascia intuire l'impossibilità che sia già presenti nel patrimonio del soggetto leso. A ben vedere, infatti, è utile considerare che in tale prospettiva non possibile parlare di ereditarietà di un bene che non preesiste nella sfera giuridica di chi viene a mancare; non di meno va sottolineato che spesso l'erede incarna il soggetto che comunque sarà titolare di azione risarcitoria in conseguenza dell'evento morte che ha riguardato il congiunto, ma vanterà tale diritto *iure proprio* e non già *iure successionis*. Cfr. G. GENTILE, *Voce Danno alla persona* in Enc. Diritto, Milano, 1962, XI, p. 670 ss. Nella medesima direzione A. Mancini, il quale sostiene adesione alla teoria intermedia secondo la quale solo nell'ipotesi in cui il pregiudizio sia maturato nella sfera giuridica del soggetto leso (già *de cuius*) se ne può

dall'assenza di un titolare della sfera giuridica che, almeno teoricamente, avrebbe subito la perdita. Il soggetto leso, infatti, nel momento in cui matura il pregiudizio è già deceduto, il che implica l'assenza di un vero e proprio soggetto giuridico: la morte pone fine ad ogni tipo di titolarità soggettiva, e tale affermazione vale, indiscutibilmente, anche per l'esperibilità di un'azione risarcitoria o la mera verifica dell'insorgere di un pregiudizio. Inoltre, ciò che verrebbe a mancare in maniera inequivocabile è la consequenzialità con l'evento e, soprattutto, la connotazione di prevedibilità dello stesso.<sup>418</sup>

Sulla base di tali considerazioni si è orientata poco più di vent'anni fa la Corte Costituzionale che, in una storica sentenza<sup>419</sup> relativa a tale argomento, rigetta l'idea di un danno

---

desumere la trasmissibilità in via ereditaria, mancando un caso contrario un vero e proprio diritto risarcitorio, cfr. A. MANCINI, *I danni da uccisione* in (a cura di) P. Cendon e A. Baldassarri, *Il danno alla persona*, Torino, 2006, p. 650 ss.

<sup>418</sup> Giova porre in evidenza che a tale ultimo punto dell'argomentazione Autorevole Dottrina contesta, inoltre, che i parametri di causalità e prevedibilità sono sempre contestualmente riscontrabili: tale critica muove dall'assunto che anche nell'ipotesi di danno futuro, o meglio di lucro cessante successivo al decesso di un congiunto, non si valuta l'elemento della prevedibilità, mentre, quest'ultimo pare rivestire un ruolo imprescindibile quando ad esser quantificata deve essere la sofferenza del soggetto che ha subito il danno mortale..

<sup>419</sup> Il richiamo è alla sentenza C. Cost. del 27.10.1994 n. 372, in cui si dirimeva la questione di legittimità costituzionale degli artt. 2043 e 2059 per violazione degli artt. 2, 3, 32 Cost. "nella parte in cui non consentono il risarcimento del danno per violazione del diritto alla vita". A ben vedere, emergeva dal testo del provvedimento in esame il conflitto giurisprudenziale che vedeva contrapporsi da un lato i fautori della risarcibilità del danno per perdita della vita trasmissibile *iure hereditario*, prospettiva questa minoritaria, e quanti, invece, consideravano possibile solo il maturare di un danno *iure proprio* dei prossimi congiunti in ragione della sofferenza provata in seguito alla perdita del parente. In tale occasione la Corte Costituzionale pone in evidenza l'erroneo approccio tenuto dal giudice remittente il quale, ad avviso del giudice delle Leggi, ingannato dall'utilizzo del medesimo procedimento necessario a valutare la lesione del bene salute, sebbene cristallizzata è la diversità ontologica che sussiste tra bene salute e bene vita, finisce col considerare tale pregiudizio *in re ipsa* e liquidarlo a favore degli eredi, ma senza il concreto accertamento della maturazione dello stesso nel patrimonio del *de cuius*. Secondo quanto affermato in sede costituzionale alcuna forma di illegittimità affligge il dispositivo del 2043 c.c., tantomeno il sempre indagato art. 2059 c.c., andando l'autorità

tanatologico e legittima i soli pregiudizi riflessi, consequenziali alla morte del congiunto: i successori, quindi, hanno diritto a far valutare la loro sofferenza, ma non quella del *de cuius*, ormai passato a miglior vita.<sup>420</sup> A tale impostazione aveva già dimostrato di aderire la Corte di Cassazione qualche anno prima,<sup>421</sup> seppur con toni meno netti, ma giova porre in evidenza

---

giudicante incontro ad un limite della responsabilità civile così come concepita nell'ordinamento italiano, non riconducibile alla valenza patrimoniale del danno, bensì alla sussistenza di perdite, conseguenti alla lesione e eziologicamente collegate a quest'ultima. Inoltre, in tal senso giova ricordare il rilevante ruolo svolto dalla prevedibilità, che si riferisce alla quantificazione dei danni conseguenza, e che quindi, non può essere ricondotto al danno mero evento, che verrebbe allora declassato come frutto del caso, ipotesi questa neanche lontanamente riconducibile alla responsabilità delineata nel precetto di cui all'art. 2043 c.c. A tale prospettiva sulla prevedibilità, inoltre, fa riferimento C. Castronovo, estremamente scettico nei confronti del concetto di danno tanatologico proprio in ragione dell'incompatibilità che questo stesso palesa nei confronti dell'elemento della prevedibilità del danno, positivamente richiesto, C. CASTRONOVO, *Da Corte Costituzionale 184/1986 a Corte Costituzionale 372/1994* in Resp. Civ. Prev., 1997, p. 269 ss.

<sup>420</sup> Giova porre in evidenza l'assoluta aporia a cui tale pronuncia ha esposto il sistema risarcitorio e la sua struttura: il problema principale è che si tratta di una sentenza che interviene a pochi anni dalla storica statuizione del 1984, n. 184, in cui il danno biologico riceve "un'eccezionale" tutela conseguente alla sua particolare consistenza di danno-evento, una eccezioni in un sistema che suole compensare e quantificare esclusivamente i danni-conseguenza. Quando però l'interrogativo viene posto in merito alla legittimità costituzionale degli art 2043 e 2059 c.c. in relazione al danno tanatologico, la accezione singolare del danno alla salute sembra svanire magicamente, facendo affiorare i limiti strutturali, come la stessa Corte sottolinea, del sistema della responsabilità italiana. Invero, l'ostacolo maggiormente evidente nella metabolizzazione di tale sentenza nomofilattica è proprio la nettezza dell'inammissibilità del danno tanatologico per ragioni sistematiche, le medesime messe da parte meno di dieci anni prima per garantire la tutela della salute. Non si può dunque biasimare il G. Giannini, quando concludendo il commento al provvedimento lo definisce "una sentenza da dimenticare", rappresentando un *non sense*. Il sostenuto limite strutturale di cui parla la Corte non sembra dare la giusta risposta: o la vita è bene tutelato costituzionalmente o non lo è, finendo per evidenziare quanto grande e smisurata sia la lacuna presente nella Carta Costituzionale che, come ancora una volta sosteneva G. Giannini, "non è più adeguata ai tempi, e dev'essere riscritta". Cfr. G. GIANNINI, *È risarcibile iure proprio il danno biologico a causa di morte? Il commento* in Corr. Giur., XII, 1994, p. 1455 ss.

<sup>421</sup> Il richiamo è alla sentenza della C. Cass. n. 6938 del 20.12.1988 in cui, a proposito della domanda esperita dai figli in occasione di un infortunio che aveva provocato la morte del genitore al fine di ottenere la liquidazione



che è degli anni '90 il consolidarsi della teoria cd. Compromissoria,<sup>422</sup> la prospettiva secondo la quale si dava il via libera a risarcimento per il danno *iure proprio* ai prossimi congiunti in caso di sussistenza di un danno consequenziale alla morte della vittima dell'illecito, ma non *iure hereditario*, non essendo riscontrabile nel patrimonio del *de cuius* un danno in una fase contestuale all'evento morte. Seguendo tale impostazione, infatti, è possibile tenere distinte le finalità che il risarcimento persegue da quelle finalizzate alla tutela del bene-vita: quest'ultimo, a ben vedere, riceve adeguata protezione nel contesto penalistico, vista la *ratio* punitiva e deterrente che connota le relative sanzioni.<sup>423</sup> Viceversa, la finalità squisitamente

---

del danno biologico dello stesso *iure hereditatis*, si affermava “un tale danno non può non qualificarsi sotto l'aspetto di riparazione alle lesioni apportate ad un diritto personalissimo del soggetto qual è quello sopra profilato, e, comunque, nel caso di specie esso non può essere riconosciuto nei confronti di soggetti comunque estranei all'ambito di riferibilità di una tale lesione, non avendo subito danno alcuno nella loro integrità psico-fisica e che anzi agiscono in proprio”.

<sup>422</sup> In tal senso merita di essere citata la sentenza della Corte di Cassazione, III Sez. civ., 10.09.1998 n. 8970, in cui la Supremo Collegio in maniera dettagliata espone le ragioni che comportano il rigetto dell'istanza dei figli che chiedevano il risarcimento *iure hereditario* del danno da perdita della vita in seguito all'incidente stradale che vedeva come vittime i due genitori. Il ragionamento parte da un imprescindibile presupposto che vede il bene-vita come distinto dal bene-salute, da ciò una serie di conseguenze che conducono all'irrisarcibilità della lesione con esito letale, qualora il decesso sia sopravvenuto istantaneamente o a distanza di impercettibile lasso di tempo per un duplice ordine di ragioni. Preliminarmente va ribadita la funzione che l'ordinamento italiano suole riservare al giudizio di responsabilità civile e al relativo istituto risarcitorio che assume dei connotati compensativi e ripristinatori, ma non sanzionatori o punitivi, il che comporta l'impossibilità che una lesione maturi in una sfera giuridica che ormai non è più considerabile tale. L'evento morte, secondo tale impostazione, implicherebbe la non riscontrabilità della lesione nella quotidianità della vittima, il che distoglierebbe dalla *ratio* compensativa il ristoro economico. Inoltre, va sottolineato secondo la Suprema Corte che l'accostamento erroneo al bene-salute che si richiama per consentire l'ereditarietà del relativo risarcimento è fonte di equivoco: la lesione della persona, infatti, richiede la continuità del bene vita, cioè, la morte non rappresenta l'incontrovertibile danno della salute della vittima, che per essere rilevante dovrebbe continuare la sua esistenza, ipotesi questa non riscontrabile in caso di perdita della vita.

<sup>423</sup> Tale conclusione è fortemente criticata da M. Caputo, il quale riflette sulla incoerenza sistematica dell'istituto risarcitorio che in caso di danno al bene salute implica un disaccordo tra i soggetti che interloquiscono ai fini risarcitori (giudice, danneggiato e danneggiante), tutti impegnati nel quantificare in modo diverso l'*exequatur*

ripristinatoria si presenta in conflitto con la tutela del bene vita, la cui lesione, pertanto, resta irrilevante sotto un profilo strettamente privatistico. Tale discorso, chiaramente, non può essere esteso al caso di danno patrimoniale e non che il prossimo congiunto subisce per la morte della persona cara, sussistendo certamente una lesione della sfera dello stesso in sèguito al venire a mancare dell'affetto, sia sotto un'ottica economica, qualora ne fosse dipendente in senso reddituale, sia morale, in ragione della sofferenza che il lutto provoca e che può alterare la prosecuzione della quotidianità.<sup>424</sup>

La posizione della giurisprudenza di legittimità, però, inizia a mutare quando, secondo un'ampia interpretazione del concetto di danno biologico verificabile sotto il duplice profilo fisico e psichico, assume rilevanza la consapevolezza del soggetto leso dell'imminenza dell'evento morte. Tale prospettiva sembra dare nuova linfa alla trasmissibilità del danno da perdita della vita in presenza anche di un breve lasso di tempo successivo al danno mortale, nell'ipotesi in cui la lucidità mentale e psicologica del morituro si trasforma in una consapevole agonia intensa, anche se di breve durata.<sup>425</sup> Finisce con assumere rilevanza il

---

della lesione; mentre nel danno da morte tale liquidazione sarebbe in grado di porre tutti d'accordo, vista la non arbitrarietà della perdita del 100% delle funzioni vitali, eppure, tale lesione si presenta come invisibile agli occhi del diritto. Cfr. M. CAPUTO, *Chi muore giace e chi vive (non) si dà pace: la (quasi) irrisarcibilità iure hereditatis del danno tanatologico* in *Danno Resp.*, 2004, XII, p. 1199 ss.

<sup>424</sup> Per quanto concerne il discorso evolutivo circa i danni da morte insorti nei prossimi congiunti, giova richiamare l'elaborazione di R. Simone, il quale, facendo leva sul concetto di plurioffensività dell'illecito lascia sbiadire i colori dei pregiudizi da riflesso o da rimbalzo, spiegando come il nesso causale si atteggi in forma dogmaticamente autonomo, facendo sorgere pregiudizi secondo la giurisprudenza e la dottrina autonomamente valutabili in giudizio e meritevoli di tutela. R. SIMONE, *Il danno riflesso e il danno dei congiunti della vittima* in *Danno Resp.*, 2008, XI, p. 1079 ss.

<sup>425</sup> Significativa in tal senso è la pronuncia della Corte di Cassazione, III Sez. Civ., del 02.04.2001 n. 4783, in cui per la prima volta viene considerato il cd. Danno catastrofico. Secondo quanto affermato nel provvedimento del Collegio "Questa Corte ritiene che la motivazione debba essere accurata e circostanziata: ed in vero, posto che le lesioni mortali, conducono, secondo la esperienza medico legale e psichiatrica, alla presenza di un danno 'catastrofico', per intensità, a carico della psiche del soggetto che attende lucidamente l'estinzione della propria vita (danno considerato dalla psichiatria nordamericana nella scala DSM III degli eventi psicosociali stressanti,

concetto di danno catastrofale, un pregiudizio morale che non deve essere provato in una dimensione cronologica a lungo termine, impossibile da riscontrare in coloro i quali muoiono in conseguenza di un evento mortale, ma che va investigata nella lucidità mentale e nella percezione che il danneggiato ha dell'avvicinarsi della morte. Ciò ovviamente implica il maturare di un danno morale tanto rilevante quanto importante sia la sofferenza e il patema affrontato e che aumenta esponenzialmente con il trascorrere delle ore: in siffatta ipotesi, pertanto, il pregiudizio si innesta in una sfera giuridica ancora materialmente esistente e correttamente si consolida, implicandone anche la successiva trasmissibilità *iure hereditario*.<sup>426</sup> Differente titolo, invece, presenta il risarcimento per perdita del congiunto, danno morale o economico che va ristorato in ragione del principio dell'integrale risarcimento del danno, come sinonimo di *pretium doloris*: in questo caso, infatti, l'erede, o meglio il congiunto, acquisisce *iure proprio* la titolarità del ripristino dello *status quo ante* in virtù delle conseguenze negative che la perdita dell'affetto produce sulla vita economica e

---

di sesto livello, che è quello più elevato) essenzialmente come 'sofferenza' esistenziale e non già come dolore, occorre riflettere (come del resto, metodologicamente, propone la stessa Consulta, quando considera il danno psichico riflesso delle vittime secondarie come danno psichico riconducibile sotto l'art. 2059 c.c.: si veda Corte Cost. sent. n. 372 del 1994 e successiva ordinanza del 1996 n. 293) sulla diversa natura del danno fisico, del soma e delle funzioni vitali, dove l'apprezzamento della durata attiene alla stessa esistenza del danno (come 'quantum' apprezzabile) e del danno psichico, pur esso prodotto da lesioni mortali, come danno catastrofico, la cui intensità può essere apprezzata dalla vittima, pur nel breve intervallo delle residue speranze di vita. Nel danno psichico non è solo il fatto durata a determinare la patologia, ma è la stessa intensità della sofferenza e della disperazione..." e ancora "Per queste ragioni la motivazione sulla rilevanza dello *spatium vivendi* della vittima primaria incide sulla valutazione dell'esistenza (*l'an*) e della consistenza (il *quantum*) del danno e se tale valutazione è positiva, nessun ostacolo sussiste al riconoscimento della trasmissibilità del danno biologico *iure hereditatis*".

<sup>426</sup> Intuibile è che tale impostazione si espone a numerose critiche, principalmente in ragione della valutazione discrezionale che è rimessa al giudice di valutare il considerevole lasso di tempo e soprattutto in quanto il trascorrere di un tempo inferiore ad un altro non implica l'automatica minore sofferenza. In tal senso R. FOFFA, *Danno biologico terminale: istruzioni per l'uso* in *Danno Resp.*, XII, 2004, p. 1218 ss.

psicologica di chi la subisce. Ma questo appariva già cristallizzato nella giurisprudenza del tempo.

Quanto, invece, va ad innovare la prospettiva giurisprudenziale è riscontrabile a metà degli anni 2000, quando una serie di pronunce<sup>427</sup> non solo ammettono il danno morale catastrofe nelle ipotesi in cui il soggetto leso e morituro vada incontro alla morte in totale stato di incoscienza,<sup>428</sup> ma anche nella fattispecie in cui si ravvisi il cd. danno biologico terminale. Tale ultimo pregiudizio, individuato come il trauma fisico subito dal soggetto in stadio terminale, implica l'insorgere di lesioni che deteriorano il suo stato di salute secondo quanto previsto e tutelato *ex art.* 32 della Carta Costituzionale. La valutazione a cui soggiace la realtà del danno subito però non può trascurare il parametro del "considerevole lasso di tempo" che è il frangente minimo cronologico necessario al maturare del pregiudizio nella

---

<sup>427</sup> Invero, la posizione della giurisprudenza sembra consolidarsi in diverse direzioni: da un lato nel provvedimento della Corte di Cassazione, III Sez. civ., 01.12.2003 n.18305, viene stabilito che la mancanza di coscienza o massima lucidità, in caso di lesione rilevante a livello morale e psicologico è ugualmente in grado di far insorgere nella sfera giuridica del soggetto leso un pregiudizio dipendente dall'imminenza dell'evento morte; dall'altro lato dopo appena qualche anno si cristallizza anche il concetto di danno biologico terminale, un pregiudizio che, seppur per poco, va ad inficiare a livello fisico e biologico il soggetto e ciò che resta della sua esistenza, come affermato nella storica sentenza della Corte di Cassazione, III Sez. Civ. 22.03.2007 n. 6946, e nella successiva pronuncia n. 21976 del medesimo anno (19.10.2007, III Sez. Civ.) in cui ciò che catalizza l'attenzione della giurisprudenza ai fini della verifica della liquidabilità del danno biologico terminale è il concetto di "considerevole lasso di tempo", parametro in grado di vagliare la congruità di un risarcimento per il danno alla persona nel frangente temporale immediatamente precedente all'evento letale.

<sup>428</sup> Si consideri a sostegno di tale lettura della Corte di Cassazione R. Foffa, il quale sottolinea l'equità morale e umana di una simile presa di posizione, del resto, con tale conferma la giurisprudenza di legittimità sembra riconoscere una valenza oggettiva al danno non patrimoniale da morte, e non più soggettiva, che richiede la prova del subito pregiudizio. Anche se pare leggermente discostarsi dalle indicazioni più cristallizzate della disciplina della responsabilità civile, non può negarsi che una simile opinione funge da adeguato palliativo all'assenza di una vera e propria tutela al diritto alla vita. Cfr. R. FOFFA, *Il danno non patrimoniale del soggetto in stato comatoso* in *Danno Resp.*, 2008, III, 313 ss.

sfera soggettiva del soggetto leso, da cui discenderebbe l'eventuale trasmissibilità *iure successionis*.<sup>429</sup>

Il panorama, allora, dei danni cd. da morte si amplia consentendo una vera e propria classificazione dei pregiudizi, da cui discende un diritto risarcitorio a favore dei congiunti sia *iure hereditario* che *iure proprio*: certamente, l'attenzione rimane alta sulle ipotesi di danni letali subiti dal soggetto che poco dopo passa a miglior vita e che solo successivamente entrano nella sfera patrimoniale dei successori, ad oggi riconducibili al danno morale catastrofico e al danno biologico terminale, con esclusione del danno tanatologico puro, quello cioè meramente posto a tutela del bene vita, a prescindere dalla verifica di qualsivoglia allegazione di patema o sofferenza.

E sebbene un simile orientamento appaia da quasi un decennio consolidato<sup>430</sup> non manca, di tanto in tanto, qualche sollecitazione innovatrice da parte della giurisprudenza di legittimità:

---

<sup>429</sup> Critico nei confronti di tale posizione è F. Agnino, il quale pone in evidenza la incoerenza della valutazione giurisprudenziale nella misura in cui nega il risarcimento del danno in occasione di morte immediata per un'asserita mancanza di fattibile *restitutio in integrum*, che si consoliderebbe in una *restitutio in vitam*. Invero, in tal senso, non va trascurato quanto affermato dall'Autore che pone l'accento sul fatto che la morte svolge due ruoli distinti a seconda delle conseguenze più o meno immediate dell'illecito: nel caso in cui, infatti, passa un lasso di tempo idoneo a cristallizzare la lesione del patrimonio del soggetto leso, la morte è considerata parte della struttura dell'illecito; al contrario, in caso di decesso immediato, la morte in sé si presenta irrilevante. Tale prospettiva sembra rappresentare un'aporia del sistema. F. AGNINO, *Problematiche connesse al risarcimento da morte* in Corr. Giur., 2007, VIII, p. 1091 ss.

<sup>430</sup> Da ultimo non va trascurata l'importanza assunta in tema di responsabilità aquiliana, tipicità del danno morale nonché disciplina del danno esistenziale, dalla sentenza della C. Cass. Sez. Un. 26972 del 13.11.2008 in cui piccolo inciso è dedicato anche all'evoluzione dei danni cd. Da morte "Nel quadro di una costante giurisprudenza di legittimità che nega, nel caso di morte immediata o intervenuta a breve distanza dall'evento lesivo, il risarcimento del danno biologico per le perdita della vita (sent. n. 1704/1997, n. 491/1999, n. 13336/1999, n. 887/2002, n. 517/2006), e lo ammette per la perdita della salute solo se il soggetto sia rimasto in vita per un tempo apprezzabile (sent. n. 6404/1998, n. 9620/2003, n. 4754/2004, n. 15404/2004), ed a questo lo commisura, la sentenza persegue lo scopo di riconoscere il risarcimento, a diverso titolo, delle sofferenze coscientemente patite in quel breve intervallo. Viene qui in considerazione il tema della risarcibilità della sofferenza psichica, di massima intensità anche se di durata contenuta, nel caso di morte che segua le lesioni

giova, infatti, porre in evidenza che la netta contrarietà del danno da morte è caro alla giurisprudenza di Cassazione, sebbene poco accettato da quella di merito. La spinta propulsiva che però è affiorata nel gennaio 2014<sup>431</sup> è riconducibile all'intraprendenza di un relatore della III sezione che ha duramente contrastato tale chiusura del sistema in una sentenza "fiume", per la prima volta ammettendo la lesione del danno da morte puro, di poco seguita da una ordinanza di remissione, in cui veniva sollecitato l'intervento delle Sezioni Unite al fine di riconsiderare la consistenza ontologica del danno tanatologico.

Invero, il provvedimento del Rel. Scarano faceva leva su una serie di considerazioni, a ben vedere particolarmente significative, che ponevano in evidenza quanto la prospettiva sistematica così come fino ad ora elaborata comportava un enorme *vulnus* di tutela alla situazione soggettiva che, di fatto, assume il maggior peso nell'esistenza umana, il bene-vita. L'idea che esclusivamente nel campo penale vi fosse un sistema di protezione per la vita, sostanzialmente conseguente alla finalità che il giudizio di responsabilità penale persegue, di sanzione, deterrenza e punizione, lascia l'individuo privo di una simmetrica tutela in ambito strettamente civilistico che, però, si scontra con l'incoerente stato dell'arte che assicura, alla stregua, il risarcimento del danno alla più minima lesione del bene salute, che, invero, rappresenta se vogliamo un *minus* rispetto all'esistenza in sé.

Secondo quanto affermato, a ben vedere, nella sentenza del 2014, va reinterpretato quanto stabilito dalla Corte Costituzionale nel 1994, provvedimento in cui si richiedeva l'ingresso della perdita nel patrimonio dell'offeso per consentirne la trasmissibilità *iure successionis*,

---

dopo breve tempo. Sofferenza che, non essendo suscettibile di degenerare in danno biologico, in ragione del limitato intervallo di tempo tra lesioni e morte, non può che essere risarcita come danno morale, nella sua nuova più ampia accezione. Né, d'altra parte, può in questa sede essere rimeditato il richiamato indirizzo giurisprudenziale, non essendosi manifestato in questa Corte un argomentato dissenso".

<sup>431</sup> Corte Cass., III Sez. Civ., 23 gennaio 2014 n. 1361 in Dir. Fam., 2015, 456 ss., con nota di A. SPINELLI FRANCALANCI, *Diritto alla vita e danno tanatologico - Quale futuro?*; in Nuova Giur. Civ. Comm., 2014, II, p. 245 ss., con nota di P. CENDON E N. SAPONE, *Verso una nuova stagione (esistenzialista) del diritto privato*; ivi, A. GALASSO, *Il danno tanatologico*; ivi, G. PONZANELLI, *Alcune considerazioni sulla decisione «Scarano»*; ivi, R. PUCCELLA, *Coscienza sociale e tutela risarcitoria del valore-persona: sul ristoro del danno da morte*.

tenendo sempre ben a mente la funzione compensativa a cui risponde l'istituto del risarcimento del danno.

Tali affermazioni meritano una rilettura coerente con una prospettiva che si focalizzi dapprima sull'assenza di aprioristiche categorie giuridiche, che invero sono mera speculazione dell'interprete e per tale ragione possono essere revisionate; inoltre, la sussistenza di un diritto alla vita, ben distinto dal diritto alla salute sancito all'art. 32 Cost, e desumibile dal combinato disposto art. 2 e art. 27, IV c. della Carta costituzionale che tutela la persona umana e rigetta la pena di morte, non deve di per sé considerarsi contrario alla *ratio* compensativa e ristorativa del risarcimento pecuniario. A ben vedere, infatti, la perdita della vita implica una serie di conseguenze e perdite, che il Consigliere Scarano sintetizza con la perdita "del tutto"; in tale ipotesi, si ravvisa certamente una deroga relativa al momento di acquisizione del diritto al ristoro che entra nel patrimonio del soggetto leso in contemporanea all'evento morte, rappresentando un'eccezione al concetto di danno-conseguenza, e rivestendo i panni di danno-evento, sebbene tale constatazione non sia di per sé significativa al fine di qualificare e ravvedere una distinta finalità sottesa al risarcimento. Quest'ultimo, invero, continua a rappresentare una compensazione e il ripristino dello *status quo ante*, senza alcuna pretesa punitiva o sanzionatoria, ma semplicemente sorretto dallo scopo di non comportare una materiale degradazione del bene-vita in ragione di una lacunosa categorizzazione aprioristica. Da ciò ne discende una ordinaria trasmissibilità *iure successionis* e la remissione al giudice per una congrua valutazione equitativa, rientrando tale pregiudizio nella più ampia categoria del danno non patrimoniale.

Di poco seguita da un'ordinanza di remissione,<sup>432</sup> tale pronuncia del gennaio 2014 rappresenta un vero e proprio tentativo di scardinare l'ormai centenario orientamento che

---

<sup>432</sup> Il provvedimento in questione è l'ordinanza 4 marzo 2014 n. 5056 (in Foro It., 2014, I, 719), di poco successiva alla sentenza Scarano e che sollecitava l'attenzione delle Sezioni Unite al fine di dirimere una controversia avente il medesimo oggetto. Mera cronaca della posizione assunta qualche mese prima, la pronuncia del Relatore Travaglino sottolinea la posizione contrastante con la cristallizzata giurisprudenza di legittimità, chiedendo un riequilibrio delle posizioni.

ripudiava l'idea di un danno tanatologico puro, istanza non accolta dalle Sezioni Unite della Corte che nel luglio 2015 spazzano via quanto argomentato in rimessione, facendo richiamo a pochi concetti e cristallizzate prospettive.

La mancanza di una *ratio* sanzionatoria e punitiva propria del sistema penale, infatti, deve tenere ferma la finalità che il risarcimento del danno persegue, dai toni compensativi e ripristinatori, scopo, quest'ultimo, che viene maggiormente sottolineato dalla sola risarcibilità dei danni conseguenza, in omaggio alla teoria della responsabilità aquiliana non più soggettiva e legata al paradigma della colpa di jheringhiana memoria. A ben vedere, la ricerca del momento esatto dell'ingresso di un determinato diritto risarcitorio nella sfera giuridica di un soggetto è valutazione ermeneutica molto delicata e rimessa al giudice, che deve essere finalizzata non al mero arricchimento dei congiunti, ma a fini compensativi, che in tale occasione non sembrano, secondo la Corte, perseguibili.<sup>433</sup>

Invero, in un brevissimo inciso, le Sezioni Unite della Cassazione, ponendo in evidenza lo scopo meramente compensativo e mai sanzionatorio del giudizio di responsabilità civile, richiamano come termine di paragone il vietato ingresso delle sentenze straniere di liquidazione di danni punitivi, in un'ottica sistematica e logica.

È d'obbligo, allora, domandarsi come il cambio di rotta della Corte di Cassazione del luglio 2017 possa comportare una riapertura del dibattito anche relativa all'ammissibilità del danno tanatologico, viste le sfumature che il risarcimento può talvolta assumere come sostenuto dalla Suprema Corte pochi mesi fa. Giova, in ogni caso, porre in evidenza che in astratto il concetto di danno tanatologico non è incompatibile con un sistema risarcitorio che abbia

---

<sup>433</sup> Con opinione tendenzialmente adesiva alla impostazione sposata dalla Corte di Cassazione si tenga presente il contributo di A. Penta che, invero, facendo leva sulla simultaneità dell'insorgere della lesione con l'evento morte, concorda nel non ritrovare la lesione nel patrimonio del *de cuius* al momento del decesso. Con altrettanto cinismo, inoltre, sembra respingere la prospettiva del Cons. Scarano che parla di coscienza sociale e di valore non solo individuale sotteso alla morte del consociato, che tende a ridare linfa vitale al danno tanatologico: secondo Penta al fine di ristabilire l'equilibrio collettivo e a presidio del bene comune basta l'effetto della norma penale, al contempo punitiva e deterrente. A. PENTA, *Il danno tanatologico: cronaca di una morte annunciata* in Stud. Iur., 2016, IV, p. 391 ss.



come propria finalità quella meramente ripristinatoria, potendo intervenire una disciplina legislativa in grado di favorire una lettura coerente del sistema, proprio come *illo tempore* avvenne in fase di scrittura del codice civile maltese, figlio della legislazione italiana, seppur in tale occasione completamente di altro avviso. Probabilmente, però, una simile avversità non è esclusivamente legata ad una prospettiva strutturale del sistema risarcitorio, ma ha radici più sottili e profonde, riconducibili ad una serie di valutazioni che con la categorizzazione del diritto civile hanno poco a che fare e che vanno, invece, ad intaccare una serie di considerazioni di tipo socio-economico e politico, come del resto G. Giannini, già più di vent'anni fa poneva in evidenza, e ricollegabili anche al crollo a cui il sistema assicurativo andrebbe incontro in caso di legittimazione al risarcimento del danno da morte.<sup>434</sup>

---

<sup>434</sup> Non può, infatti, trascurarsi la valutazione che l'Autore fece già nel 1994 quando, in attesa della storica pronuncia della C. Costituzionale 372 del 1994, si assumevano atteggiamenti ottimistici principalmente basati sulla innovativa lettura garantita qualche anno prima dalla Sent. 184 del 1986. L'affermazione del danno tanatologico, il suo sviluppo e il suo ammissibile risarcimento implicherebbero conseguenze di non poco conto sotto un profilo squisitamente economico, politico nonché assicurativo. Il contestuale mutamento del panorama risarcitorio che sembrava già all'epoca svincolarsi dal parametro del lucro cessante, in caso di morte di un congiunto, per approdare al danno morale da rimbalzo, andava già a scalfire quegli schemi che dall'inizio del XX secolo avevano arginato il rischio di liquidazioni assicurative, anche in seguito a risarcimenti conseguenti a sinistri stradali, che rappresentavano il timore maggiore. Invero, non può tacersi che un'eventuale ammissione del danno alla vita, come bene a sé stante comporterebbe una rilettura sistematica notevole, accompagnata da un vero e proprio riassetto anche del modo economico assicurati, in cui si crogiola. E quindi vanno tenute a mente le parole dell'Autore che già vent'anni fa affermava "un giudizio sereno non può prescindere da queste considerazioni: anzitutto, che è aumentata la circolazione stradale, e quindi il numero dei sinistri; che, se si fosse continuato a risarcire il danno alla persona sulla base del criterio del lucro cessante presunto *iuris et de iure*, il costo dei sinistri sarebbe aumentato ugualmente e forse in misura maggiore, tenuto presente il rilevante incremento delle retribuzioni lavorative registratosi nell'ultimo decennio; che, in ogni caso, è mutata la sensibilità sociale in ordine al danno della persona, sicché non è parso più accettabile il risarcimento determinato in misura modesta; che, con la imminente liberalizzazione delle tariffe assicurative, il problema interesserà più gli assicurati che non gli assicuratori. Per ciò che concerne, in particolare, il danno biologico per le lesioni mortali, è poi da osservare che, normalmente, sta scomparendo il danno patrimoniale da lucro cessante, attesa

#### **4.1. PROSPETTIVE COMPARATISTICHE SUL DANNO DA MORTE: L'INTERESSANTE ESPERIENZA MALTESE.**

Nell'elaborazione sinora condotta un interessante termine di paragone a livello investigativo è rappresentato dall'esperienza maltese, esempio ibrido di legislazione mista,<sup>435</sup> in parte ispirata ai precetti di origine napoleonica successivamente contaminati dalla prospettiva positivista italiana, e in parte tributaria dell'impostazione di *common law*, in particolar modo nel settore della tutela dei diritti civili e, quindi, nel versante più squisitamente pubblicistico.

---

la maggiore autonomia economica dei componenti della famiglia: quindi, alla risarcibilità del danno biologico, corrisponde una non risarcibilità del lucro cessante". Cfr. G. GIANNINI, *Lesioni mortali, danno biologico e danno psichico- Il commento* in Corr. Giur., I, 1994, 115 ss.

<sup>435</sup> Ai fini speculativi la peculiarità del sistema maltese rappresenta un elemento certamente a favore nella verifica di come la coesistenza di sistemi e caratteristiche proprie di differenti ordinamenti sono tra loro conciliabili e coordinabili. Del resto la possibilità che principi di *common law* si siano avvicinati e cristallizzati con caratteristiche proprie dei contesti continentali rappresenta un entusiasmante conferma di come sia possibile la nascita di fenomeni ibridi a livello ordinamentale e quindi, in *minus*, anche di semplici aspetti degli stessi. La definizione dei sistemi misti ha rappresentato oggetto di studio di notevoli Autori che hanno concluso la presenza di una vera e propria terza categoria sistematico-ordinamentale: oltre ai sistemi di *civil law* e quelli di *common law*, dunque, vanno richiamate le *Mixed Jurisdiction*, che rappresentano sintesi di tali due impostazioni. Malta, sebbene non ufficialmente, può essere ricondotta ad una forma ibrida di giurisdizione mista come definitiva da Palmer in un suo celebre scritto, in cui afferma "At the beginning of the twentieth century many western jurists tended to think in bipolar terms: on the one side there was the empire of Common Law and on the other side the empire of Civil Law. Indeed this bipolar conception had a geographical structure in the form of the colonial possessions of the mother countries of Europe. It was within this crude dichotomy that the idea of the 'classical mixed jurisdictions' first came to life". Cfr. V. V. PALMER, *Mixed Legal Systems - The Origin of the Species* in Tulane Eu. Civ. Law For., 2013, p. 103 ss.

Tenendo a mente tale singolarità che caratterizza il contesto giuridico maltese giova porre in evidenza che una serie di valutazioni significative possono essere formulate in relazione al fenomeno del danno tanatologico, espressamente disciplinato nel codice, seppur con qualche anomalia. Il contesto civilistico maltese, infatti, se all'art. 1046 del codice disciplina il risarcimento del danno in caso di morte del danneggiato, nulla prevede in ambito di danni morali: l'ordinamento in questione, infatti, ammette la rilevanza dei soli danni economici verificatisi in seguito all'evento dannoso, in ragione dello scopo meramente compensativo che attribuisce al ripristino dello *status quo*. Da una prima osservazione, pertanto, emerge che l'istituto risarcitorio nel contesto maltese viene inteso come forma di ripristino della sfera economica del danneggiato, con la sola eccezione per le lesioni arrecate nel caso di violazioni di *Human Rights*: in tale fattispecie, infatti, il percorso seguito è differente, prevedendo un *iter* pubblicistico che ripercorre un tipo di giudizio ispirato all'universo di *common law*.<sup>436</sup>

---

<sup>436</sup> Appare palese in tal senso la peculiarità del sistema maltese: si tratta di un ordinamento misto che però, secondo un'impostazione dottrinale rilevante, non va inserita nel novero del *Numerus Clausus* definito da Palmer bensì è riconducibile alla categoria di "*other simple mixes*". Secondo tale prospettiva ogni sistema risulta, invero, sintesi di una moltitudine di sottosistemi che si sono susseguiti nel tempo e nelle abitudini, dando poi origine all'ordinamento moderno e cristallizzatosi che oggi si presenta ben definito. Malta rientrerebbe, a ben vedere, non tra i sistemi di giurisdizione mista vera e propria, in ragione del suo "basso livello di commistione" come sostiene Esin Örüçü che nella conclusione del suo saggio afferma "*The various degrees of hybridity arise from various degrees, levels and layers of encounters, crossing and intertwining*". E. ÖRÜCÜ, *What is a Mixed Legal System: Exclusion or Expansion?* In *Elect. Jour. Comp. Law*, 2008, p. 34 ss. Per ulteriori approfondimenti in merito alla struttura degli ordinamenti misti va richiamato il contributo di I. CASTELLUCCI, *How Mixed Must a Mixed System Be?* in *Elect. Jour. Comp. Law*, 2008, p. 1 ss. In tale saggio l'Autore mette in chiaro la duplice prospettiva che ravvedeva una teoria prioritaria, *the classical theory*, di sistemi misti, fondata sulla sussistenza di un ordinamento occidentale o pseudo-occidentale, e una teoria differente, *the mixtures Theory*, che riconduceva i sistemi misti a forma di modifica di statuti che nel corso della loro evoluzione sistematica hanno mutato la cornice di riferimento da *civil law* a *common law*. Invero il concetto di misto, come lo stesso autore analizza può comportare una serie di interpretazioni che oscillando dalla totale fusione di due o più sistemi giuridici alla mera interferenza di abitudini e meccanismi legali che appartengono ad alberi genealogici ordinamentali. Inoltre, l'approccio potrebbe mutare e condurre a nuove prospettive come lo stesso

Il sistema giurisdizionale presente a Malta, pertanto, è sintetizzabile nella presenza di una doppia forma di protezione, da un lato quella strettamente civilistica, che tutela la proprietà e le sfumature prettamente economiche della vita quotidiana, nel cui solco si inserisce l'istituto della responsabilità civile. Altro binario di tutela è quello, invece, che si pone come obiettivo la protezione dell'essere umano, nelle sue molteplici manifestazioni, in quanto soggetto giuridico tutelato *tout court* in ossequio a quanto stabilito nella dichiarazione universale dei diritti umani. Giova, però, porre in evidenza che tale forma di tutela segue un *iter* differente, un meccanismo di giustizia che può ritenersi straordinario e che predilige un percorso giurisdizionale di stampo pubblicistico, affine a quelli ancora oggi vigenti nei sistemi di anglosassoni.

Quanto sinora affermato si presenta preliminare ad una serie di osservazioni di non poco conto, anche in relazione all'impostazione seguita dall'ordinamento italiano: prima fra tutte quella che riguarda l'espressa tipizzazione del danno tanatologico, come manifestazione di un pregiudizio del bene giuridico salute nella sua più ampia portata e che segue il binario di tutela comune al meccanismo risarcitorio ordinario e che, pertanto, va certamente coordinato con una forma di responsabilità di matrice patrimoniale.<sup>437</sup> Inoltre, non va trascurato un altro importante aspetto del sistema giuridico maltese che, sebbene siano riscontrabili talvolta delle fattispecie al limite, non riconosce esplicitamente il concetto di danno punitivo come forma di tutela a favore di un soggetto leso in seguito ad un atto antiggiuridico. Se ne deduce, quindi, la curiosa nonché interessante struttura dell'illecito che prevede un duplice livello di

---

autore sostiene “*A possible and useful, current classificatory use of this very polysemic word, could be limited to the realm of prevalently western legal systems, in relation to any mixture of common law and civil law as the dominant element in a given legal system. That use would then retain some current classificatory meaning, with a view to the developments in a few jurisdictions which are actually identifiable around the globe as candidates for official admission in the ‘mixed’ Group*”.

<sup>437</sup> Secondo quando disciplinato dal codice civile maltese all'art. 1046 “*Where in consequence of the act living rise to damages death ensues, the court may, in addition to any actual loss and expenses incurred, award to the heirs of the deceased person damages, as in the case of permanent total incapacity, in accordance with the provisions of the last preceding article*”.

tutela, ordinario per le lesioni patrimoniali, straordinario per i pregiudizi che riguardano il profilo non economico dell'individuo<sup>438</sup> e possono considerarsi consequenziali ad una lesione dei diritti umani;<sup>439</sup> in tale quadro generale va sottolineata l'avversità del sistema a

---

<sup>438</sup> Giova porre in evidenza che l'impostazione seguita dal codice civile maltese, sebbene fortemente ispirata al code civil napoleonico del 1804, prende ben presto le distanze dalla disciplina di liquidazione elaborata all'interno del contesto francese, aderendo ad un'interpretazione cara alla dogmatica austriaca, altra fonte importante nella fase della scrittura del codice maltese. Quest'ultimo prese la stura da un'ordinanza del 1868, emanata da Sir Adriano Dingli, il quale con cura pose in evidenza la dicotomia di napoleonica origine tra delitti e quasi-delitti, alla stregua prevedendo un danno sia in caso di condotta colposa che in caso di condotta dolosa, con notevoli conseguenze sotto il profilo pratico. In caso, infatti, di illecito perpetuato con negligenza, imprudenza o imperizia, senza quindi un intento antiggiuridico nel senso più puro del termine, nella fase di liquidazione del danno all'agente si imponeva di compensare solo il danno emergente. A tale forma di risarcimento si contrapponeva, però, una liquidazione ben più gravosa in caso di azione dolosa, o commessa con malizia, in seguito alla quale si imponeva a favore del danneggiato non solo la compensazione del danno emergente, ma anche del lucro cessante, un aumento del *quantum* proprio in ragione della riprovevolezza della condotta. Sebbene la prospettiva adottata *prima facie* sembra essere confacente a quella di *Domat e Pothier*, giova, sottolineare la prima anomalia del sistema maltese che non riconosce in alcun modo forme di liquidazione di danni morali. Come si evince anche da un contributo di qualche anno fa “*It is important to note that moral damage is not all treated in the same manner in France. Since the concept has been refined over the years, we find various categories of moral damage in France including pretium doloris (or ‘psychological suffering’), prejudice esthithique (or ‘disfigurement’) and prejudice d'agriment more generally (meaning ‘deprivation of the pleasures of life’)*”. 26 *In Malta, for reasons explained below, it seems that no such developments can take place unless the law is amended*”. Infatti, benchè il codice francese nulla dicesse a proposito del risarcimento del danno morale, la così ampia portata del concetto di danno che permeava la statuizione di epoca napoleonica non lasciava spazio ad alcun dubbio: il danno morale, esattamente come quello squisitamente patrimoniale, non poteva che rientrare nelle richieste che il danneggiato esperiva in sede risarcitoria. Eppure tale impostazione non fu trapiantata a Malta, il cui codice riprendeva i concetti francesi (che a conti fatti nulla dicevano espressamente sul danno morale), ma li reinterpretavano in una maniera così ristretta da non lasciare margini di rilettura comuni con quelli continentali. Cfr. C. MICALLEF-GRIMAUD, *Article 1045 of the Maltese Civil Code: Is Compensation for Moral Damage Compatible Therewith* in *Jour. Civ. Law Stud.*, 2011, p. 481 ss.

<sup>439</sup> Per un'indagine sul profilo del danno psicologico in contesto maltese, come violazione di diritto umani cfr. D. ZAMMIT e C. GRIMA, *Medical Liability and Psychological Damages in Maltese Jurisprudence*, Roma, 2014.

meccanismi punitivi e sanzionatori, essendo l'intento prevalente racchiuso nella disciplina risarcitoria quello compensativo<sup>440</sup> nonché meramente ristorativo. In una simile prospettiva, però, va presa in considerazione l'espressa previsione legislativa che riconosce agli eredi il diritto *iure successionis* ad ottenere il risarcimento per la perdita della vita di colui che in seguito ad un illecito giuridico decede, più o meno istantaneamente. Il che sembra sollecitare un'osservazione che implica la possibilità di contemplare una disciplina risarcitoria a tutela del danno del bene-vita, sebbene l'intero assetto della responsabilità non tenda la mano a finalità punitive o sanzionatorie.

Certamente non si può affermare che la disciplina sia stata indenne da considerazioni più o meno critiche a livello giudiziale: giova, al contempo, ricordare che l'impostazione ibrida del sistema maltese ha fatto sì che la maggior parte dell'elaborazione metodologica e dogmatica sia confluita nei *cases* giudiziali che, nonostante la mancanza di una vera e propria adesione al meccanismo dello *stare decisis*, hanno rappresentato il fondamento di numerose statuizioni successive. Ciò principalmente in ragione del fatto che, nel periodo storico in cui il codice civile veniva emanato e applicato, il dominio costante era detenuto dagli inglesi, i quali privilegiavano metodi di risoluzione delle controversie dogmatiche e applicative della legislazione con un taglio squisitamente pragmatico, che vedeva nelle statuizioni giurisprudenziali un efficace strumento para-interpretativo.<sup>441</sup>

---

<sup>440</sup> In tal senso merita un cenno il contributo di M. SCHEMBRI che sostiene, descrivendo l'impostazione maltese "In the common law, the basic goal of most damage payments (the kind we call compensatory damages) is to compensate the victim for his/her loss. It is usually interpreted to mean, make the victim as well off as he/she would have been if the welfare-reducing incident had not taken place. However, does the common law notion of compensation fit well with the economic notion? While in principle, the law embraces the idea of making the victim whole, in practice the law does not always do so. In many cases, the damages awarded are based on pecuniary losses (i.e. monetary losses), rather than a judgment about how much money is truly necessary to make the victim as well off as before. Pain and suffering damages partially fill the gap, but not always or entirely" in *The right to compensation in maltese economy: reference to maltese case law* in Back Vall. Rev., 2009, p. 48 ss.

<sup>441</sup> Una palese conseguenza di tale predominio anglosassone è racchiusa nella metodologia di quantificazione del danno che fa riferimento al concetto di *Multiplier* e che segue un'impostazione maggiormente vicina a

Ritornando al profilo strettamente contenutistico, pertanto, due le principali questioni che avvolgevano la disciplina del risarcimento del danno da morte riconducibili, da un lato, alla titolarità dell'azione di risarcimento e, dall'altro, alla quantificazione del pregiudizio, individuato come danno alla salute considerato alla stregua dell'invalidità da un valore di 100 punti percentuali. Preliminarmente infatti, giova chiedersi chi sono i soggetti legittimati ad esperire un'azione risarcitoria in conseguenza di un'ingiuria fatale: ebbene, dal testo della legge all'art. 1046 la soluzione dovrebbe apparire semplice, del resto lo stesso dettame legislativo parla di “*Heirs*”, quindi di eredi, eppure la questione non è stata chiara *ab origine*. Invero, una certa differenza si poneva per gli eredi del *de cuius* che fossero dallo stesso dipendenti, rispetto ai congiunti che, a ben vedere nulla condividevano materialmente con lo sfortunato deceduto se non l'affetto. La disquisizione, che appare *prima facie* di sterile portata è, invece, molto utile ai fini speculativi in quanto è grado di porre in evidenza come il sistema Maltese e la disciplina risarcitoria dello stesso pretendono ad un scopo squisitamente compensativo, a nulla rilevando logiche sanzionatorie e punitive.<sup>442</sup> Il danno

---

quella di *common law*, benché le voci di danno che vengono richiamate anche nei testi legislativi siano di romana memoria e sintetizzabili nel danno emergente e nel lucro cessante, valutati e considerati in maniera particolarmente atteggiata a seconda del danno che è stato prodotto. Invero, come afferma Autorevole dottrina “*When it comes to calculating the multiplier, the Maltese judge has a wide discretion and can apply different multipliers depending on the circumstances of each case. There are no set of guidelines which the courts are bound to follow and the multiplier adopted is very subjective. The choice of the multiplier is at the mercy of the judge. This means, that one can be faced with a situation where different multipliers are adopted in two analogous cases, for the simple reason that the case is decided by different judges*”, tale prospettiva sembra far riferimento ad un contesto in cui l'organo giudicante gode di un certo margine di discrezionalità, assolutamente inesistente nei sistemi di impostazione continentale, dove i criteri da seguire per la liquidazione del pregiudizio imbrigliano il giudice in maniera incontrovertibile. Cfr. F. CILIA, *Quantifying Damages for Lucrum Cessans in Tort: A Fusion of Sources Creating a Unique Legal Structure for Malta* in Jour. Civ. Law Stud., 2011, IV, p. 332 ss.

<sup>442</sup> Cfr. a tal proposito i cases: *Domic Bartolo et noe. Vs. Jhon Attard et noe* (28th march 1983, First Hall); *Anthony Turner et vs. Francis Agius et.* (12th February 1998, First Hall); *Paul Vassallo et. Noe vs. Carmelo Pace* (5th march 1986, Court of Appeal).

tanatologico, dunque, così come tipizzato non solo rappresenta un esempio di testo esplicito che riconosce tutela al diritto alla vita, attraverso la meritevolezza della tutela risarcitoria che viene accordata alla perdita della stessa, ma soprattutto appare fondamentale in quanto è esempio di come un sistema sostanzialmente ristorativo di responsabilità civile, non sia astrattamente e aprioristicamente incompatibile con una forma di danno tanatologico.

Altro profilo problematico, inoltre, è rappresentato dal metodo di liquidazione del pregiudizio arrecato: lo stesso presenta dei dubbi applicativi sia in ragione della particolare fattezza del bene che sostanzialmente tutela, la vita, di difficile definizione in senso strettamente pragmatico, sia in ragione del metodo quantitativo che nel tempo si è consolidato nel sistema maltese e che, pertanto, è stato esteso anche all'ipotesi in questione. Il verbo "estendere" appena utilizzato non si presenta casuale in quanto va sottolineato che il danno da ingiuria fatale è stato inserito solo successivamente nel codice maltese, precisamente nel 1938, mentre la *tort law* ha tratto origine da una serie di ordinanze di fine ottocento, che hanno lasciato alla giurisprudenza il tempo di consolidare il meccanismo del *Multiplier*. Ovviamente però, tale metodo di quantificazione, utilizzato già per i casi di danno alla salute, viene richiamato in questa fattispecie in una veste particolarmente atteggiata: si liquida il 100% del pregiudizio fisico, che implica la totale soppressione del bene salute che si manifesta nella perdita della vita, e si tengono in considerazione parametri non fissi, come l'età della vittima, la produttività a livello lavorativo, il tipo di attività regolarmente svolta e anche il carico fiscale che solitamente la vittima pagava allo stato annualmente.<sup>443</sup> Tutti fattori, questi, in grado di quantificare in termini strettamente algebrici la lesione subita dal *de cuius* e il pregiudizio, conseguentemente, subito dagli eredi. La visione così strettamente economica del sistema, che giova ricordare non sembra lasciare spazio espressamente per i danni morali nell'ambito della *tort law* ordinaria, si cristallizza però nella concreta manifestazione di tutela per il bene vita, la cui lesione non resta priva di protezione.

---

<sup>443</sup> Per ulteriori approfondimenti si tenga in considerazione la *Dissertation* di N. H. BORG, *Compensation for damages in fatal injuries: an investigation of Maltese law in the light of comparative Law and the proposed amendments to the Civil Code*, University of Malta, 2004, p. 113 ss.



Il caso appena osservato, è utile a quanti facendo leva sulla masticata funzione esclusivamente compensativa del risarcimento del danno in Italia, sembrano ripudiare attraverso un mero sillogismo aristotelico la prospettiva di concedere un danno tanatologico puro, trasmissibile *iure hereditatis*. Come emerge, invece, finora nessun'altro contesto giuridico si presta piú validamente a testimoniare come un sistema compensativo puro, puro al punto da non contemplare forme di liquidazione dei danni morali, da sempre spina nel fianco della teoria ristorativa del risarcimento, è in grado di interagire e perfino tutelare il bene vita senza incorrere in alcuna giuridica aporia.

#### **COMPARATIVE PERSPECTIVES ABOUT FATAL INJURY: THE INTERESTING MALTESE EXPERIENCE.**

In outlining the development of tort law an interesting tertium comparationes is represented by the Maltese legal experience, considering that it is a mixed jurisdiction, partly inspired by Napoleonic principles; themselves interpreted through the filter of various already crystallized Italian perspectives,<sup>444</sup> and partly indebted to the common law approach, particularly as regards public law including Human Rights.

Always bearing in mind this hybrid character of the Maltese system,<sup>445</sup> worth of noting is that relevant comments could be made about the rules concerning the compensation of fatal

---

<sup>444</sup> Indeed, Italian perspectives were present and influenced the Maltese system before the Code Napoleon was drafted, in fact the Code de Rohan, Malta's Municipal Code, was drafted in the 1874 following the visit of a Neapolitan jurist: Giandonato Rogadeo. Furthermore, the Maltese civil code reflects not only the old Italian code but also the codes of Parma, Modena and of the Two Sicilies. Therefore we are talking about Italian perspectives, not the Italian perspective.

<sup>445</sup> See S.P. DONLAN, B. ANDÒ and D. E. ZAMMIT, "*A happy union?: Malta's legal hybridity*" in Tulane European and Civil Law Forum, 2012, 165-208; V. V. Palmer, *Mixed Jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family*, Cambridge: University Press, 2012.

injury, which is expressly regulated in the Maltese civil code, even if with some anomalies.<sup>446</sup> In the Maltese legal contest, indeed, although in Article 1046 of the civil code the legislator envisaged tort compensation to the victims of a fatal injury, nothing is stated about compensation of moral damage. This system thus only contemplates the relevance of those pecuniary losses that are immediately linked to an illegal and/or wrongful event in order to satisfy the restorative aim of tort damages and to restore the *status quo ante*. Here it is important to point out another important aspect of the Maltese legal system, where punitive damages are not expressly contemplated..

From this perspective it seems clear that the compensatory machinery under Maltese tort law is almost exclusively envisaged as an instrument to restore patrimonial integrity; with a single dominant exception: violations of Human Rights, because in this case the iter is different and follows the logic of the public law universe.

The compensatory system actually present in Malta, is in point of fact based upon a dualistic system of remedies: on one hand the private law protection that protects the patrimonial and all kinds of purely economic interests of the victim; on the other hand, there is the iter set in place in order to protect the human being, in every dimension, as a juridical subject, according to the Universal Declaration of Human Rights.

It is worth noting that this latter remedy follows a different trajectory, because it is a public law protection and an extraordinary instrument to protect Human Rights, such as are still nowadays frequent in the common law tradition.

Once this is premised, there are further relevant comments to be made. First of all, one comment concerns the expressed rule on damages for fatal injury; which appears to demonstrate a concern to compensate for harm to health considered in its economic dimension and which needs to be coordinated with liability for patrimonial harm.

---

<sup>446</sup> Article 1046 of the Malta Civil Code states: “Where in consequence of the act giving rise to damages death ensues, the court may, in addition to any actual loss and expenses incurred, award to the heirs of the deceased person damages, as in the case of permanent total incapacity, in accordance with the provisions of the last preceding article.”

These considerations lead to the unusual and interesting conclusion that in this legal context the tort system offers a double level of protection: one ordinary, for the economic losses; another one extraordinary, for non-patrimonial losses. This last is triggered by violations of human rights; always bearing in mind the hostility of the Maltese system to any express punitive rationale in the context of a concept of damages based solely on the compensatory idea.

From this perspective it is worth noting the express wording of Article 1046; which makes it clear that both *damnum emergens* and *lucrum cessans* “as in the case of total permanent disability” awards may be made by the court to the heir in cases where: “in consequence of the act giving rise to damages death ensues.” This clearly indicates that compensation may be awarded in cases where the *de cuius* dies more or less, instantly after the wrongful event. This patently demonstrates that it is far from impossible to contemplate a compensatory route for these kinds of losses even if a particular jurisdiction does not as a general rule accept a punitive rationale for compensation.

This legal scenario is not immune from criticism: Maltese legal hybridity finds expression in a paucity of scholarly commentary and a tendency to rely on court judgments in order to develop the theoretical and methodological study of Maltese law; such that, even if *stare decisis* is not an obligatory principle, these judgments are the basis of the most important statements. Indeed, it is significant that the Maltese civil code was drafted during the heyday of British colonialism; at a time when the judicial route must have appeared as the most practical way to resolve legal uncertainty; creating an important instrument for interpretation. Returning to the relevant points under investigation, there are two important issues: on the one hand the legal justification for awarding these damages, on the other hand, the method by which the *lucrum cessans* damages are quantified in cases where the claimant asserts that the damage inflicted is equivalent to a permanent and total damage to health (ie in its highest dimension of 100% permanent disability).

Firstly, it is important to investigate who is entitled to sue for compensation in these cases. Indeed, according to Article 1046, the solution should be clear: the code refers to “heirs”; but this codal reference itself renders irrelevant any attempt to distinguish between the loss

suffered by heirs from purely emotional perspective and the financial loss suffered by heirs who financially depend upon the *de cuius*.

Although at first glance this may appear to be an observation of marginal importance, it is very relevant for this investigation because it provides a concrete example proving that even in a jurisdiction which bases tort damages on a compensatory and restorative rationale, there is space for “thanatological” damages without a sense of ontological incompatibility.

A different issue concerns the methodological approach by which these damages are quantified: doubts derive from the nature of the right protected, the right to life being hard to define pragmatically; and also from the method for quantifying the harm suffered, calculated through the medium of the Multiplier/Multiplicand formula. This formula needed to be adapted to the particular characteristics of this case and, according to Article 1046 and the jurisprudence, the solution was reached by the application of the multiplier formula as if the permanent disability caused amounted to 100%. Of course, apart from the proportion of disability, other parameters needed to be factored in; such as the age of the victim at the point of death, the life style, but also the current work position, the salary and the legal tax capacity. All these factors needed to be examined in order to quantify the exact harm suffered by the *de cuius*, and then received, in the form of damages by the heirs. This quintessentially economic and strictly patrimonial approach in a jurisdiction where there is no space for moral damages nevertheless constitutes a system for concretely safeguarding the right to life.

This investigation is very interesting because it is able to explain how a legal system, based on a compensatory and restorative rationale, could be compatible with damages awards for “thanatological harm.” In Italy the compensatory rationale of tort damages awards usually represents the greatest impediment to allowing such awards to be made in relation to a wrongful act.

## SEZ. II. I DANNI PUNITIVI NELLA ELABORAZIONE LEGISLATIVA.

### 1. LA NASCOSTA PRESENZA DI RISARCIMENTI ULTRACOMPENSATIVI IN ITALIA.

Il concetto di *punitive damages* coniuga al suo interno una serie di categorie accomunate dalla coesistenza del fenomeno risarcitorio con una funzione latamente punitiva e deterrente. Tali ultimi due profili, solitamente cari alle discipline penalistiche, assumono una valenza particolarmente atteggiata nell'ipotesi in cui si insinuano nelle liquidazioni risarcitorie, in parte modificandone i presupposti, in parte incidendo sulla connotazione giuridica delle stesse. Come emerso dal percorso sinora seguito i risarcimenti ultracompensativi non sembrano appartenere al sistema giuridico italiano, non foss'altro che per la finalità squisitamente compensativa che ormai da decenni la giurisprudenza di legittimità, nonché parte della dottrina, riconosce all'istituto del risarcimento del danno e, più a monte, al giudizio di responsabilità civile che, lungi dal voler punire un comportamento antiggiuridico, ha come fine ultimo la riallocazione di un danno arrecato al soggetto lesa, spostandolo dalla sfera giuridica del danneggiato a quella del danneggiante.

Giova, al fine di delineare un quadro esaustivo dell'interferenza del concetto di danno punitivo con l'ordinamento italiano, non trascurare l'evoluzione legislativa che, a differenza di quanto è successo nell'ambito giurisprudenziale di legittimità, è apparsa in alcuni frangenti attratta dalle logiche punitive e deterrenti d'oltreoceano al punto tale da ispirarsi talvolta alle stesse dando origine a forme ibride di liquidazioni pseudo-compensative, difficili da definire in senso univoco.

A ben vedere, è utile tracciare una sorta di canovaccio all'interno del quale individuare una serie di criteri che possono rivelarsi utili per verificare fino a che punto uno strumento apprestato dall'ordinamento in seguito al verificarsi di un lesione possa definirsi meramente risarcitorio e quando, invece, il legislatore sembra voler perseguire un fine ultroneo al solo ripristino dello *status quo ante* a livello economico. In tale prospettiva giova prendere le mosse dalla concezione basilica dell'istituto del risarcimento del danno, sintetizzabile nella sua finalità ripristinatoria e compensativa e delinearne degli indici, in grado di comprovare

tale proposito. Preliminarmente va posto in evidenza che per soddisfare uno scopo compensativo il risarcimento del danno deve sostanzialmente andare ad equiparare la perdita subita, facendo in modo che la sfera giuridica del soggetto leso risulti reintegrata *in toto*, come se il fatto illecito non si fosse mai verificato. Può desumersi, intuitivamente, che qualunque forma di liquidazione del danno che non sia esclusivamente bilanciata sulla lesione arrecata è in grado di assumere una funzione ultronea a quella meramente ripristinatoria, rappresentando indice di una liquidazione ultracompensativa. Alla stessa conclusione può giungere nelle fattispecie in cui la quantificazione del risarcimento viene effettuata a prescindere dalla concreta prova del danno subito: in simili ipotesi, infatti, qualora il legislatore vincoli a canoni distinti dalla perdita la definizione dell'*exequatur* non può intravedersi alcuna logica compensativa, o esclusivamente compensativa. Infine, nelle varie fattispecie in cui ad influenzare il processo di definizione del *quantum* sia la condotta del danneggiante, ad esempio attraverso l'inasprimento dello stesso in caso di azione od omissione particolarmente riprovevole, si intravede come la individuazione del parametro comportamentale è idoneo a modificare l'*exequatur* della liquidazione, asservendo il risarcimento ad una funzione diversa da quella compensativa, tendenzialmente punitiva.

Obiettivo di questa sezione è, alla luce di quanto appena affermato, investigare e verificare la consistenza giuridica di alcune fattispecie che, benché finalizzate al ripristino della sfera del danneggiato causata da una condotta illecita, si presentano peculiari nelle loro caratteristiche lasciando intravedere una funzione che va ben oltre il semplice ripristino dello *status quo*. Tra le varie ibride fattispecie giova iniziare col valutare le ipotesi di illecito processuale, categoria più generale all'interno della quale possono essere annoverate le ipotesi di lite temeraria, in grado di manifestarsi quando il procedimento è ancora in corso, e quelle di inadempimento di obbligazione infungibile, che il legislatore ha dal 2009 esplicitamente sanzionato attraverso uno strumento di coercizione indiretta, sulla falsa riga dell'istituto francese delle *astreintes*, sia nel processo civile che in quello amministrativo. Altrettanto significativo, inoltre, si rivela la definizione dei profili di responsabilità degli esercenti la professione sanitaria, da ultimo, riformati alla luce di due recenti normative, il Decreto Legge Balduzzi, del 2012, poco dopo sostituito dalla Legge Gelli-Bianco, dello

scorso anno. L'attenzione a tali ipotesi di responsabilità è sollecitata dall'intervento del legislatore che sia nella normativa del 2012 che in quella di poco successiva introduce come parametro idoneo alla quantificazione della lesione la condotta dell'esercente la professione sanitaria che, a ben vedere, prende le distanze dalla mera lesione del diritto alla salute subita dal soggetto leso, concedendo l'ingresso di qualche spiraglio punitivo e deterrente nella definizione dell'*exequatur*. Infine, in una simile indagine, non possono passare inosservate le innovazioni legislative che nel 2016 hanno consentito la depenalizzazione di alcuni reati, implicando come conseguenza l'insorgere di una liquidazione economica che va a coadiuvare il risarcimento del danno civilistico e che assume, pertanto, connotati più punitivi che ristorativi e che, forse, si presenta come mero specchio per le allodole.

## **2. GLI ILLECITI PROCESSUALI.**

### **2.1. EVOLUZIONE DEL CONCETTO DI LITE TEMERARIA EX ART. 96, III C., C.P.C.**

La lite temeraria rappresenta un concetto giuridico che ha radici antichissime: benché tale istituto sia ritornato in auge dopo la riforma che nel 2009 ha ridisegnato i contorni della giustizia ordinaria e amministrativa, andando ad incidere anche sulle lungaggini processuali patologicamente presenti nel sistema giudiziario italiano, la correttezza e probità da tenere nelle controversie giudiziali rappresentavano un punto fermo già all'epoca dei Romani.

Per la prima volta, la lite temeraria affiora nella legislazione di epoca giustiniana<sup>447</sup> in cui con il "*De poena temere litigantium*", oltre a perseguire uno scopo deflattivo si cercava di sanzionare i litiganti che si mostravano scorretti nella gestione della controversia: ciò

---

<sup>447</sup> Secondo quanto previsto nel testo di epoca giustiniana "Dobbiamo a questo punto avvertire che coloro che si sono preoccupati del diritto hanno avuto gran cura che gli uomini non potessero facilmente imboccare la strada delle liti: cosa che sta a cuore anche a noi. Lo si può ottenere soprattutto reprimendo la temerità tanto degli attori quanto dei convenuti ora con una sanzione pecuniaria ora col vincolo del giuramento ora col timore dell'infamia" in Ist. Giust., Tit. V, Libr. IV, p. 171.

avveniva attraverso l'ausilio di sanzioni pecuniarie o con la richiesta di prestare giuramento sulla validità delle proposte difensive avanzate e sulla relativa non pretestuosità. La *ratio* che veniva, all'epoca, riconosciuta a tali forme di rimedi era riconducibile all'ampio novero delle pene private, finalizzate al rispetto dei doveri di correttezza e lealtà che devono trasparire dalle condotte anche processuali dei litiganti.

Ad oggi tale concetto è stato trasfuso nel codice di procedura civile in una triade di articoli, artt. 88, 91 e 92 c.p.c., che segnano in senso figurato i confini della controversia rispettosa e che, violati i quali, implicano l'insorgere di una responsabilità aggravata per illecito processuale.<sup>448</sup> Sotto un profilo strettamente più pratico, però, giova ricordare che la disciplina della lite temeraria è prevista esplicitamente all'art. 96 c.p.c. che merita di essere analizzato nelle sue molteplici sfumature, ma soprattutto, funzioni, vista la componente ibrida che lo pervade. Non unitario, infatti, appare il suo contenuto: inizialmente composto di due commi, con la riforma del 2009 il testo dell'art. 96 c.p.c. viene ampliato attraverso l'introduzione di una fattispecie particolarmente atteggiata rispetto a quelle iniziali.

Al fine di delineare il concreto assetto legislativo è bene prendere le mosse da quanto previsto preliminarmente, in senso cronologico, per poi delineare il tipo di relazione che tra tali forme di responsabilità è configurabile. *Prius* logico, però, è rappresentato dal rinvio ai precetti costituzionali di cui sarebbero applicazione: l'uso del condizionale non è casuale, anzi serve a sottolineare la molteplicità di vedute affermate e prese in considerazione da differenti prospettive dottrinali. Di certo vi è una componente oggettiva che è comune a tutte e tre le fattispecie e si tratta del danno, inteso come pregiudizio arrecato, anche se, come si vedrà, la

---

<sup>448</sup> Riprendendo le osservazioni di Autorevole dottrina vale la pena porre in evidenza che la violazione dei criteri di probità e correttezza sancita ex art. 88 c.p.c., nelle parti nella fase processuale si riverbera sulla disciplina delle spese del procedimento giudiziale che secondo un richiamo previsto all'art. 92 c.p.c. autorizza il giudice a imporre il pagamento delle spese in maniera svincolata dal principio della soccombenza in occasione di condotte poco consone alla tenuta doverosa delle parti. Inoltre, anche nella fase conciliativa la condotta dei litiganti deve osservare un certo rigore, in omaggio a quanto sancito all'art. 91 c.p.c., seppur temperato dal successivo art. 92 c.p.c. È in tale contesto che si inserisce la previsione che concerne la responsabilità aggravata. Cfr. in tal senso, P. RUSSO, *I danni esistenziali*, Torino, 2014, p. 809 ss.



definizione dello stesso non appare unitaria.<sup>449</sup> In ogni caso, tre sono le impostazioni che in maniera imprescindibile devono essere richiamate come fonti, la cui violazione, implica l'insorgere della lesione e prima fra tutte è il pregiudizio al concetto di equo processo: invero, la riforma che nel 1999 ha implicato introduzione nell'art. 111 della Carta Costituzionale del valore del giusto processo<sup>450</sup> rappresenterebbe per taluno l'appiglio normativo da cui poter desumere la produzione di un vero e proprio danno in caso di mancato rispetto dello stesso. Taluno,<sup>451</sup> invece, più fedele ad un'impostazione protesa alla tutela del diritto alla vita, nella sua componente più ampia comprensiva anche della protezione di un determinato livello di

---

<sup>449</sup> Giova sottolineare che il concetto di danno è qui utilizzato in senso ampio nella misura in cui, se nei primi due commi dell'art. 96 c.p.c. si pensa di poter verificare e provare il pregiudizio subito dalla parte in conseguenza della condotta scorretta dell'altra parte processuale, lo stesso non può dirsi per quanto concerne il terzo comma che sembra rappresentare un danno *in re ipsa*. Sia chiaro, per, che a qualsiasi impostazione si accede una lesione sussiste, il problema è comprendere a quale bene giuridico: per coloro i quali ravvedono come necessaria la sussistenza di un danno relativo al soggetto che subisce, non vi sono problemi a riconoscere una valenza risarcitoria anche al terzo comma dell'art. 96 c.p.c. a diversa conclusione si giunge, invece, sposando l'idea che il danno sarebbe rappresentato dal medesimo comportamento scorretto e abusivo tenuto dalla parte sleale, il che lascia intuire la non necessaria prova o allegazione dello stesso. Ovviamente è da tale impostazione che prende le mosse la concezione punitiva e sanzionatoria della responsabilità aggravata nella lite processuale, che si emancipa dalla lesione arrecata e si calibra sul comportamento tenuto dall'agente, esattamente come avviene in ambito punitivo.

<sup>450</sup> Cfr. in adesione a tale prospettiva, *ex multis*, in P. CENDON (a cura di), *Trattato dei Nuovi Danni*, Padova, 2011; cfr. inoltre, M. TUOZZO, *Il danno non patrimoniale da lite temeraria alla ricerca della copertura costituzionale* in Resp. Civ. IV, 2009, p. 339 ss.; in senso conforme, M. DI MARZIO, *Boom di cause: l'antidoto lite temeraria* in Dir. Giust., 2006, p. 27 ss.

<sup>451</sup> In tal senso pertinente è l'osservazione di chi sostiene come l'uso errato del diritto processuale rappresenta e coinvolge il precetto dell'art. 2 della Carta costituzionale per un duplice ordine di ragioni: da un lato in quanto lesione del diritto ad un processo dalla durata ragionevole, ma soprattutto in ragione delle conseguenze che dall'uso distorto dello strumento processuale potrebbero derivare comportando una frustrazione e modifica *in peius* della qualità della vita ledendo la personalità del soggetto proprio sotto il profilo tutelato ex art. 2 Cost. Cfr. M. TUOZZO, *op. cit.*, p. 341; nel medesimo senso cfr. G. FINOCCHIARO, *La funzione punitiva del danno esistenziale da lite temeraria* in Dir. Proc. Civ., XI, 2006, p. 2125 ss.

qualità della stessa, riconduce il pregiudizio arrecato in sede di lite temeraria alla clausola generale che all'art. 2 Cost., violata nella misura in cui la condotta dell'ostinata parte processuale incide sulla qualità della vita e sul suo *standard* minimo. Gli artt. 2 e 111 della Costituzione, a ben vedere, non sono il parametro ideale per qualcuno che invece pone l'attenzione sull'art. 24 della Carta Costituzionale e alla sua funzione di protezione del diritto di difesa,<sup>452</sup> secondo cui tutti possono agire in giudizio per tutelare i propri diritti soggettivi e interessi legittimi, se lesi, fermo restando l'obbligo di non abusare del diritto<sup>453</sup> stesso garantito. In tal prospettiva, dunque, la lite temeraria paventerebbe un'ipotesi di abuso del diritto di difesa con tutte le conseguenze del caso, compreso l'eventuale risarcimento del danno che dallo stesso deriverebbe.

In tal senso, infatti, è bene ricordare che nella sua formazione originaria l'art. 96 c.p.c. veniva individuato, dalla dottrina quasi unanime, come una normativa legata da un rapporto di genere a specie con l'art. 2043 c.c., disciplina generica dell'illecito civile, e che rispetto a questo precetto rappresentava un'ipotesi speciale e settoriale,<sup>454</sup> applicabile in tutte le fattispecie in grado di arrecare pregiudizio qualora conseguenti ad una condotta scorretta in

---

<sup>452</sup> A sostegno di tale prospettiva si schiera la maggior parte della dottrina italiana, *ex multis*, giova richiamare, P. RUSSO, *op. cit.*; F. T. VESPASIANI, *Il danno da "lite temeraria" è ... morto? Lunga vita all'art. 96 c.p.c.!* in Resp. Civ., 2008, IV, p. 307 ss.; M. A. MAZZOLA, *Responsabilità Processuale*, Torino, 2013.

<sup>453</sup> Sotto tale profilo si consideri lo stretto collegamento che sussiste tra la disciplina della responsabilità aggravata, l'abuso del diritto e la sua declinazione nel contesto giudiziale con l'abuso del processo. In tal senso si veda in relazione alla questione della domanda frazionata di esecuzione di un credito pecuniario, da ultimo oggetto di sentenza di Cassazione che ha riformato l'intera prospettiva visuale, ammettendo l'ipotesi in questione qualora abbia un fine non squisitamente emulativo, F. COSSIGNANI, *La frazionabilità (in giudizio) del credito: il nuovo intervento delle sezioni unite* in Nuova Giur. Civ. Comm., 2008, I, P. 458 ss.

<sup>454</sup> A sostegno della sussistenza di un legame di genere a specie tra la disciplina dell'illecito civile e la responsabilità processuale aggravata si veda, *ex multis*, G. VANACORE, *Lite temeraria: il "canto del cigno" dell'art. 385, 4° co., c.p.c. e la nuova responsabilità aggravata* in Resp. Civ., 2009, XII, p. 969 ss.; F. T. VESPASIANI, *La condanna e la liquidazione ex officio del danno da lite temeraria ex art. 96, 3° co., c.p.c.* in Resp. Civ., 2012, V, p. 365 ss.; ID. *Il danno da "lite temeraria" è... morto? Lunga vita all'art. 96 c.p.c.!* in Resp. Civ., 2008, IV, p. 307 ss.

corso di causa.<sup>455</sup> La parziale ridefinizione della lite temeraria, invero, nel 2009 ha rappresentato una rilettura del sistema non solo in ragione dell'introduzione di un precetto di piú ampio respiro individuato nel terzo comma, ma anche in virtú della simultanea abrogazione dell'art. 385, IV comma c.p.c.,<sup>456</sup> che aveva come fine il contrasto di ipotesi di temerarietà nel corso del giudizio dinanzi alla Corte di Cassazione, da cui può desumersi il valore generale che la innovata disciplina dell'art. 96 c.p.c. ha cercato di cristallizzare. Giova preliminarmente porre in risalto gli elementi che *ab origine* hanno lasciato presumere che la lite temeraria rappresentasse una fattispecie settoriale dell'illecito aquiliano, e che vanno divisi in due categorie, sintetizzabili in un profilo oggettivo e uno soggettivo. L'analisi può essere effettuata parallelamente sui primi due commi della disposizione, mentre una trattazione autonoma si presta utile per comprendere a fondo la difficile individuazione della consistenza ontologica del danno da lite temeraria.

A ben vedere sia il primo che il secondo comma della disposizione in analisi presentano elementi oggettivi e soggettivi: sotto il primo profilo, infatti, in ambo gli incisi sia qualora il temerario litigante abbia agito dolosamente o con colpa grave, sia qualora abbia agito sulla base di un inesistente diritto, ciò che appare imprescindibile è la produzione di un danno. Le condotte poste in essere abusivamente, pertanto, rappresentano il fatto umano da cui eziologicamente prende le mosse l'insorgere di una lesione a carico dell'altra parte processuale, ormai resistente. Pertanto, costante è la sussistenza di un pregiudizio in tutte e

---

<sup>455</sup> A chi si domanda la concreta utilità della disciplina relativa alla responsabilità processuale aggravata giova ricordare che la normativa di cui all'art. 2043 c.c. implica l'insorgere di un diritto risarcitorio ogni qual volta al fatto di illecito di un soggetto corrisponde la produzione di un danno ingiusto a discapito di un altro. La necessità di apprestare una norma settoriale corrisponde ad un'esigenza sistematica: onde evitare che si eccepisca la mancata ingiustizia del danno in ragione dell'esercizio di un diritto costituzionalmente tutelato il legislatore ha preferito anticipare i tempi facendo presente che una condotta maliziosa produce un danno non giustificabile anche nel frangente che combacia con l'esercizio di un proprio costituzionale diritto. In tal senso M. DI MARZIO, *Vita nuova per il danno da lite temeraria (in attesa che l'ennesima riforma rimescoli le carte)* in *Giur. Mer.*, 2007, p. 1590 ss.

<sup>456</sup> In tal senso cfr. G. VANACORE, *op. cit.*, p. 973; F.T. VESPASIANI, *Ult. Op. cit.*, 2008, p. 312.

due le ipotesi, mentre differente è la verifica della sussistenza del profilo soggettivo: invero, mentre al primo comma l'articolo richiede esplicitamente un comportamento intenzionale poiché dettato da mala fede o almeno una condotta connotata da colpa grave, il secondo comma, invece, elenca una serie di condotte variegata accomunate tutte dalla mancanza di esistenza del diritto su cui sarebbero, ipoteticamente, incardinate in più coadiuvate da una componente soggettiva riconducibile alla mancanza di normale prudenza.

La differenza è abissale: mentre nel primo frangente è necessario il persistere di una intenzionalità più o meno consapevole ma in ogni caso consistente, nel secondo inciso la condotta appare civilisticamente rilevante solo se posta in essere senza la normale prudenza. Da un'analisi *prima facie* nonchè semplicemente desumibile dalla lettura della norma può evincersi che la non tipizzazione delle azioni al primo comma viene bilanciato dalla necessità che la condotta posta in essere sia stata effettivamente conseguenza della consapevolezza della parte in causa, a differenza di quanto avviene nelle ipotesi delineate nel secondo comma che, particolarmente significative in quanto poste in essere in mancanza di un vero e proprio diritto vantato, divengono illecite già se frutto di una mancanza di prudenza. Sottolineate talune differenze, giova porre in risalto un elemento comune alle prime due forme di responsabilità per lite temeraria che è rappresentato dall'elemento della domanda: invero, sia nel primo che nel secondo comma l'istanza per la richiesta di danni deve provenire dalla parte lesa, medesima che è risultata, al termine della lite ordinaria, soccombente secondo quanto previsto al primo comma e secondo quanto può desumersi dal secondo comma, sebbene non sia esplicitamente previsto. È sulla base di tali osservazioni che la dottrina ha fin dalle origini considerato tale disposizione proiezione speciale della più generica normativa sul risarcimento del danno aquiliano, di cui all'art. 2043 c.c.

La riforma del 2009, invece, ha rappresentato un notevole cambio di prospettiva, sia per la formulazione adottata dal legislatore, completamente svincolata da qualsiasi parametro di soccombenza, sia in ragione della comminabilità della sanzione *ex officio*, dunque, in

ossequio a mere valutazioni effettuate dal giudice.<sup>457</sup> Secondo quanto previsto, infatti, il giudice può, d'ufficio,<sup>458</sup> nella fase di liquidazione delle spese condannare la parte soccombente alla devoluzione di una somma equitativamente determinata in ogni caso. Ciò che emerge, in tale ipotesi, è l'atipicità delle condotte che possono considerarsi rilevanti al punto tali da risultare temerarie, la non espressa richiesta di parte che lascia, pertanto al giudice un margine di azione più ampio, e la mancanza di parametri in relazione ai quali calibrare il *quantum* che, pertanto, viene valutato su base equitativa.<sup>459</sup>

La atipicità della condotta, l'inciso di apertura "in ogni caso"<sup>460</sup> e il metodo di quantificazione, invero, rappresentano indizi della funzione punitiva che il legislatore ha voluto riservare a tale terzo comma dell'art. 96 c.p.c., in particolar modo anche alla luce che mancato richiamo dell'elemento oggettivo del danno.

Quasi unanimemente ricondotto ad una logica punitiva, da qualcuno addirittura avvicinato all'istituto dei *punitive damages*,<sup>461</sup> il terzo comma dell'art. 96 c.p.c. è stato oggetto di

---

<sup>457</sup> In tal senso giova porre in evidenza anche il differente regime probatorio che va insinuandosi nel panorama della responsabilità aggravata come esposto da M. GERBI, *Lite temeraria: dalle nozioni di comune esperienza alla liquidazione equitativa del danno* in Nuova Giur. Civ. Comm., I, 2012, 326 ss. In merito al profilo quantificatori, invece, cfr. F. D. BUSNELLI e E. D'ALESSANDRO, *Lite temeraria e criteri di risarcimento del danno* in Danno Resp., 2012, VI, p. 661 ss.

<sup>458</sup> Cfr. M. PETRI, *La responsabilità processuale aggravata: la condanna d'ufficio ex art. 96, comma 3, c.p.c.* in Corr. Merito, 2012, IV, p. 362 ss.

<sup>459</sup> Per approfondimenti in relazione alle tecniche di quantificazione del danno a lite temeraria cfr., ex multis, M. GERBI, *Lite temeraria: dalle nozioni di comune esperienza alla liquidazione equitativa del danno* in Nuova Giur. Civ. Comm., 2012, I, p. 328 ss.; F. D. BUSNELLI. E E. D'ALESSANDRO, *Lite temeraria e criteri di risarcimento del danno* in Danno Resp. 2012, p. 661 ss.

<sup>460</sup> A ben vedere, però, non sono mancate ipotesi interpretative che ricollegavano l'inciso in questione ai primi due commi dell'art. 96 c.p.c. Invero, secondo tale prospettiva il riferimento indiretto all'espressione "in ogni caso" sarebbe da ricollegare alle molteplici ipotesi enucleate nell'articolo 96 c.p.c. che, oltre alle precedenti ipotesi di liquidazione del danno su espressa richiesta della parte, prevedrebbe inoltre un meccanismo attuabile *ex officio* dal giudice, libero dalle singole fattispecie elencate nel medesimo precetto dal legislatore.

<sup>461</sup> Cfr. in tal senso, *ex multis*, D. CERINI, *La condanna per lite temeraria può diventare una condanna per punitive damages? Una conferma da tribunale di Milano, sez. V, 26 ottobre 2006* in Dir. Econ. Assic., 2008, p.

valutazione da parte della Corte Costituzionale recentemente,<sup>462</sup> proprio in ragione della particolare consistenza e valenza che lo stesso assume in un panorama civilistico che sembra ancora con difficoltà ammettere ipotesi risarcitorie non meramente compensative. Invero, differenti le posizioni inizialmente assunte dalla dottrina<sup>463</sup> che ben presto hanno lasciato spazio alla consapevolezza dell'essenza ibrida dell'istituto della responsabilità processuale aggravata sono state poste in dubbio dal Tribunale di Firenze che nel 2014 ha sollevato questione di legittimità costituzionale del dettame in questione per il potenziale conflitto riconducibile ai valori costituzionali di uguaglianza, difesa ed equo processo in considerazione del fatto che il carattere pseudo-sanzionatorio del risarcimento è accompagnato da un irragionevole *quantum* liquidato senza parametri di riferimento validi e, soprattutto, destinato al privato e non all'erario, come una sanzione pubblicistica dovrebbe prevedere. Invero, la posizione assunta dalla Corte Costituzionale per l'occasione ha rappresentato certamente un punto di svolta, principalmente in ragione della semplicità e genuinità con cui la stessa ha finito per ravvedere nella responsabilità aggravata una forma di sanzione pubblicistica, sebbene liquidata a favore del privato. Il ragionamento a cui la Corte sembra giungere è che tutto sommato la *ratio* sottesa all'istituto di cui all'art. 96, III comma, era proprio quello di consentire un maggior effetto deterrente: la prova necessaria del danno al primo e secondo comma, di fatto, rendeva l'applicazione della disciplina della responsabilità aggravata complessa sotto un profilo concreto. Ciò aveva rappresentato il

---

140 ss.; E. MORANO CINQUE, *Lite temeraria: la condanna ex art. 96, 3° comma, c.p.c., tra funzione punitiva e funzione risarcitoria* in Resp. Civ., 2010, p. 1837 ss.; F. QUARTA, *Legittimità e operatività dei danni punitivi nell'art. 96, comma 3, c.p.c.* in Giustiziacivile.com, 2014, p. 1 ss.; M. FRANZONI, *La lite temeraria e il danno punitivo* in Resp. Civ. Prev., 2015, p. 1063 ss.; I. CACCIAVILLANI, *Una nuova anomala responsabilità processuale aggravata: punitive damages* in Prev. Forense, 2016, p. 90 ss.

<sup>462</sup> Cfr. a tal proposito il commento di C. ASPRELLA, *L'art. 96, comma 3, c.p.c. tra danni punitivi e funzione indennitaria* in Corr. Giur., 2016, XII, p. 1586 ss.; in senso conforme R. BREDA, *La Corte Costituzionale salva l'art.96,comma3 c.p.c. e ne riconosce la natura di misura essenzialmente sanzionatoria con finalità deflattiva* in Danno Resp., 2017, IV, p. 409 ss..

<sup>463</sup> Cfr. P. RUSSO, *op. cit.*

principale stimolo per il legislatore che cercando di apprestare uno strumento efficace aveva optato per una scelta sanzionatoria: e infatti è la stessa Corte<sup>464</sup> ad aderire al pensiero prospettato dalla Corte di Firenze che presenta uno strumento, invero, distante dal meccanismo risarcitorio di cui all'art. 2043 c.c., e predilige una visione sanzionatoria dello stesso, sebbene ragionevole. Da peculiarità positive può desumersi tale particolare valenza: il mancato richiamo al risarcimento come avviene nei primi due commi e il rinvio ad una generica somma di danaro, inoltre, il valore costituzionale che tale strumento cerca di tutelare non rende la componente sanzionatoria spropositata o non condivisibile. Per tali ragioni la Corte non dichiara incostituzionale la norma censurata ma anzi ne ribadisce il valido fine sanzionatorio e punitivo, giustificato e dunque degno di essere tollerato, il che lascia intuire che la funzione sanzionatoria non è qualcosa di inconciliabile con il concetto di ristoro, ma ne può divenire una componente imprescindibile al fine di perseguire determinati scopi.

---

<sup>464</sup> “Non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 96, terzo comma, c.p.c., impugnato, in relazione agli artt. 3, 24 e 111 Cost., in quanto stabilisce che, in ogni caso, quando pronuncia sulle spese ai sensi dell’art. 91, il giudice, anche d’ufficio, può condannare il soccombente al pagamento di una somma equitativamente determinata a favore della controparte, anziché dell’Erario. Introducendo tale disposizione, la L. n. 69 del 2009 ha constatato che l’istituto della responsabilità aggravata (regolato nei primi due commi dell’art. 96), pur rappresentando in astratto un serio deterrente nei confronti delle liti temerarie e, quindi, uno strumento efficace di deflazione del contenzioso, nella prassi applicativa risultava scarsamente utilizzato a causa dell’oggettiva difficoltà della parte vittoriosa di provare il danno derivante dall’illecito processuale. La previsione *de qua* ha natura non tanto risarcitoria del danno cagionato alla controparte dalla proposizione di una lite temeraria, quanto più propriamente sanzionatoria delle condotte di quanti, abusando del diritto di azione e di difesa, si servano dello strumento processuale a fini dilatori, aggravando il volume del contenzioso” in Corte Cost., 23 giugno 2016 n. 152.

## **2.2. LE IPOTESI DI COERCIZIONE INDIRETTA.**

### **2.2.1. ESECUZIONE FORZATA DELLE OBBLIGAZIONI INFUNGIBILI DI FARE EX ART. 614 BIS C.P.C.**

Con la stessa riforma con cui il legislatore ha inserito nel contesto della responsabilità processuale aggravata il terzo comma dell'art. 96 c.p.c., attraverso l'intermediazione dell'art. 49 della legge 69 del 2009 venne individuato l'art. 614 *bis* c.p.c. nelle procedure di esecuzione forzata.<sup>465</sup> Tale disciplina, a ben vedere, aveva come finalità quella di colmare una lacuna sistematica che si convertiva in un'assoluta mancanza di tutela del soggetto che, benché vantasse lecitamente un diritto, non era in grado di ottenerne l'esecuzione in ragione della peculiare infungibilità dello stesso.<sup>466</sup>

Proteso al valore costituzionale dell'effettività della tutela, la normativa sulle penalità di mora coniugava le aspettative di quanti<sup>467</sup> sostenevano la lesione costituzionale dell'uguaglianza in senso sostanziale (*ex art. 3, II comma Cost.*) da parte del sistema che appariva non in grado di apprestare soluzione alle varie forme di esecuzione forzata alla stessa maniera, palesando un'irragionevole discrepanza di protezione. Si tratta di una revisione dello *status quo* finalizzata a garantire il rispetto dei valori costituzionali dell'effettività della tutela e del giusto processo che se letti in una prospettiva non meramente formale richiedono un

---

<sup>465</sup> Per una visione complessiva delle innovazioni rilevanti apportate con la disciplina del 2009 si veda C. CONSOLO, *La legge di riforma 18 giugno 2009, n. 69: altri profili significativi a prima lettura* in *Corr. Giur.*, 2009, VII, p. 877 ss.

<sup>466</sup> Giova ricordare quanto affermato lustrifera da G. CHIOVENDA "il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello che egli ha diritto di conseguire" in *Istituzioni di diritto processuale civile*, TOMO I, Napoli, 1935, p. 41.

<sup>467</sup> *Ex multis*, va richiamato quanto sostenuto da Taruffo in un saggio della fine degli anni '80 in cui si parlava di vera e propria mancanza di razionalità sistematica, e che affermava "Appare irragionevole in altri termini che, di fronte a situazioni in cui la violazione del diritto è riparabile adeguatamente solo mediante la tutela di condanna, questa venga riconosciuta in alcuni casi ed esclusa in altri" in M. TARUFFO, *Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione* in *Riv. Critica Dir. Priv.* 1986, p. 143 ss.



intervento di forme di coazione indiretta che, facendo leva sul patrimonio del debitore, sono in grado di indurlo all'esecuzione corretta della sua prestazione.<sup>468</sup> Per la prima volta, quindi, il legislatore va ad incidere sul cristallizzato stato dell'arte ampliando le forme di esecuzione forzata e suddividendo le stesse in dirette ed indirette, queste ultime in grado di consentire un efficace strumento di convincimento per il debitore che in caso di obbligazioni di fare infungibili e di non fare risulta, in maniera particolarmente atteggiata sollecitato all'adempimento. Così facendo si giunge ad una tendenziale equiparazione tra atipicità dell'azione e atipicità delle forme di tutela, alla luce della riforma del 2009, finalmente idonee a plasmarsi sulle esigenze delle parti processuali.<sup>469</sup>

L'analisi della disciplina non può che prendere le mosse dal concetto di infungibilità, elemento, invero, principalmente responsabile della denegata tutela precedente alla riforma del 2009 e su cui il dibattito dottrinale si è concentrato per lungo tempo. Tale categoria, come Autorevole dottrina<sup>470</sup> sosteneva, rappresentava definizione già cara dai tempi dei romani, racchiusa nel brocardo latino "*nemo ad factum praecise cogi potest*" e può essere declinata in due differenti accezioni, una materiale e l'altra giuridica. Giova ricordare, però, che nel corso delle prime applicazioni dell'art. 614 bis c.p.c. si è giunti ad un'innovativa lettura del concetto dell'infungibilità, che è scivolato in una dimensione processuale, imprescindibile ai fini della rilettura legislativa dell'istituto coercitivo indiretto avutasi nel 2015.<sup>471</sup>

---

<sup>468</sup> Cfr. R. NOTARPASQUALE, *Esecuzione processuale indiretta* in Nuova Giur. Civ. Comm., 2011, I, p. 876 ss.

<sup>469</sup> L'art. 614 bis c.p.c., insomma, va a rimediare a quello squilibrio di tutela che Proto Pisani lamentava già qualche ventennio fa, quando affermava che proprio la chiusura del sistema sotto il profilo rimediabile rappresentava, invero, il limite più evidente al perseguimento della effettività della tutela, che invece poteva essere perseguito solo attraverso una rilettura in forma atipica dei rimedi. Cfr. A. PROTO PISANI, *L'Attuazione dei provvedimenti di condanna* in S. Mazzamuto (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione*, Napoli, 1989, p. 55 ss..

<sup>470</sup> Cfr. L. FERRARA, *L'esecuzione processuale indiretta*, Napoli, 1915, p. 150 ss.

<sup>471</sup> Per approfondimenti a tal proposito si tenga in considerazione, ex multis, S. MAZZAMUTO, *L'astreinte all'italiana si rinnova: la riforma della comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c.* in Eur. Dir. Priv., 2016, p. 11 ss.; S. Vincere, *Le misure coercitive ex art. 614 bis c.p.c. dopo la riforma del 2015* in Riv. Dir. Proc., 2017, p.

Un'obbligazione materialmente infungibile<sup>472</sup> implica la non eseguibilità in senso materiale e naturale da parte del soggetto che risulta formalmente obbligato, come ad esempio avviene nell'ambito delle prestazioni *intuitu personae*. Differente valenza, invece, assume il connotato della fungibilità in senso giuridico,<sup>473</sup> riconducibile alle ipotesi in cui la infungibilità dipende da un valore normativo e che quindi rileva non ai fini della materiale

---

368 ss.; G. VALLONE, *Le misure coercitive prima e dopo la riforma dell'art. 614 bis c.p.c.* in Riv. Esec. Forz., 2016, p. 34 ss.;

<sup>472</sup> Di materiale infungibilità disquisiva Montesano, il quale parlava di infungibilità naturalistica. Secondo tale prospettiva il concetto di fungibilità rappresenta un sinonimo di surrogabile: l'obbligazione, pertanto, può essere eseguita sia dal debitore che da un terzo, benché resta fermo il concetto che quasi tutte le prestazioni sono avvinte dal connotato di infungibilità, e proprio in tale ottica il legislatore ha, all'art. 2058 c.c., definito il meccanismo di quantificazione per equivalente. Per Montesano, pertanto, è l'*obligatio faciendi* ad essere ontologicamente incoercibile, ragione per la quale la soluzione all'aporia sarebbe rappresentata dalla liquidazione monetaria. La connotazione infungibile dell'obbligo di fare, a ben vedere, deriverebbe dalla concreta combinazione tra la prestazione in sé e la esecuzione da parte di quel determinato debitore, che la rendono un *quid pluris*, ultroneo rispetto all'oggetto dell'obbligazione in sé. Cfr. L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Vol. XVI in F. VASSALLI (a cura di) *Trattato di Diritto Civile*, Torino, 1988, p. 180 e ss.

<sup>473</sup> *Ex multis*, tra coloro i quali riconoscono al connotato dell'infungibilità un valore squisitamente giuridico va richiamato S. Mazzamuto. Secondo tale impostazione il problema relativo alla fungibilità (o infungibilità) della prestazione non assume una valenza materiale, bensì giuridico nella misura in cui possono accettarsi obbligazioni infungibili giuridicamente sebbene materialmente fungibili, ma non il contrario. Per tale Autore il profilo della fungibilità può essere compreso solo se concretamente calato nella prospettiva del rapporto obbligatorio, altrimenti assume solo i connotati di una sterile astrazione concettuale. È nel rapporto creditorio che emerge chiaramente cosa può definirsi giuridicamente infungibile, con la conseguente dicotomica visione che può essere sintetizzata nella equazione "infungibilità – incoercibilità" e "fungibilità – coercibilità" che implica il richiamo necessario a forme di coercizione indiretta solo nel primo caso, ipotesi in cui le fattispecie di esecuzione forzata diretta, invero, non sortirebbero alcuna utilità se poste in essere. Rientrano, pertanto, nelle categorie di prestazioni infungibili quelle caratterizzate dall'*intuitu personae* e le prestazioni in cui è imprescindibile ed essenziale la collaborazione del debitore. Per ulteriori approfondimenti cfr. S. MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978, p. 9 ss.

esecuzione della prestazione bensì in ordine alla verifica della corretta esecuzione e, pertanto, estinzione dell'obbligo primario.

Il nucleo della questione va rintracciato nel complesso contemperamento di interessi che consegue alla constatazione dell'infungibilità della prestazione: il fatto che l'attuazione della stessa da parte del debitore non sia concretamente coercibile, infatti, implica un limite vero e proprio all'efficacia della tutela che, al fine di perseguire l'obiettivo sperato, avrebbe come soluzione solo il rinvio a modalità di costrizione personale e fisica, estranee per definizione al contesto civile. Invero, tale duplice prospettiva rappresenta sintesi in breve del dibattito che ha intrattenuto la dottrina, da sempre consapevole della lacuna che sussisteva nel codice di procedura civile, colmata solo nel 2009 con un istituto che poi è riuscito a porre fine alla diatriba sulla infungibilità, declinandola in una veste processuale. Secondo tale prospettiva, invero, la fungibilità della prestazione in senso materiale non sempre implica la sua surrogabilità in ambito processuale, definendo un'obbligazione infungibile processualmente tutte le volte in cui l'intervento sostitutivo di un terzo implica un'ingerenza ingiustificata, nonché pregiudizievole per il debitore che, dunque, rende intollerabile tale sostituzione, spostando l'obbligazione da un piano di fungibilità a quello dell'infungibilità. Su tale reinterpretazione sembra inoltre essersi adagiato anche il legislatore che con la legge 132 del 2015 fa scomparire dalla rubrica il riferimento alla prestazione infungibile e introduce un generico richiamo alle misure coercitorie indirette, avvicinandosi al concetto di *astreinte* d'oltralpe.

In Francia la previsione normativa si consolidò solo in un secondo momento, *ab origine*, l'istituto della coercizione indiretta rappresentava solo una prassi giurisprudenziale da cui scaturiva la liquidazione di una somma ultronea a quella risarcitoria che aumentava progressivamente con lo scorrere del tempo qualora il debitore non provvedesse a pagare il ristoro imposto. Invero, la disciplina legislativa dell'epoca, il *Code Napoléon*, con poco favore guardava a forme di coercizione che potessero in qualche modo invadere la volontà dei soggetti coinvolti nel rapporto obbligatorio: questa sostanzialmente la ragione che lasciava il creditore vulnerabile nei confronti dei capricci di un debitore la cui prestazione assumeva le caratteristiche della infungibilità. Da tale *vulnus* di tutela andò consolidandosi

la posizione giurisprudenziale favorevole alle *astreintes*, che etimologicamente ricollegabili al verbo latino *adstringere*, avevano la finalità di indurre (*rectius*, costringere) il debitore al pagamento del risarcimento dovuto, furono assorbite nella legislazione sono ad inizio degli anni '70 del XX secolo.<sup>474</sup> Oggi racchiusa nella L. 650 del 9.7.1991, la disciplina delle *astreintes* può essere sintetizzata con l'ausilio di pochi termini: accessorietà, funzione costringitiva e liquidazione giudiziale, la totale libertà dell'autorità giudicante che ne può imporre il pagamento anche in caso di obbligazioni di consegnare e dare, viene, peraltro, ribadita dalla mancanza di una certa base di calcolo, elementi questi che vanno a sintetizzarne la valenza coercitiva e soprattutto autonoma funzionalmente dal danno quantificato.<sup>475</sup>

Leggermente diverso l'*iter* italiano che per apprestare tale strumento ha atteso l'intermediazione legislativa, avvicendatasi nel 2009 sposando una impostazione affatto arbitraria e ben delineata nei suoi presupposti che implicano la non invocabilità in caso di provvedimenti di condanna al pagamento di una somma di danaro, vista la valenza fungibile dell'obbligazione pecuniaria. Secondo quanto disciplinato all'art. 614 *bis* c.p.c. il giudice, su istanza di parte, fissa una somma di danaro che consegue ad ogni violazione, inosservanza o tardiva esecuzione del provvedimento, con il solo limite della manifesta iniquità della comminazione e di talune esclusioni normativamente previste in cui settoriali strumenti impediscono il richiamo alla coercizione indiretta, come nel caso dei rapporti di lavoro subordinato sia pubblico che privato. Inoltre, il provvedimento di condanna funge da titolo esecutivo in caso di inadempimento, mentre il valore della controversia, la tipologia di prestazione, il danno quantificato e quello prevedibile, rappresentano indici imprescindibili per la quantificazione, definizione a ben vedere non discrezionale come quella che viene

---

<sup>474</sup> Cfr. per approfondimenti E. VULLO, *Note di diritto straniero e comparato. L'esecuzione indiretta tra Italia Francia ed Unione Europea* in Riv. Dir. Proc. 2004, p. 726 ss.

<sup>475</sup> Per ulteriori approfondimenti tra la liquidazione dell'*astreinte* e il rapporto con l'*exequatur* risarcitorio si tenga in considerazione L. MARAZIA, *Astreintes ed altre misure coercitive per l'effettività della tutela civile di condanna* in Riv. Esec. Forz., 2004, p. 333 ss.

riconosciuta al giudice francese.<sup>476</sup> Invero, la tecnica legislativa ha prestato il fianco a numerosi dubbi e critiche: non va trascurato che sebbene il dettame in origine era finalizzato all'esecuzione di obbligazione di fare infungibile e non fare, neanche una volta nel dettame figurava il riferimento all'infungibilità della prestazione, alimentando coloro i quali proponevano un'interpretazione più ampia e non solo limitata a tali tipologie di obbligazioni.<sup>477</sup> Altrettanto vago è il richiamo al generico provvedimento di condanna, che ha lasciato spazio ad una prospettiva estensiva: sono considerati utili e validi, in tal senso, le sentenze di condanna, ma anche le ordinanze cautelari e quelle emanate in situazioni di

---

<sup>476</sup> In una prospettiva squisitamente comparatistica va posto in evidenza che vi sono differenze significative con la disciplina dell'*astreinte* francese: lo strumento italiano, infatti, è utilizzabile solo per l'esecuzione di obbligazioni aventi ad oggetto un fare infungibile, mentre in Francia la coercizione indiretta rappresenta un metodo generale, con un campo di applicazioni particolarmente ampio. Inoltre, anche l'*iter* procedimentale per l'attuazione della stessa è distinto: in Francia, infatti, la coercitoria si manifesta in due *step*, il primo che ne definisce in via provvisoria il *quantum*, il secondo che ne conferma il *quantum* e liquida la somma; nel contesto italiano, invece, la richiesta è della parte che si presenta già con calcoli e valutazioni che sottopone al giudice, il quale in un'unica definizione la riconosce. Il momento di esperimento della domanda di parte è, pertanto, riconducibile alla fase che precede la statuizione e viene perciò liquidata dal giudice del merito, non potendo spettare un simile potere al giudice dell'esecuzione, prerogativa questa che invece non è vietata al giudice d'oltralpe. Cfr. per ulteriori approfondimenti cfr. F. DE STEFANO, *L'esecuzione indiretta: la coercitoria, via italiana alle "astreintes"* in Corr. Mer., 2009, XII, p. 1181 ss.

<sup>477</sup> Cfr. in tal senso E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Le novità della riforma in materia di esecuzione forzata* in www.Judicum.it, 2010, in cui l'Autrice, aderendo alla posizione dottrinale di L. Montesano pone in evidenza come, in realtà, le obbligazioni di fare siano tutte ontologicamente infungibili e quindi un dettame che si limita a considerarsi applicabile sono in tali ipotesi è retorico, inoltre, la mancata insinuazione nel testo del codice di tale attributo della prestazione rappresenterebbe un chiaro indice del fatto che il legislatore puntava ad una interpretazione non così ristretta. Giova, inoltre, un richiamo la reazione entusiasta alla promulgazione della nuova disciplina tenuta da C. Consolo, il quale ricollegava l'utilità di tale neointrodotta dettame alla questione dell'esecuzione in forma specifica del contratto preliminare, risultano uno strumento, quello della coercizione indiretta, più celere e idoneo al perseguimento dei medesimi risultati ottenuti con l'ausilio della sentenza costitutiva del giudice emanata in attuazione dell'art. 2932 c.c. cfr. in tal senso C. CONSOLO, *Una buona "novella" al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360 bis e 614 bis) va ben al di là della sola dimensione processuale* in Corr. Giur., 2009, VI, p. 737 ss.

necessità e di urgenza, in ragione della loro idoneità a mutare la realtà materiale che gli attribuisce quindi una valenza pseudo-definitiva.<sup>478</sup> Su tali basi, infatti, ha lavorato il legislatore che con D. L. 27 giugno 2015 n. 83, convertito nella legge 132 del 2015, ha parzialmente modificato il testo di legge, mutando il titolo della rubrica in “Misure di coercizione indiretta” e consentendo l’applicazione a tutti i provvedimenti di condanna eccezion fatta per quelli che tendono al pagamento di una somma di danaro, consentendo un’applicazione dell’art 614 *bis* c.p.c. ad ampio spettro e facendo venire meno il nesso di alternatività esclusiva come Autorevole dottrina ha sostenuto.<sup>479</sup>

---

<sup>478</sup> A sostegno di tale prospettiva C. MANDRIOLI e A. CARATTA, *Come cambia il processo civile*, Torino, 2009, p. 97 ss. Non meno interessante l’osservazione di G. Frus il quale analizzando l’applicazione dell’art. 614 *bis* c.p.c. nel contesto cautelare pone in evidenza come sia dottrina maggioritaria che giurisprudenza sostanzialmente optino per una conclusione positiva, e che in ogni caso sotto il profilo meramente pragmatico anche l’eventuale non condivisione di un’applicazione ad ampio spettro della coercizione indiretta comporta in ogni caso una tutela adeguata al creditore coinvolto in un rito cautelare vista il profilo rimediabile atipico che vanta grazie all’art. 669 *duodecies* c.p.c., in cui si prevede l’attuazione del provvedimento stesso “con ogni misura opportuna”. Sicuramente non è necessario giungere ad un’analisi di tal genere in ragione della rilettura del legislatore che abolendo il richiamo alla infungibilità della prestazione e consentendo pertanto un’applicazione generica dello strumento coercitivo indiretto. Cfr. G. FRUS, *La coercibilità indiretta della misura cautelare ed i rimedi a disposizione di chi la subisce* in *Giur. It.*, X, p. 2015. Inoltre, in merito all’applicabilità nel contesto cautelare si tenga in considerazione quanto sostenuto da M. Montanari, il quale pone in evidenza come il parziale mutamento che ha seguito la riforma del 2015, attraverso l’abolizione nella rubrica dell’infungibilità dell’obbligazione e attraverso la specificazione che impedisce il non utilizzo dello strumento nei caso di provvedimenti che impongono il pagamento di una somma di danaro, hanno consentito certamente un ampliamento del campo di applicazione della norma, non più relegata in un ambito secondario, ma in grado di accompagnare la maggior parte dei provvedimenti emanati nei tribunali italiani. M. MONTANARI, *Astreinte in sede cautelare ed azione di manutenzione del contratto* in *Giur. It.*, 2017, IV, p. 839 ss.

<sup>479</sup> L’autore in questione è I. Gambioli, che sottolinea come l’ampliamento del contesto di applicazione della norma che da strumento residuale e limitato finisce col divenire generico e di facile liquidazione implica il superamento di quell’idea concettuale secondo cui nell’ordinamento giuridico ad ogni lesione del diritto sopperisce uno strumento giuridico unico e solo in grado di fungere da rimedio. Ammettere, infatti, l’estensione della coercizione indiretta anche a ipotesi di condanna in cui l’infungibilità non è presupposto imprescindibile rende palese che viene meno la dicotomia che S. Mazzamuto richiamava tra infungibilità-inconcercibilità e

Piú rilevanti dubbi, invece, solleva ancóra il parametro dell'equità che il legislatore ha posto come presupposto necessario ai fini della imposizione della misura coercitiva indiretta, senza però spiegare cosa si intenda per manifesta iniquità: se la stessa si riferisca alla proporzione a cui la condanna deve protendere oppure se la stessa comminazione debba apparire equa, dunque, non intollerabile da parte di chi la subisce. E forse tale ultima prospettiva appare quella maggiormente idonea, anche perché una simile impostazione rende la misura certamente piú ossequiosa dei princípi dell'equo processo e del princípio di effettività della tutela processuale.<sup>480</sup>

Il profilo di quantificazione e la vaghezza della disposizione, che in alcuni frangenti sembra poco definita proprio per consentire una maggiore elasticità, ha fatto sorgere dubbi in merito alla natura della figura giuridica dell'*astreinte* italiana, al punto da finire dinanzi alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, seppur indirettamente, chiamate ad interrogarsi sulla paventata contrarietà all'ordine pubblico dell'*astreinte* belga posta in esecuzione dalla Corte di Appello di Palermo, ma opposta con ricorso in Cassazione da parte dei soggetti obbligati. Sebbene la questione non fosse direttamente rivolta alla verifica della conformità dell'istituto di cui all'art. 614 *bis* c.p.c. con il sistema italiano, certamente non va considerato erroneo estendere quanto la Corte ha affermato nella specifica occasione per una pluralità di ragioni, tra cui emergono l'istanza di parte che accomuna la misura di coercizione indiretta sia in Italia che in Belgio, e la espressa previsione normativa che sia nel sistema italiano che in

---

conseguentemente necessità della coercizione psicologica indiretta. Cfr. I. GAMBOLI, *Le misure di coercizione indiretta ex art. 614 bis c.p.c.* in *Giur. It.*, 2016, V, p. 1283 ss.

<sup>480</sup> Parla, invece, di sproporzione tra il sacrificio che deve affrontare il debitore inadempiente e l'interesse del creditore a vedere adempiuto l'obbligo. F. De Stefano, che richiama come esempio l'ipotesi in cui vi sia in gioco un interesse personalissimo che subisce limitazioni in conseguenza della condotta richiesta. Tale bilanciamento e contemperamento di interessi, però, andrebbe in ogni caso valutato sotto un profilo concreto. Inoltre, lo stesso Autore riconduce la manifesta iniquità anche alla fattispecie in cui il creditore decide di utilizzare lo strumento coercitivo indiretto sebbene la lesione che ha subito in conseguenza del ritardo o dell'inadempimento sia lieve o lievissima, inducendo un aggravio notevole nell'altra parte processuale già onerata del pagamento del risarcimento del danno principale. Cfr. F. DE STEFANO, *op.cit.*, p. 1183.

quello belga si presenta stringente, a differenza di quanto avviene nel contesto francese. Se ne può desumere che, seguendo tale ragionamento, affermare la compatibilità della figura belga implica una conferma della conformità anche dell'istituto previsto nel codice di procedura italiano.

Secondo taluno, invero, il procedimento di quantificazione del dovuto, affatto proporzionato alla lesione o pregiudizio subito dalla parte, e al contempo basato su elementi che non necessariamente richiedono una dimostrazione del nesso eziologico, come invece avviene in ambito risarcitorio per la definizione del ristoro, lasciano intravedere una funzione che esula da quella squisitamente compensativa e protende a scopi punitivi.

In tale prospettiva merita una nota la posizione di Autorevole dottrina che, nell'analisi del quadro generale in cui la Corte di Cassazione interloquisce con liquidazioni punitive e il rifiorire di ipotesi di pena privata, fino a pochi anni fa emarginate dal contesto civilistico, non si esprime esplicitamente a favore della *ratio* punitiva che alimenterebbe tale istituto, ma ne sottolinea la dubbia appartenenza al contesto risarcitorio in cui, anche l'ultimo baluardo della *restitutio in integrum* sembra non uscire indenne dalle riletture dottrinali.<sup>481</sup>

Leggermente differente l'opinione di chi, invece, sembra intravedere negli strumenti di coercizione indiretta una fattispecie particolarmente atteggiata di pena privata: tale prospettiva non fa di certo impallidire quanti, riconducendo tale istituto a quello di origine francese di *astreinte*, lo riportano all'esterno di qualsiasi categoria meramente risarcitoria e compensativa, soprattutto in ragione del fatto che lo stesso legislatore sottolinea quanto la liquidazione della misura coercitiva non può essere compensata o bilanciata con quella che va a costituire il risarcimento principale, bensì è caratterizzata da autonomia funzionale ed ontologica rispetto a quest'ultima.<sup>482</sup>

Il richiamo più volte effettuato all'istituto dei *punitive damages* in occasione della controversia sollevata dinanzi alla Corte di Cassazione viene dalla stessa autorità giudicante ritenuto inopportuno, non rappresentando la coercizione indiretta, in alcun modo, una forma

---

<sup>481</sup> Il richiamo è a quanto affermato da M. MONTANARI, *op. cit.*, p. 5 ss.

<sup>482</sup> Cfr. in tale senso F. DE STEFANO, *op. cit.*, p. 5 ss.



di sanzione punitiva idonea a cumularsi con il risarcimento, ma soprattutto in ragione della sussistenza nel panorama italiano di una tipologia di coercitoria affine a quella riconosciuta nel codice belga, che già di per sé ne impedirebbe la incompatibilità con il concetto di ordine pubblico. Ancora una volta l'ordine pubblico viene scomodato per inibire l'ingresso di forme di liquidazioni che non si presentano squisitamente compensative, e giova sottolineare l'approccio moderno e razionale della Corte di Cassazione che pone in evidenza quanto sia anacronistico ridurre la responsabilità civile ad uno strumento meramente ristorativo.<sup>483</sup> La multifunzionalità della responsabilità va salutata con la consapevolezza che il mero ristoro spesso non è sufficiente a garantire una tutela effettiva. Inoltre, la netta distinzione tra le figure del risarcimento e quelle delle *astreintes* è imprescindibile al fine di sottolineare che la sanzione e la deterrenza svolgono ruoli significativi anche nel contesto civile e non solo in quello criminale. Nonostante ciò, va ribadito che la Corte di Cassazione afferma una certa affinità tra le *astreintes* e i *punitive damages* statunitensi in ragione della comune finalità che è protesa all'adempimento<sup>484</sup> della parte con un richiamo particolarmente atteggiato della deterrenza e punizione, eppure non possono per ciò solo essere individuati come strumenti

---

<sup>483</sup> A sostegno della posizione assunta dalla Corte di Cassazione in tale occasione si consultino, *ex multis*, N. SCIARRATTA, *La Cassazione su astreinte, danni punitivi e (funzione della) responsabilità civile* in *Dir. civ. cont.*, 7 luglio 2015; inoltre, V. GIUGLIANO, *Compatibilità delle astreintes con l'ordine pubblico italiano* in *Riv. Dir. Proc.*, 2016, I, p. 243 ss.

<sup>484</sup> “A voler individuare, tra questi ultimi, dei tratti comuni, si può pur considerare che entrambi mirano (a coartare) all'adempimento: l'*astreinte* di un obbligo ormai posto all'interno della relazione diretta tra le parti, in quanto derivante dal provvedimento giudiziale (anche qualora in origine si trattasse di illecito extracontrattuale) e da adempiersi in futuro; il danno punitivo — ma solo se riguardato come previsione normativa astratta fra gli strumenti a disposizione del giudice adito — all'adempimento futuro dell'obbligo generale del *neminem laedere* o dell'obbligazione contrattuale principale, restando però il contenuto suo proprio quello di sanzione per il responsabile, così che il profilo della coazione ad adempiere si configura con riguardo ad altri potenziali danneggianti o danneggiati. Insomma, a voler ravvisare in entrambi gli istituti il fine di coartazione della volontà, si dovrà parlare, da una parte, di funzione deterrente propria e, dall'altra parte, di una funzione deterrente solo indiretta” in *Corte Cass.*, I Sez. Civ., 15 aprile 2015 n.7613.

incompatibili con l'ordine pubblico, in quando la coercizione indiretta è solo fotografia di un contesto civilistico che progredisce verso una tutela processuale piena ed effettiva.

### **2.2.2. LA COERCIZIONE INDIRETTA NEL GIUDIZIO DI OTTEMPERANZA AMMINISTRATIVO.**

Le penalità di mora, mezzo di coercizione indiretta disciplinate dal legislatore nell'art. 614 *bis* c.p.c., svolgono un ruolo centrale anche nel contesto del processo amministrativo: nello specifico, con la medesima legge 69 del 2009, che ha innovato la normativa sull'esecuzione forzata, venne sollecitata la stesura del codice del processo amministrativo all'interno del quale, nella fase di ottemperanza, veniva disciplinato analogo strumento, sebbene con alcune differenze strutturali. Al fine di comprendere adeguatamente la *ratio* sottesa all'*astreinte* di stampo amministrativo, giova prendere le mosse dalla funzione del giudizio di ottemperanza e sintetizzarne in poche battute, e senza pretese di esaustività, la logica sottesa.

Il giudizio di ottemperanza nacque ad inizio del XX secolo in ragione della incoercibilità della Pubblica Amministrazione da parte del giudice ordinario il quale poteva statuire la condanna a favore del privato, ma era privo di uno strumento idoneo a consentire l'esecuzione del provvedimento deciso. Col passare del tempo l'efficacia del procedimento di esecuzione attuato per mezzo del giudice dell'ottemperanza finì con il cristallizzarsi come forma di attuazione delle condanne a carico dell'amministrazione, sia statuite dal giudice ordinario che da quello amministrativo, in seguito alla istituzione dei Tar negli anni '70.

Ad oggi il giudizio di ottemperanza assume una funzione e *ratio* polivalente, nella misura in cui si presta sia a logiche meramente esecutive che ad una integrazione della statuizione del giudice della cognizione, in cui non sono esclusi momento accertativi e valutativi. Tale prospettiva, ovviamente, pone in evidenza tutta la singolarità del procedimento di ottemperanza, non riconducibile alla mera attuazione del provvedimento: in tal senso va interpretato il concetto di giudicato a formazione progressiva, peculiarità del contesto

amministrativo, il cui giudicato presenta ben tre effetti simultanei, quello caducatorio, quello ripristinatorio e quello conformativo. L'adeguamento alle circostanze concrete che implicano la trasformazione della statuizione e non la forzatura della realtà rappresentano una peculiarità del giudizio di ottemperanza, che, inoltre, deve confrontarsi con lo *jus superveniens* in ogni fase della sua messa in esecuzione.<sup>485</sup>

In tale quadro sistematico l'ottemperanza, alla luce della riforma del codice del processo amministrativo, amplia le sue vesti: da meramente surrogatoria assume una valenza anche compulsoria, grazie all'ausilio dell'*astreinte*. Giova porre in evidenza che lo strumento individuato dal legislatore civile è distinto da quello previsto in fase di ottemperanza almeno per un duplice ordine di ragioni: da un lato la comminazione in due momenti distinti dell'*iter* processuale, nell'ambito civilistico infatti la richiesta viene effettuata al giudice della cognizione, mentre nel contesto amministrativo dinanzi al giudice dell'ottemperanza, che sarebbe quello che pone in esecuzione il provvedimento.<sup>486</sup> Inoltre, il campo di applicazione è inevitabilmente diverso, sia alla luce della riforma che ha coinvolto lo strumento di cui all'art 614 *bis* c.p.c., sia in ragione della riforma della disciplina *ex* 114, IV c., lett. e): per quanto concerne, infatti, la penalità di mora civilistica è lo stesso testo normativo ad escludere applicabilità in caso di somma di danaro, mentre nel contesto amministrativo dapprima la giurisprudenza e poi il riformato testo hanno previsto l'estensione dello strumento anche alle obbligazioni pecuniarie.<sup>487</sup> Certamente non va trascurato che sotto una prospettiva meramente pratica la differenza è notevole nella misura in cui la coercizione indiretta rappresenta nel settore privato una forma di sollecitazione che nel campo dell'ottemperanza

---

<sup>485</sup> Per ulteriori approfondimenti, *ex multis*, cfr. V. Neri, *il giudizio di ottemperanza* in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it); cfr., inoltre, F. D'Alessandri, *Il giudizio di ottemperanza*, Padova, 2015.

<sup>486</sup> Ciò implica che la liquidazione prevista *ex* art. 114, IV c., lett. e) viene prevista nel momento in cui la Pubblica Amministrazione si è già mostrata inadempiente, osservazione che consente ancora una volta di approdare ad una *ratio* punitiva dell'istituto e non certo risarcitoria. Cfr. in tal senso V. Neri, *op. cit.*

<sup>487</sup> Tra gli elementi distintivi andava, prima della riforma dell'art. 614 *bis* c.p.c. nel 2015 anche l'espressa menzione che solo lo strumento civilistico faceva delle obbligazioni di fare infungibile o non fare, che costituivano il presupposto fondamentale di applicazione.

non appariva così impellente, vista la possibile attività surrogatoria esercitabile dal commissario *ad acta*, figura sconosciuta nel diritto civile.<sup>488</sup> Nonostante ciò, però, la dottrina fin dalla sua emanazione ha posto in evidenza alcune lacune che si insinuavano nell'art. 114, c.p.a. che andavano corrette: il dubbio che si potesse esperire richiesta anche nella fase di cognizione, in omaggio a quanto stabilito nell'art. 34 del c.p.a. che autorizzava il giudice ad apprestare misure idonee al soddisfacimento della pretese; inoltre, la strana interazione che non veniva definita con l'istituto del commissario *ad acta*; e non da ultimo la problematica inerente all'applicabilità della misura anche ad ipotesi di prestazioni pecuniarie.

Certamente ciò che rileva ai fini di tale analisi lungi dall'essere mera fotografia dell'*iter* evolutivo della *astreinte* amministrativa, va individuato nella corretta valutazione della natura della stessa,<sup>489</sup> che la giurisprudenza fin dal momento di inserimento nel tessuto normativo nazionale riconduceva ad una prospettiva punitiva<sup>490</sup> e per nulla risarcitoria.<sup>491</sup> A

---

<sup>488</sup> In tal senso cfr. L. VIOLA, *Le astreintes nel nuovo processo amministrativo* in Urb. Appalti, II, 2011, 152 ss.

<sup>489</sup> Per un'ampia ricostruzione delle possibili valenze assunte dall'*astreinte* nel codice del processo amministrativo, cfr. A. Castorina, il quale ripercorre le varie ipotesi avanzate in dottrina e giurisprudenza, prendendo in considerazione la natura risarcitoria della misura, ma anche quella di pena privata, in parte assimilabile alla clausola penale, per poi sottolineare come il dibattito si sia successivamente alla Ad. Pl. 15/2014, sulla *ratio* punitiva della penalità di mora dell'art. 114, IV c., lett. e). cfr. A. CASTORINA, *L'astreinte nel processo amministrativo fra effettività della tutela e buon andamento dell'amministrazione* in Federalismi.it, XIV, 2015, p. 1 ss. In merito alle prime applicazioni nel rito dell'ottemperanza, cfr., G. GUCCIONE, *L'astreinte amministrativa - Problematiche applicative dell'art. 114, 4° comma, lett. e), c.p.a. e prime applicazioni giurisprudenziali* in Rass. Avv. Stato, 2012, IV, p. 328 ss.; F. CORTESE, *Sull'obbligo di pagare una somma di denaro ex art. 114, 4° comma, lett. e), c.p.a.: natura giuridica e regime applicativo* in Resp. Civ., 2014, p. 657 ss.

<sup>490</sup> A sostegno di tale prospettiva, inoltre, la sentenza del Cons. Stato, Sez. VI, 18.03.2014 n.1335, commentata da P. PATRITO e M. PROTTO, *Osservatorio del processo amministrativo* in Urb. Appalti, 2014, VIII-IX, p. 985 ss.

<sup>491</sup> cfr. in tal senso F. FERRARI, *Processo amministrativo: la penalità di mora; l'ottemperanza al decreto decisorio del ricorso straordinario al Capo dello Stato* in Giorn. Dir. Amm., 2014, V, p. 514 ss. che accuratamente delinea l'assetto giurisprudenziale dell'epoca. Secondo tale analisi la giurisprudenza quasi unanime, convinta della natura punitiva dell'*astreinte* di cui all'art. 114 c.p.a., viene contrastata da una sentenza

rinvigorire tale prospettiva la volontà della giurisprudenza che, sebbene il legislatore non si fosse espresso in merito, non riteneva avulsa dalla realtà l'applicazione anche alle obbligazioni pecuniarie e ciò per varie ragioni, come le origini dell'istituto ispirato al contesto francese e soprattutto in ragione della assoluta mancanza di una valenza risarcitoria, tanto certa da scongiurare qualsiasi timore di duplicazione compensativa, che, vista a contrario, sembra rappresentare un ottimo elemento a sostegno della *ratio* punitiva che connota lo strumento.<sup>492</sup> Invero tale posizione viene, inequivocabilmente assunta dal Consiglio di Stato che, in una pronuncia quadro del 2014, sancisce l'applicabilità estensiva della norma anche a ipotesi di liquidazioni di obbligazioni aventi ad oggetto una somma di danaro, ponendo l'accento sulla *ratio* di punizione dell'*astreinte*, al cui applicazione non può

---

del Cons. Giust. Amm. che, invece, attribuisce a tali forme di coercizione indiretta una valenza di sanzione civile per nulla accostabile a forme di pena punitiva assimilabile a quelle d'oltreoceano, tra cui i *punitive damages*. Il motivo sarebbe riconducibile, oltre che al mancato riconoscimento in Italia di tali tipologie di sanzioni, anche alla mancanza di un coefficiente mentale in grado di giustificare l'istinto punitivo e deterrente proprio di tali meccanismi sanzionatori. Inoltre, cfr. ancora, C. COMMANDATORE, *L'art. 114, 4° comma, lett. e), c.p.a.: tra danni punitivi e sanzioni civili indirette* in *Corr. Mer.*, 2013, p. 895 ss.; ID., *Osservazioni su presupposti e limiti per l'applicazione della penalità di mora prevista dall'art. 114, 4° comma, lett. e) c.p.a.* in *Giur. It.*, 2013, p. 2381 ss.

<sup>492</sup> Per tale ultime valutazioni si tenga presente il contributo di G. FERRARI e L. TARANTINO, *Osservatorio amministrativo* in *Urb. Appalti*, 2014, VIII-IX, p. 981 ss. A favore di una prospettiva restrittiva sembra schierarsi anche D. Tommasetti, il quale sostiene che il concetto a cui il legislatore fa riferimento quando definisce la necessaria non iniquità della comminazione dell'*astreinte* sia proprio riconducibile all'ipotesi della comminazione della stessa in occasione di una obbligazione avente ad oggetto una somma di danaro. Invero, in tal caso si finirebbe con il liquidare doppiamente i danni principali. A ben vedere, secondo l'Autore il fatto che il legislatore non abbia esplicitamente fatto riferimento al danno come base di quantificazione della penalità di mora non può rappresentare un foglio bianco per il giudice che deve, in ogni caso, rispettare il parametro dell'equità, sicuramente posto in discussione qualora la misura indiretta venga predisposta a sostegno di provvedimenti aventi ad oggetto una prestazione pecuniaria. In tale fattispecie infatti, la *ratio* riequilibrativa a livello economico viene adeguatamente svolta dagli interessi legali, a nulla rilevando l'applicazione dell'*astreinte*, qui ritenuta superflua. Cfr. D. TOMMASETTI, *L'astreinte nel processo amministrativo: natura, ambito oggettivo, portata e limiti alla luce della più recente giurisprudenza* in *Gazz. Amm.*, 2012, I, p. 1 ss.

essere parametrata sulla base dell'oggetto della prestazione, puntando essa a sanzionare un comportamento inadempiente, la disobbedienza in sé.<sup>493</sup> L'argomento dell'estensione anche alle obbligazioni pecuniarie si presenta estremamente rilevante nonché intrecciato con la questione relativa alla connotazione ontologica delle *astreintes*. Invero, seguendo il ragionamento della impostazione maggioritaria, dottrinale e in parte giurisprudenziale,<sup>494</sup> considerare la disciplina di cui all'art. 114, IV c., lett.e) estendibile anche alle prestazioni pecuniarie, già di per sé destinate ad essere accompagnate e rivalutate sulla base dello scorrere del tempo attraverso il maturare degli interessi, lasciava intendere la volontà sottesa

---

<sup>493</sup> Il provvedimento in questione è la sentenza del Cons. Stato, Ad. Pl., 25.06.2014 n. 15, in cui i giudici di Palazzo Spada furono chiamati a dirimere una questione che implicava un contrasto giurisprudenziale: la natura sanzionatoria, nonché l'origine assimilabile al similare istituto d'oltralpe rappresentavano ragioni sufficienti a consentire un'applicazione estensiva dello strumento di cui all'art. 114 c.p.a., visto che, inoltre, *focus* della comminazione dello stesso era il mero discostamento da quanto previsto all'interno del provvedimento giudiziale da ottemperare. Cfr per ulteriori approfondimenti, L. CARBONE e M. D'ADAMO, *Osservatorio delle decisioni del consiglio di Stato* in Giorn. Dir. Amm., 2014, VIII-IX, p. 858 ss.

<sup>494</sup> In tal senso A. Carbone, il quale pone in evidenza come la figura dell'*astreinte* non può che assumere una veste sanzionatoria: la sussistenza di elementi comuni alla disciplina processuale civilistica cristallizzata all'art. 614 *bis* c.p.c. che, benché presenti un chiaro riferimento al parametro del danno liquidato nella controversia principale, viene comunque considerato punitivo e sanzionatorio non può che rappresentare un trampolino per la valutazione dello strumento amministrativo che neanche un cenno prevede all'*exequatur* del danno, palesando come tali due profili siano assolutamente indipendenti l'uno dall'altro. La natura della *astreinte* ottenibile in sede di ottemperanza, pertanto, non può che assumere valore di sanzione *tout court*, non essendo riconducibile alla fisionomia delle pene private vista la liquidazione giudiziale e non del singolo contraente. Il *focus* del *quatum* è qui riconducibile alla disobbedienza della Pubblica amministrazione che non si adegua alle indicazioni dell'autorità giudiziaria, a nulla rilevando i termini della controversia precedente e sottesa. Cfr. A. CARBONE, *Riflessioni sul valore sanzionatorio dell'astreinte e sulla sua applicazione al processo amministrativo* in Foro Amm., 2014, p. 1300 ss. Nella medesima direzione cfr. L. VIOLA, *Nuovi poteri sanzionatori del giudice amministrativo, astreintes e giudizio di ottemperanza* in Riv. Dir. Int. Pub. Com., 2012, III-IV, p. 579 ss.; ID., *Le astreintes nel nuovo processo amministrativo* in Urb. Appalti, 2011, II, p. 153 ss. In cui l'Autore, però sembra avvicinarsi ad un'ipotesi più affine alla pena privata o alla sanzione civile indiretta, che alla fattispecie squisitamente punitiva.

a questa lettura di ravvedere nelle misure di coercizione indiretta uno strumento puramente sanzionatorio. La posizione del presunto leso dalla condotta inadempiente della Pubblica Amministrazione è, a ben vedere, già tutelata dalla disciplina degli interessi moratori che assumono una valenza di riequilibrio della sfera patrimoniale in ragione dell'inadempimento o della non corretta esecuzione del provvedimento del giudice. Ammettere che *astreintes* e interessi consequenziali all'inadempimento dell'obbligazione pecuniaria possano convivere rappresenta una conferma della natura squisitamente sanzionatoria dello strumento di coazione indiretta.

Tale prospettiva non appariva condivisa da quanti riconoscevano all'istituto delle penalità di mora valore risarcitorio e che, a ben vedere, identificavano la possibilità della liquidazione della stessa anche in occasione di prestazioni pecuniarie come una duplicazione del risarcimento che andava ad arricchire ingiustamente il soggetto privato, a discapito della Pubblica Amministrazione che, inoltre, non subiva un vero e proprio effetto deterrente vista la scissione tra il soggetto in sé e la provenienza del danaro, presente nel patrimonio dell'ente pubblico che appartiene ai consociati, danneggiando questi ultimi.

Invero, il consiglio di Stato, in seduta plenaria, non pare aver disdegnato una lettura del sistema affine ad un concezione punitiva dell'*astreinte* e ciò per una serie di ragioni di stampo comparatistico, di valore costituzionale nonché equitativo.<sup>495</sup> Sotto una prospettiva di diritto

---

<sup>495</sup> Interessante nota di commento a tale statuizione del Consiglio di Stato è fornita da F. G. Scoca il quale sembra poco convinto della netta conclusione a cui l'Adunanza Plenaria giunge, : la stessa, a detta dell'Autore, rappresenta una mera possibilità ma non una certezza nella misura in cui il rinvio al sistema francese per giustificare la valenza squisitamente punitiva dell'*astreinte* è da sola non sufficiente, viste le differenze strutturali che sussistono a livello processuale tra i due sistemi. La presenza nel contesto italiano di un giudizio di ottemperanza dalla valenza sia compulsiva che surrogatoria implica una prospettiva esecutiva dei provvedimenti contro la Pubblica amministrazione che può definirsi mista. Mentre nel contesto d'oltralpe non sussistendo un *iter* come quello dell'ottemperanza delle sentenze che vige in ambito italiano, la necessità di apprestare penalità indirette appare meno valutabile e evidente, in considerazione del fatto che essa rappresenta la sola forma di attuazione dei provvedimenti a tal punto autorevole da mettere in ginocchio la macchina pubblica. Da ciò dunque desunto che non sarebbe corretto effettuare un paragone stringente, assumendo pertanto la *astreinte* italiana una valenza, come lo stesso Autore sostiene, mista e neutra, che è soggetta a

comparato, infatti, la *ratio* ispiratrice deriva dall'istituto francese il quale, in aderenza anche alle indicazioni della Cedu in ambito di effettività della tutela<sup>496</sup> e di esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali ha una valenza squisitamente sanzionatoria e punitiva: ciò dimostra, pertanto, che non sussiste un limite di natura ontologico-funzionale, al più un ostacolo dal valore politico-legislativo.<sup>497</sup> Altra valutazione è quella che concerne l'ottica letterale della misura di coercizione indiretta, il richiamo alla disciplina processuale civilistica appare inappropriato al Consiglio di Stato, che pone in evidenza quanto la mancanza di un limite legislativo che è esplicitato nell'art. 614 *bis* c.p.c. rispetto all'ambito di applicazione non deve scadere in una interpretazione *in malam partem*, invero, non voluta secondo *ratio legis*.<sup>498</sup> Inoltre, va scongiurata la violazione dei principi costituzionali di uguaglianza da taluno paventata, principalmente tenendo in considerazione la particolarità del soggetto pubblico la cui straordinarietà era già palesata dal richiamo alla disciplina dell'ottemperanza, invero, particolarmente intensa e che palesa quanto la violazione da parte dell'ente pubblico di un ordine del giudice sia carica di un disvalore maggiore di quello posto

---

differenti implicazioni a seconda delle prospettive di studio. Cfr. F. G. SCOCA, *Natura e funzione dell'astreinte nel processo amministrativo* in *Corr Giur.*, 2014, XI, p. 1406 ss.

<sup>496</sup> Per le implicazioni, invece, della liquidazione dell'*astreinte* in una prospettiva di diritto ad un equo processo e conseguenti interferenze con la disciplina della L. Pinto, cfr. V. GASTALDO, *Le differenze tra penalità in mora e risarcimento del danno nel giudizio di ottemperanza* in *Giorn. Dir. Amm.*, 2016, I, p. 87 ss.

<sup>497</sup> Tale posizione viene fortemente contrastata da G. Cumin, il quale sostiene che la presa di posizione della Adunanza Plenaria si presenti sostanzialmente inappropriata: l'idea di reinterpretare l'istituto in questione con uno sguardo comparato e francese rappresenta un *non sense*, comportando come conseguenza una prospettiva applicative completamente errata. Il meccanismo della penalità di mora in Francia viene trasposto, infatti, con l'ausilio dell'intervento legislativo, da ciò andrebbe più correttamente analizzato lo strumento italiano, l'approccio assegnatogli dal legislatore nazionale e il contorno normativo che il sistema nostrano predispone, senza andare alla ricerca di una giustificazione nello strumento d'oltralpe, da cui se ne desume sono una vera e propria decontestualizzazione. Cfr. G. CUMIN, *Condanna al pagamento di somme di denaro ed astreinte nell'ottemperanza* in *Urb. Appalti*, 2014, X, p. 1060 ss.

<sup>498</sup> Cfr. per ulteriori approfondimenti, S. ALECCI, *La plausibile convivenza tra astreintes ed obbligazioni pecuniarie* in *Nuova Proc. Civ.*, VI, p. 2014.



in essere da un qualsiasi cittadino privato.<sup>499</sup> Infine merita un cenno anche l'argomento equitativo che rappresenta snodo importante nell'ambito della disquisizione sulla natura della penalità di mora: il Consiglio di Stato in tale occasione infatti sostiene la non lesività del parametro equitativo che la norma definisce in caso di comminazione dell'*astreinte* in ipotesi di condanne pecuniarie. La ragione sostanzialmente addotta fa leva sulla *ratio* punitiva e sanzionatoria dell'istituto la cui comminazione non implicherebbe perciò una duplicazione risarcitoria, ma un *exequatur* dal valore punitivo, in ragione della disobbedienza della Pubblica amministrazione all'ordine del giudice.

Sebbene argomento di talune critiche nel giro di poco tempo tale presa di posizione dell'Adunanza Plenaria è stata metabolizzata nella normativa, oggetto di riforma da parte del legislatore che nel 2015 ha ampliato il testo dell'art. 114, IV c., lett. e), inserendo un inciso in chiusura secondo cui “nei giudizi di ottemperanza aventi ad oggetto il pagamento di somme di denaro, la penalità di mora di cui al primo periodo decorre dal giorno della comunicazione o notificazione dell'ordine di pagamento disposto nella sentenza di ottemperanza; detta penalità non può considerarsi manifestamente iniqua quando è stabilita in misura pari agli interessi legali”. Da una prima lettura emerge chiaramente che il legislatore ha pienamente aderito alla prospettiva di assoluta compatibilità tra gli interessi di mora e le misure coercitive indirette: la disposizione, infatti, va ad incidere solo sul *quantum*, individuando un limite oltre il quale l'*exequatur* potrebbe divenire iniquo. Del resto *ab origine* il mancato rinvio alla somma o al parametro del danno maturato rappresentava un elemento differenziale rispetto a quanto sancito all'art. 614 *bis* c.p.c, che, invece, insinua il

---

<sup>499</sup> Tale argomento viene riconosciuto fallace sempre da G. Cumin, il quale sottolinea come una simile liquidazione punitiva finisca per andare a ledere indirettamente un parametro di uguaglianza nella misura in cui va ad incidere non sul patrimonio dell'ente pubblico, ma su quello dei singoli consociati. La Pubblica Amministrazione, infatti, non possiede un nucleo patrimoniale che possa essere distinto da quello che i contribuenti vanno ad ampliare attraverso i versamenti all'erario, ne deriva che la sostanziale violazione di uguaglianza in concreto è posta in atto, sebbene in senso contrario, in quanto diviene una disuguaglianza che coglie i privati contribuenti che devono a lungo andare sopportare oneri maggiori. Cfr. G. CUMIN, *op. cit.*, p. 1072.

danno proprio tra i presupposti base per una corretta liquidazione dell'*astreinte*. Non vi sono, dunque, particolari problemi nell'affermare che la valenza punitiva e sanzionatoria della penalità di mora è divenuta ancor più evidente alla luce della riforma del 2015, a rinvigorire l'originaria funzione di punizione e deterrenza che lo strumento italiano ha ereditato dall'omologo precedente d'oltralpe.

### **3. RESPONSABILITÀ MEDICA E PROFILI PUNITIVI.**

Un importante profilo di indagine nella ricostruzione degli spunti punitivi nel contesto italiano è riconducibile alla disciplina della responsabilità medica, che negli ultimi anni ha vissuto alterne vicende<sup>500</sup> ed è stata al centro di ben due riforme legislative, finalizzate a sopperire la mancanza di normativa che fin dall'istituzione del Servizio Sanitario Nazionale nel 1978 ha lasciato alla giurisprudenza l'arduo compito di decifrare gli innumerevoli mutamenti di prospettiva relativi alla responsabilità degli esercenti le professioni sanitarie.<sup>501</sup>

---

<sup>500</sup> Per approfondimenti relativi all'evoluzione della responsabilità medica degno di nota è il convegno svoltosi sul finire degli anni '80 a Siena, i cui contributi sono raccolti nel testo di V. FINESCHI, *La responsabilità medica in ambito civile (atti del convegno, Siena 22-24 settembre 1988)*, Milano, 1989; ID., *Res ipsa loquitur: un principio in divenire nella definizione della responsabilità medica* in Riv. It. Med. Leg., 1989, p. 419 ss.; inoltre per approfondimenti sia sotto il profilo giurisprudenziale che dottrinale precedenti alla cristallizzazione della responsabilità medica come forma di contatto sociale qualificato, non può prescindere da M. ANTINOZZI, *Responsabilità medica* in Dir. Prati. Ass., 1988, p. 171 ss.; R. SGOBBO, *Materiali per lo studio della responsabilità medica*, in Dir. Giur., 1987, p. 817 ss.; M. C. PINTO BOREA, *Considerazioni in tema di responsabilità medica* in Giur. It. 1991, I, p. 967 ss.; G. GIANNINI, *Onere della prova e responsabilità professionale medica* in Resp. Civ., 1992, p. 177 ss.; G. PONZANELLI, *Tanto rumore per nulla: a proposito di gazzette e di responsabilità medica* in Resp. Civ., 1992, p. 552 ss.; R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica - Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995; C. CASTRONOVO, *Profili della responsabilità medica* in Vita Not., 1997, p. 1222 ss.; E. QUADRI, *La responsabilità medica tra obbligazioni di mezzi e di risultato* in Danno Resp., 1999, p. 1165 ss.; G. ALPA, *LA RESPONSABILITÀ MEDICA* in Resp. Civ., 1999, p. 315 ss.

<sup>501</sup> Cfr. a tal proposito, P. G. PONTICELLI, *Responsabilità medica e servizio sanitario nazionale* in Giur. It., 1987, IV, p. 136 ss.

Al fine di delineare una corretta evoluzione della questione concernente la responsabilità medica nel campo civile, giova cominciare col dire che sebbene la condotta del medico sia semplicemente ricollegabile all'esecuzione di un contratto di prestazione di opera intellettuale, il concreto valore della sindacabilità dell'adempimento della sua obbligazione ha assunto un significato nuovo con l'avvento della Carta costituzionale che nel 1948 ha cristallizzato, nonché elevato il bene salute a valore costituzionalmente rilevante, dotato di una tutela rafforzata in quanto appartenente a quel novero di principi incompressibili e non sacrificabili. Il recepimento di una simile percezione del sistema ha dato la stura nel 1978 a quello che fu il procedimento di creazione e definizione del sistema sanitario nazionale, che aveva come fine apprestare adeguata tutela a chiunque subisse una lesione del bene salute a prescindere dalle origini, dalla razza e dalla posizione sociale. Il difficile contesto in cui le lesioni alla salute in ambito medico finivano nella aule di tribunale hanno più volte sollecitato sia la dottrina che la giurisprudenza ad una revisione del sistema, in attesa di una riforma dalla valenza legislativa che, invero, solo qualche anno fa è subentrata, lasciando spazio ad una serie di interpretazioni che nel corso del tempo hanno finito per consolidarsi al punto da assumere valore più inattaccabile della stessa volontà del legislatore.

La particolarità del settore ha posto in evidenza i punti più delicati della disciplina ravvisabili nella difficile dimostrazione del nesso di causalità e nella problematicità della verifica della concreta diligenza usata dal professionista, versando in ipotesi di colpa professionale, a cui per lungo tempo ha fatto da schermo la distinzione tra obbligazioni di mezzo e obbligazioni di risultato,<sup>502</sup> ad oggi quasi definitivamente scomparsa. Ma è bene affrontare il dibattito con

---

<sup>502</sup> A ben vedere molti i problemi irrisolti, molte le questioni note ma sostanzialmente non riconducibili ad una prospettiva unitaria: invero, agli inizi dell'elaborazione giurisprudenziale, subito dopo la stesura del codice, la responsabilità medica non attenzionava le Corti Superiori: il solo elemento che scaturiva la rilevanza della questione medica era riconducibile all'esito infausto, ma che proiettava l'esercente la professione medica in una controversia penale, per omicidio, successivamente sono sorte una serie di questioni che hanno coinvolto il profilo civile di tale responsabilità per svariate ragioni, si pensi alla rilevanza del consenso informato e al progresso scientifico che hanno gradualmente spostato il confine tra interventi di *routine* e interventi di particolare difficoltà, con conseguente mutamento dal punto di vista della diligenza media e richiesta in ambiti

ordine e un filo logico razionale, divenendo pericoloso il voler generalizzare l'argomento prescindendo dal contesto storico.

Preliminarmente va posto in evidenza che la disciplina della responsabilità medica è peculiare poiché, come Autorevole dottrina<sup>503</sup> sostiene, è in grado di incastrare contemporaneamente profili illeciti che si manifestano nel contesto amministrativo, in quello penale e nel contesto civile.

Con la legge 833 del 23 dicembre del 1978 è stato istituito il servizio sanitario nazionale, gestito a livello statale e per lungo tempo insoddisfacente al punto da richiedere una modifica organizzativa avvenuta solo nel 1992, momento in cui la gestione della sanità fu trasferita sotto il controllo delle Regioni, con la legge n. 502, ulteriormente rivista in sèguito alla riforme del titolo V della Costituzione, e attraverso l'istituzione di Aziende regionali. Ben presto le modifiche del contesto squisitamente organizzativo sono andate infierendo anche sulla questione che prendeva in considerazione i problemi incentrati sui profili di colpevolezza del medico e sul titolo della sua responsabilità. L'istituzione di un servizio pubblico che potesse concedere giuste cure a soggetti affetti in qualsiasi modo da patologie trasforma il rapporto medico paziente, non piú instaurato tra due soggetti fisici, bensì tra il paziente e il servizio sanitario nazionale, e tale metamorfosi implica una serie di conseguenze pratiche e giuridiche: sotto il primo profilo da ciò discende che il paziente si rivolge formalmente alla sanità statale e non direttamente al medico privatamente scelto; in un'ottica giuridica, da ciò ne deriva un mutamento sotto il profilo dell'onere di diligenza, non piú riconducibile a quella del buon padre di famiglia ma del professionista, come sancito al

---

particolari. Inoltre, la diffusione della chirurgia estetica ha segnato il ritorno subliminale a quella distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato che negli anni 2000 aveva lasciato spazio al solo canone della verifica dell'esatta prestazione, preservando il paziente lesa da un fastidioso e scomodo onere probatorio ribaltato dalla valutazione della diligenza qualificata. Per altre osservazioni cfr. V. ZENO ZENCOVICH, *Una commedia degli errori? la responsabilità medica fra illecito e inadempimento* in Riv. Dir. Civ., 2008, V, p. 297 ss.

<sup>503</sup> Cfr. M. NASO, *La responsabilità del medico e i danni risarcibili*, Padova, 2012.

secondo comma dell'art. 1176 c.c. in combinato disposto<sup>504</sup> con la disciplina prevista all'art. 2236 c.c.<sup>505</sup>

Il risvolto concreto fu palese: i pazienti erano curati da professionisti che non avevano la possibilità di scegliere personalmente e che personalmente non pagavano, essendo gli stessi dipendenti dell'azienda pubblica. Il risvolto era drammatico: la lesione subita dal paziente in fase di trattamento andava, dunque, addossata alla struttura sanitaria che aveva predisposto il contratto di ospedalità a cui il privato aderiva in fase di accettazione, ma al contempo la posizione del medico era riconducibile alla violazione del generico *neminem laedere* e alla disciplina aquiliana, implicando un notevole aggravio per il degente, presunto lesa, che doveva affrontare giudizi con azioni differenti e carichi probatori squilibrati.<sup>506</sup> Inoltre, il

---

<sup>504</sup> Autorevole dottrina, infatti, pone in evidenza come qualora si tratti di ipotesi di concorso di responsabilità, fattispecie che si presenta in occasione di responsabilità medica, almeno fino a prima della nota sentenza della Corte di Cassazione 589 del 1999, la valutazione ex art. 2236 c.c., si trasla anche su colui che subisce azione per illecito secondo regime aquiliano. Cfr. C. ROSSELLO, *Responsabilità contrattuale ed aquiliana: il punto sulla giurisprudenza* in Contr. Impr., 1996, I, p. 642 ss.

<sup>505</sup> Estremamente interessante a tal proposito il contributo di Autorevole dottrina che si prefigge come obiettivo investigare l'evoluzione di tale concetto di diligenza professionale qualificata, sia sotto il profilo normativo che sotto quello dottrinale: tale norma infatti è passata dall'essere uno scudo per le prestazioni intellettuali, giustificate in molteplici situazioni, ad un mero termine di valutazione dello svolgimento dell'attività intellettuale qualora si presenti un intervento più o meno complesso da risolvere. La prospettiva, dunque, muta nei suoi connotati: non più privilegio ma ponderata comparazione delle consapevolezze scientifiche con relativa considerazione del risvolto pratico posto in essere dal medico. Cfr. R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica tra prospettive comunitarie e nuove tendenze giurisprudenziali* in Contr. Impr., 1995, p. 48 ss.

<sup>506</sup> Invero, fino a quel momento le opinioni in merito alla responsabilità medica e alla sua riconducibilità giuridica alla categoria contrattuale o aquiliana, erano state varie: dalla ipotesi del concorso anomalo tra responsabilità contrattuale della struttura con quello aquiliano del medico, alla prospettiva di estensione della disciplina ex art. 2236 c.c. anche al medico, benché ancora riconducibile all'alveo della responsabilità extracontrattuale, infine l'approdo della Corte di Cassazione alla definizione del contatto qualificato. Eppure tale ricognizione per essere esaustiva deve tenere in considerazione la moltitudine di concetti che sono stati ripudiati e spazzati via dal diritto vivente: la distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato; la questione sottesa agli obblighi di protezione, con il rischio di far confluire nella categoria degli obblighi

continuo contemperamento del bene salute con il piú concreto profilo economico continuamente ricordato dal momento governativo di *spending review* fotografavano un contesto socio-economico che lasciava poco adito a discussioni astratte sulla rilevanza del bene salute, come incomprimibile proiezione di un diritto costituzionalmente rilevante.

Incoraggiata la tale quadro generale, la Corte di Cassazione in occasione della sentenza n. 589 del 1999 diede la stura ad una nuova fase della disciplina sulla responsabilità medica definendo la responsabilità del medico come contrattuale, in conseguenza di un contatto sociale qualificato<sup>507</sup> che andava instaurandosi tra il paziente e l'esercente la professione

---

accessori una serie di prestazioni principali e imprescindibili nella cura del paziente; il concetto di obbligazione senza prestazione, di germanica origine, ben presto confutato in ragione della accessorialità di questo ad una obbligazione principale che a ben vedere in tale ricostruzione sarebbe l'obbligo stesso; il contratto con effetti di protezione verso un terzo, negozio in cui il terzo sarebbe proprio il paziente che va insinuandosi nella dinamica contrattuale tra medico e struttura; e infine il contratto di fatto, di cui una declinazione si manifesta proprio nella responsabilità da contatto sociale qualificato. Nonostante le innumerevoli proposte degli ultimi trent'anni il rapporto tra medico e paziente, in occasione di intervento presso una struttura si presenta complesso e difficile da incasellare, soprattutto oggi, momento in cui si è ritornati al cumulo di responsabilità di cui si parlava agli albori della stesura del codice del 1942. Cfr per ulteriori approfondimenti M. PARADISO, *La responsabilità medica dal contratto al torto* in Riv. Dir. Civ., II, 2001, p. 325 ss.

<sup>507</sup> A tale forma di responsabilità la Corte di Cassazione ha dato ingresso attraverso il ripudio della previsione germanica della contrattazione con effetti protettivi a favore del terzo, secondo la Corte infatti il rapporto qualifica sorge tra il medico, dipendente della struttura e il paziente (della struttura e con quest'ultima vincolato attraverso un contratto atipico di ospitalità sottoscritto al momento dell'accettazione), che interagendo tra loro si espongono al rischio di nocive ingerenze nelle sfere giuridiche, facendo sì che vengano in rilievo una serie di obblighi accessori in grado di gestire tali negative ripercussioni. Tale categoria dogmatica andrebbe a collocarsi al limite tra contratto e torto, implicando una serie di valutazioni anche rispetto al nesso causale di non poco momento. L'applicabilità, infatti, degli elementi contrattuali ex art. 2236 c.c. nei confronti del medico andrebbe a creare un effetto distorsivo a livello probatorio, imponendo una inversione dell'*onus probandi* in grado di inficiare l'elaborazione che la giurisprudenza ha apprestato per consentire una situazione piú favorevole alla parte lesa. Cfr. E. GUERINONI, «*Contatto sociale*» e nesso causale nella responsabilità del medico dipendente in Contr., 2003, I, p. 23 ss.

sanitaria i quali, sebbene non vincolati *ex contractu*, non potevano considerarsi alla stregua di sconosciuti con la conseguente applicazione del dispositivo di cui all'art. 2043 c.c.<sup>508</sup>

Il timore che nonostante tale presa di posizione la situazione del paziente risultasse alla stregua pregiudicata dall'inversione dell'onere probatorio a cui il medico poteva appellarsi vista la diligenza qualificata e professionale a cui la normativa faceva riferimento, sempre ad opera della giurisprudenza, pian piano venne erosa la distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato, comportando un *favor* sempre più evidente per il paziente.<sup>509</sup>

Tale stato dell'arte rimase per molto tempo cristallizzato, seppur la realtà mutava i suoi connotati e la struttura sanitaria nazionale attraversava una nuova crisi che aveva indotto gli esercenti la professione sanitaria a tutelarsi, anticipando tempi e modi, e dando luogo ad un

---

<sup>508</sup> Tale posizione assunta dalla Corte di Cassazione non ha ricevuto unanime plauso, *ex multis*, vanno richiamati i toni aspri e carichi di scetticismo di S. SCIACCA e S. SCOVAZZO, i quali hanno posto in evidenza come una simile lettura consiste in una forzatura del sistema, non dovendo la responsabilità ex 2043 c.c. essere esclusivamente riconducibile alla violazione del *neminem laedere*, ma ben potendo incardinarsi su obblighi comportamentale anche più specifici in *Nozione di danno e perimetro risarcitorio in tema di responsabilità medica* in *Danno Resp.*, 2010, XI, p. 989 ss. In senso conforme anche G. ALPA, che ravvede la reinterpretazione della Corte di Cassazione della responsabilità da contatto sociale in ambito medico come un'errata applicazione di un principio europeo, in *Dibattito a più voci intorno alla colpa medica*, con specifico riferimento alla responsabilità del medico psichiatra in *Contr. Impr.*, 2015, III, p. 527 ss.

<sup>509</sup> Storicamente la prestazione del medico veniva ricondotta alla categoria delle prestazioni di mezzi, quelle obbligazioni aventi ad oggetto condotte che non potevano essere sintetizzate nel mero raggiungimento del risultato: non era infatti la guarigione del paziente la sola via d'uscita per l'esercente la professione sanitaria al fine di dimostrare di aver adempiuto i suoi obblighi. Del resto il medico nello svolgimento di tale attività deve attenersi al rispetto della adeguata diligenza, e la dimostrazione può variare in relazione al tipo di attività medica posta in essere. Insomma, il timore che un'astratta inversione dell'onere probatorio potesse inficiare la favorevole statuizione di diritto vivente che collocava la prestazione medica nell'alveo della responsabilità *ex contractu*, seppur con l'escamotage del contatto sociale qualificato, rappresentava un punto di frizione del sistema. Cfr., *ex multis*, E. QUADRI, *La responsabilità medica tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato* in *Danno Resp.*, 1999, XII, p. 1165 ss. Si consideri, inoltre, come precedente giurisprudenziale rilevante la sentenza della Corte di Cassazione, Sez. Uni., 11 gennaio 2008 n. 577.

fenomeno meglio noto come “medicina difensiva”,<sup>510</sup> alla base della decisione del legislatore di mettere mano alla disciplina apprestando una normativa vera e propria che solo nel 2012 andrà a consolidarsi nella Legge Balduzzi.

### **3.1. IL DECRETO BALDUZZI.**

Al fine di riformare l'intero settore sanitario, anche alla luce della contrazione delle risorse finanziario a questo destinato nel settembre 2012 viene emanato il decreto legge n. 158, successivamente convertito con taluni emendamenti nella legge n.189 del 2012, cd. Legge Balduzzi, una normativa a cavallo tra la disciplina civile e penale della professione sanitaria, idonea a spiegare i suoi effetti sia in capo agli operatori sanitari che alle strutture presso le quali gli stessi operano.<sup>511</sup> L'ambizioso fine di decifrare e regolare lo stato dell'arte, però,

---

<sup>510</sup> Giova porre in evidenza che quando si discorre di medicina difensiva quest'ultima va distinta in due tipologie di fenomeni: la stessa in fatti può essere definita attiva, nella misura in cui finalizzata al mettersi in salvo da eventuali azioni legali potenzialmente esperibili dal paziente e che induce il medico alla prescrizione di una serie spropositata di analisi ed accertamenti che sono poco pertinenti con la anamnesi più verosimile. Diversa, invece, si presenta la medicina difensiva nella sua manifestazione passiva, che si palesa quando il medico preferisce evitare procedure sicuramente utili alla guarigione del degente, ma rischiose. Senza considerare le varie situazioni in cui i medici preferiscono lasciare nelle mani del paziente una serie di valutazioni e scelte che gli stessi non sono in grado di affrontare, pur di evitare di “consigliare male”. Cfr. A. QUERCI, *Le evoluzioni della responsabilità sanitaria, fra Riforma Balduzzi, disegni di legge e novità giurisprudenziali* in Nuova Giur. Civ. Comm., 2014, II, p. 15 ss.

<sup>511</sup> Per relativi approfondimenti si segnala D. POLETTI, *Nesso causale e colpa nella responsabilità medica, penale e civile, dopo il d.l. n. 158 del 2012 (art. 3, 1° comma)* in Giur. Mer., 2013, p. 1744 ss.; L. ISOLABELLA E A. QUATRARO, *Ruolo ed importanza delle linee guida nella parametrizzazione della colpa medica - L'esegesi delle disposizioni di cui all'art. 3 l. Balduzzi anche alla luce della più recente sentenza della corte di cassazione n. 16237/2013* in Med. Dir., 2013, II, p. 48 ss.; G. IADECOLA, *Brevi note in tema di colpa medica dopo la c.d. legge Balduzzi* in Riv. It. Med. Leg., 2013, p. 549; P. STANZIONE, *Responsabilità medica e nesso di causalità* in E. Del Prato (a cura di), *Studi in onore di Antonino Cataudella*, Napoli, 2013. Cfr., inoltre, G. M. Flick, A.Santosuosso, F. Mucciarelli, P. Rescigno, M. D'Imporzano, M. Bona, A. Iannaccone e O. Di Giovine, *La*



ben presto viene tacciato di irragionevolezza in virtù del fatto che la medesima condotta non punibile per colpa lieve non esimeva in medico dal divenire responsabile sotto il profilo penale: la commissione giustizia, dunque, intercede in sede di conversione del decreto estendendo la disciplina anche al contesto penale<sup>512</sup> e riformando il testo dell'art. 3 della l. 189 del 2012.<sup>513</sup> Nella sua finale versione, pertanto, la riforma prevedeva che “l' esercente le

---

*responsabilità medica*, Milano, 2013, che raccoglie gli atti del convegno tenutosi a Milano il 20 novembre 2012. Sempre in riferimento alla disciplina innovativa della Legge Balduzzi e ai relativi dubbi interpretativi, cfr., L. DIMASI, *Responsabilità medica e ruolo delle linee guida dopo la riforma Balduzzi: uno sguardo critico* in San. Pubbl. Priv., 2014, III, p. 5 ss.; in R. DOMENICI E B. GUIDI, *Linee guida e colpa medica: spunti di riflessione* in Danno Resp., 2014, p. 353 ss.; R. DE MATTEIS, *La responsabilità professionale del medico - L'art. 3 d.l. n. 158/2012 tra passato e futuro della responsabilità medica* in Contr. Impr., 2014, p. 123 ss.; R. BREDI, *Responsabilità medica tra regole giurisprudenziali e recenti interventi normativi* in Contr. Impr., 2014, p. 768 ss.; E. SECCHI, *L'art. 3, legge Balduzzi e il sistema di responsabilità civile medica: riflessioni critiche* in Med. Dir., 2014, I, p. 28 ss.; M. FRANZONI, *Soft law e colpa medica- colpa e linee guida* in Resp. Civ., 2016, p. 801 ss.

<sup>512</sup> Cfr. per ulteriori approfondimenti G. FORTI, *Il “quadro in movimento” della colpa penale del medico, tra riforme auspicate e riforme attuate* in Dir. Pen, Proc., 2015, VI, p. 738 ss.; A. PANTI, *“Decreto Balduzzi” e responsabilità del medico: un traguardo raggiunto o un quadro in movimento?* In Dir. Proc. Pen., 2015, VI, p. 735 ss.

<sup>513</sup> Giova porre in evidenza, come in dottrina sostenuto, che in questo frangente mancava un esplicito richiamo alla qualificazione della responsabilità in cui incorreva il medico, il che lasciava presupporre che la forma di responsabilità fosse di matrice contrattuale come, fin dal 1999 era stato definito in sede giurisprudenziale. L'intercessione della Commissione giustizia, dunque, va a modificare anche il profilo della qualifica della responsabilità del medico, sebbene le applicazioni successive si mostrino diffidenti. Inoltre, la correzione in sede di conversione non è rimasta indifferente alla dottrina che ha cercato di decifrare tale *intentio legis* lasciando spazio a molteplici interpretazioni: per una parte dei commentatori il richiamo al 2043 c.c. è stato effettuato solo al fine di calibrare il quantum a nulla rilevando in sede di qualificazione della responsabilità. A tale prospettiva giungono i più fedeli all'impostazione giurisprudenziale di fine anni '90, mentre notevoli le voci che hanno voluto intravedere in tale rinnovamento una volontaria azione legislativa. Per qualcuno, dunque, il medico risponderebbe ex 2043 c.c. in contrapposizione alla struttura sanitaria che, invece, resta soggiogata al meccanismo ex 1218 c.c.; per altri invece, tale disciplina troverebbe applicazione solo in caso di condotta connotata da dolo o colpa grave, proprio in ossequio alla decisione del legislatore di ammortizzare la condotta

professioni sanitarie che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo", armonizzando la prospettiva sia sotto un profilo civilistico che penalistico, sebbene con alcune imprecisioni.<sup>514</sup>

A ben vedere, l'inserimento nella legge di conversione del richiamo alla disciplina aquiliana,<sup>515</sup> il rinvio poco chiaro alle linee guida e alle buone pratiche non sono passati

---

del medico in caso di colpa lieve. Inoltre, l'interpretazione che ravvede in tali forme di illecito una natura aquiliana è mal vista da quanti desumono una comparazione di interessi ambigua: sembrerebbe, infatti, che il bene salute sia sacrificabile in favore di una riqualificazione delle spese pubbliche, a nulla rilevando il suo valore incompressibile. Cfr. per ulteriori approfondimenti A. QUERCI, *op. cit.*, p. 9 ss.

<sup>514</sup> Da taluno considerata come *lex specialis* che va ad incidere sulla regolamentazione della responsabilità del medico dipendente da una struttura sanitaria, la L. Balduzzi appare poco chiara nella sue finalità, mistificate e confuse da un richiamo alla disciplina aquiliana a ben vedere poco considerato dalla giurisprudenza immediatamente successiva, che non ha colto il suggerimento del legislatore, catalogandolo come una mera svista. Inoltre, non sembra assumere minimo valore la paventata illegittimità costituzionale conseguente al mancato rispetto delle indicazioni con conseguente esubero ex 77, II comma della Carta costituzionale. Cfr., V. CARBONE, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi* in *Danno Resp.*, 2013, IV, p. 392 ss.

<sup>515</sup> La giurisprudenza, infatti, ha valutato proprio l'inserimento tardivo del rinvio al 2043 c.c. indice della non reale volontà del legislatore di modificare lo stato dell'arte. Inoltre, la definizione dell'obbligo di cui all'art. 2043 e non il titolo della responsabilità ex 2043 c.c. è sembrata una ragionevole motivazione per continuare ad applicare la disciplina della responsabilità da contatto sociale qualificato. Cfr. la nota di commento al provvedimento del Trib. Cremona, 1.10.2013 di L. MATTINA, "*Legge Balduzzi*": *natura della responsabilità civile del medico* in *Danno Resp.*, 2014, VI, p. 633 ss.; ID., "*Legge Balduzzi*": *diventa extracontrattuale la responsabilità del medico?* In *Danno Resp.*, 2015, I, p. 47 ss., in cui L'autrice passa in rassegna due provvedimenti, uno del Tribunale di Milano, l'altro del Tribunale di Brindisi emanati a distanza di pochi giorni e dal contenuto completamente differente, seppur entrambi aderenti alle disposizioni della Legge Balduzzi. In senso contrario cfr. G. Visintini, a quale appare fermamente convinta che in tale occasione il legislatore abbia voluto arretrare di quasi un secolo riportando la disciplina della colpa medica a quella che sussisteva in Italia ben prima della codificazione del 1942. In sostanza in tale fattispecie il legislatore ha cercato di imporre un cambio di rotta, che a quanto pare dalla giurisprudenza non è stato ben recepito. G. VISINTINI, *La colpa medica*

indenni da critiche sotto lo sguardo di coloro i quali ribadivano il valore imprescindibile del rispetto del principio di determinatezza nel contesto criminale,<sup>516</sup> ma anche il curioso modo di quantificare che il danno arrecato, estremamente interessante in un'ottica di indagine proiettata alla verifica delle funzioni assolte dalla responsabilità civile.<sup>517</sup> Ed, infatti, il fatto che il legislatore tipizzi una esimente e l'*escamotage* delle linee guida e buone pratiche<sup>518</sup> sembra ripercuotersi anche sotto un profilo valutativo della lesione arrecata,<sup>519</sup> che nella riforma del 2012 non si presenta come unico fulcro in grado di definire le coordinate del risarcimento.<sup>520</sup> Non molto distante dalla funzione satisfattiva che, in più di una occasione, si è riservata al danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 c.c., anche in tale fattispecie sembra che l'integralità del pregiudizio debba essere temperata con alcuni indici che non sono ricollegabili al pregiudizio stesso, ma conseguenza della condotta. Ciò inevitabilmente

---

*nella responsabilità civile* in contr. Impr., 2015, III, p. 530 ss. E ancora G. PONZANELLI, *La responsabilità medica: dal primato della giurisprudenza alla disciplina legislativa* in Danno Resp., 2016, VIII. IX, p. 816 ss., il quale paventa un concorso tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale secondo la disposizione di cui all'art. 2055 c.c. tra il medico e la struttura ospedaliera, vincolata come sempre *ex contractu* atipico di ospedalità.

<sup>516</sup> Per ulteriori approfondimenti sotto il profilo del diritto penale cfr. A. ROIATI, *Linee guida, buone pratiche e colpa grave: vera riforma o mero placebo?* In Dir. Pen. Proc., II, 2013, 216 ss.

<sup>517</sup> Va, inoltre, posto in evidenza che la disciplina in questione è stata sottoposta al vaglio della Corte Costituzionale che, con sent. 295 del 2013, però, non ha ravvisato alcuna lesione dei principi individuati dal Tribunale di Milano nell'ordinanza di rimessione. Cfr. in tal senso E. GUERINONI, *Incostituzionalità dell'art. 3 legge Balduzzi?...alla prossima* in Corr. Giur., X, 2014, 1189 ss.

<sup>518</sup> A tal proposito si rivela interessante il contributo di M. FRANZONI, *Colpa e linee guida* in Danno Resp., 2016, VIII- IX, p. 801 ss.

<sup>519</sup> In tale prospettiva fondamentale importanza riveste il profilo del nesso causale, altro elemento molto dibattuto nella disciplina della responsabilità medica per la delicatezza delle vicende e per la disuguaglianza dei soggetti interagenti: la dimostrazione del rapporto causa effetto, infatti, quando a carico del paziente rappresenta uno sbilanciamento delle posizioni visto l'elevato tecnicismo che spesso coinvolge il carico probatorio. Per ulteriori approfondimenti sotto tale punto di vista cfr. G. M. D. ARNONE, *La responsabilità medica verso la presunzione del nesso di causa* in Danno Resp., 2014, I, p. 33 ss.

<sup>520</sup> B. GRAZZINI, *Responsabilità dell'esercente le professioni sanitarie e rischio clinico nel c.d. «Decreto Balduzzi»* in Corr. Giur., 2013, X, p. 1235 ss.

non pone la disciplina in oggetto al sicuro dalle critiche mosse da quanti riconoscono una valenza squisitamente compensativa al risarcimento, in tale ipotesi posta in discussione. Non vale la pena seguire, quindi, l'opinione di quanti sostengono sia una svista o *gaffe* del legislatore: il senso è chiaro, è l'applicazione concreta a pregiudicarne il valore. Il fatto che la norma preveda un contemperamento del *quantum* risarcitorio sulla base della condotta del medico<sup>521</sup> va valutato nella chiave di lettura piú coerente con l'intera *ratio* della disciplina: consentire una diminuzione della liquidazione nelle ipotesi in cui la condotta non si presenti a tal punto riprovevole. Il problema, però, sorge nel voler applicare la disciplina appena esposta in maniera coerente e quindi implicare l'aumento del danno nelle fattispecie in cui la condotta sia scellerata o gravemente negligente da cui può derivare una liquidazione risarcitoria smisurata rispetto all'effettivo pregiudizio subito dal soggetto.<sup>522</sup>

---

<sup>521</sup> Cfr., inoltre, M. PALADINI, *Linee guida, buone pratiche e quantificazione del danno nella c.d. legge Balduzzi* in *Danno Resp.*, 2015, X, p. 881 ss.

<sup>522</sup> Interessante in tal senso l'affermazione di Autorevole dottrina che risponde alla paventata ipotesi di una scorcioia per l'ingresso di danni punitivi nel sistema italiano che tale previsione sarebbe assolutamente contraria alla *ratio* sottesa alla Riforma Balduzzi, che è quella di tutelare la libertà scientifica degli esercenti l'attività sanitaria. Invero, come l'Autore sottolinea, il fatto che vi sia una tendenza favorevole a risarcimenti meramente compensativi da un lato e la mancanza di una norma costituzionale che impone la funzione ristorativa alla responsabilità civile come sola e unica in grado di rendere il sistema ordinato e completo lascerebbe, in astratto, spazio al legislatore di prevedere fattispecie specifiche che ipotizzino liquidazioni ultracompensative. Proprio l'inciso all'articolo 3 della legge del 2012 sarebbe di per sé in grado di prevedere una simile casistica, il problema reale è che sarebbe in contrasto con la anima della legge, creata per disincentivare la medicina difensiva che verrebbe di gran lunga ampliata se si la classe medica corresse anche il rischio di incappare in risarcimenti punitivi. Cfr. M. FACCIOLI, *La quantificazione del risarcimento del danno derivante da responsabilità medica dopo l'avvento della Legge Balduzzi* in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2014, II, p. 97 ss.; in relazione all'integrale risarcimento del danno cfr. *ex multis*, G. PONZANELLI, *Gli ostacoli all'integralità del risarcimento nella determinazione del danno non patrimoniale ingenerale ed in particolare in presenza di una colpa medica* in *Contr. Impr.*, 2015, III, p. 620 ss.

### 3.2. LA RIFORMA GELLI- BIANCO.

Il cambiamento di prospettiva in relazione al titolo della responsabilità dell'esercente la professione medica, timidamente affermato in occasione della Riforma Balduzzi del 2012, per la verità poco considerata sotto tale profilo, viene ribadita dal legislatore con l'emanazione della L. 24 del 2017, comunemente nota come Riforma Gelli - Bianco, che come obiettivo si prefigge uno stravolgimento del rapporto trilaterale che si instaura tra medico, paziente e struttura sanitaria. Molteplici gli obiettivi a cui la disciplina del 2017 protende:<sup>523</sup> oltre al ripristino della serenità dei medici, più liberi di agire secondo scienza e non secondo coscienza (difensiva); una nuova prospettiva relazionale che oltre al trilatero rapporto delineatosi, inserisce un quarto interlocutore, l'agenzia assicurativa, in grado di temperare i rischi e alleggerire di non poco la posizione della struttura e della *equipe* medica; una riduzione dei costi, ridimensionati e soprattutto incasellati in minimi e massimi edittali riconducibili alle Tabelle Milanesi, meccanismo in grado di incidere sulla prevedibilità del *quantum* risarcitorio. Rimane il rinvio al parametro della condotta del medico per completare l'individuazione del *quantum*, senza per giunta alcuna spiegazione in relazione al significato del richiamo, che lascia potenzialmente intatte le valutazioni effettuate in relazione al medesimo profilo in occasione della Legge Balduzzi.

Differenti i valori riconsiderati invece, sotto una prospettiva penale che ravvede l'introduzione di linee guida e buona pratiche ben più settoriali di quelle sancite nel testo

---

<sup>523</sup> Per i relativi approfondimenti, *ex multis*, C. SCOGNAMIGLIO, *Il nuovo volto della responsabilità del medico: verso il definitivo tramonto della responsabilità da contatto sociale?* in Resp. Med., 2017, p. 35 ss.; *ivi*, I. PARTENZA, *L'assicurazione della responsabilità sanitaria post riforma Gelli e le criticità del mercato: una mancata risposta a bisogni reali*, p. 49 ss.; inoltre, R. PARDOLESI E R. SIMONE, *Nuova responsabilità medica: il dito e la luna (contro i guasti da contatto sociale?)* in Foro It., 2017, V, p. 161 ss.; M. HAZAN, *Alla vigilia di un cambiamento profondo: la riforma della responsabilità medica e della sua assicurazione (ddl Gelli)* in Danno Resp., 2017, p. 75 ss.; M. GORGONI, *La responsabilità in ambito sanitario tra passato e futuro* in Resp. Med., 2017, p. 17 ss.; M. FRANZONI, *La nuova responsabilità in ambito sanitario* in Resp. Med., 2017, p. 5 ss.; F. CEMBRANI, *Profili critici della nuova legge sulla responsabilità professionale del personale sanitario* in Resp. Med., 2017, p. 231 ss.

2012 della Legge Balduzzi, ma soprattutto vede sparire il riferimento alla colpa, immagazzinato in una introduzione di una norma penale speciale rispetto all'omicidio e che a graduare le valutazioni sanzionatorie in ambito medico.<sup>524</sup> Come sancito in apertura del testo legislativo, la salute resta un bene incompressibile e tutelato *tour court*, fermo restando l'obbligatoria valutazione delle spese e il necessario ridimensionamento degli sprechi: ciò che, dunque, può evincersi è che se da un lato la salute resta un diritto costituzionalmente tutelato, d'altro lato lo stesso subisce delle rivisitazioni nella sua declinazione di "diritto alle cure", che non può essere illimitato ma razionalmente condizionato. Il *quid novi*, però, che va a caratterizzare la Legge Gelli Bianco è rappresentato sotto il profilo penale dalla rivalutazione delle linee guida<sup>525</sup> e dei relativi supporti tecnici, mentre sotto il punto di vista civilistico dal vigore con cui il legislatore definisce la responsabilità del medico riconducibile all'alveo aquiliano,<sup>526</sup> nessuna remora e nessuna titubanza, come si era percepito in occasione

---

<sup>524</sup> D. RONCALI, *Le linee-guida e le buone pratiche: riflessioni medico-legali a margine della legge Gelli-Bianco* in *Danno Resp.*, 2017, III, p. 280 ss.

<sup>525</sup> Effettivamente la disciplina tracciata dalla riforma del 2017 ha destato notevoli critiche da parte dei penalisti: al fine di porre in sicurezza il sistema, evitando di incorrere nelle incertezze applicative sollevate dal precedente testo Balduzzi e al contempo cercando di schivare potenziali questioni di legittimità costituzionale per mancanza di determinatezza e tassatività dei dettami previsti, il legislatore ha disciplinato in maniera particolarmente atteggiata il profilo inerente alle linee guida, modifiche che sotto un profilo pratico hanno comportato un vero e proprio peggioramento dello *status quo* per quanto concerne la responsabilità penale del medico. Cfr. F. D'ALESSANDRO, *La responsabilità penale del sanitario alla luce della riforma "Gelli-Bianco"* in *Dir. Pen. Proc.*, 2017, V, p. 572 ss. In merito alla valenza assunta dalle linee guida e l'ipotetico spostamento da una colpa generica ad una colpa specifica, con il dubbio rapporto ai canoni di imprudenza e negligenza, cfr. M. CAPUTO, *La responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria dopo la L. n. 24 del 2017... "quo vadit"?* *Primi dubbi, prime risposte, secondi dubbi* in *Danno Resp.*, 2017, III, P. 293 ss.

<sup>526</sup> La rilettura del sistema attribuibile al Decreto Gelli è riconducibile alla volontà di creare un binario parallelo che simultaneamente tiene fermi gli oneri complessi che incombono sulla struttura sanitaria, mentre va ad alleggerire la posizione del medico, il che rappresenta anche una valutazione di buon senso, nella misura in cui non tutte le valutazioni problematiche dell'opera dell'esercente sono conseguenza nella mera attuazione della *leges artis*. La struttura, infatti, ha degli obblighi di gestione e manutenzione delle attrezzature e dei luoghi che posso certamente implicare una serie di conseguenze negative sull'operato del medico a cui, pertanto, la legge

del Decreto Balduzzi, il cui labile richiamo all'art. 2043 c.c. era stato sottovalutato da dottrina e giurisprudenza, intente a razionalizzare una *gaffe* ovvia del legislatore. Da Autorevole dottrina definita come “*una sorta di soft law esortativa*”,<sup>527</sup> la Riforma Gelli chiarifica un'*intentio legis*: il medico non può soggiacere al medesimo profilo di responsabilità della clinica o struttura, non vi è contatto sociale che tenga,<sup>528</sup> il medico è solo l'anello debole, l'errore umano quasi scontato e prevedibile che discende da un meccanismo in cui la prevenzione non opera correttamente, un capro espiatorio che va tutelato e non punito.<sup>529</sup>

---

in questione cerca di ricalibrare il peso dell'inadempimento facendo scivolare il titolo della responsabilità che gli compete nella disciplina sancita all'interno del dettame dell'art. 2043 c.c. cfr. in senso favorevole a tale approccio, *ex multis*, G. PONZANELLI, *Medical malpractice: la legge Bianco Gelli. Una premessa* in *Danno Resp.*, 2017, III, p. 268 ss., sebbene l'Autore ponga in evidenza come sotto il profilo squisitamente penale la riforma del 2017 segni un passo indietro rispetto a quanto sancito nel decreto legge Balduzzi di qualche anno prima.

<sup>527</sup> Tale definizione è dovuta a G. PONZANELLI, *Medical malpractice: la legge Bianco-Gelli* in *Contr. Impr.*, 2017, II, p. 362.

<sup>528</sup> A sostegno della perentorietà del rinvio alla disciplina aquiliana, in contrapposizione a quanto avvenuto in occasione della Legge Balduzzi cfr. M. FACCIOLO, *La nuova disciplina della responsabilità sanitaria di cui alla legge n. 24 del 2017 (c.d. “Legge Gelli-Bianco”): profili civilistici (Prima parte)* in *Stud. Iur.*, 2017, VI, p. 659 ss. ; ID., *La nuova disciplina della responsabilità sanitaria di cui alla legge n. 24 del 2017 (c.d. “Legge Gelli-Bianco”): profili civilistici (Seconda parte)* in *Stud. Iur.*, 2017, VII-VII, p. 781 ss.

<sup>529</sup> Interessante a tal proposito è il richiamo che M. Hazan fa alle teorie di inizio secolo in ambito medico di J. Reason, il quale incentrava la sua prospettiva di indagine non sull'errore commesso dall'operatore nella fase finale della catena medica, ma sul come tale *malpractice* fosse sostanzialmente evitabile e quasi scontata nella sua manifestazione. Secondo tale prospettiva, infatti, il medico è solo colui che opera e che rappresenta la chiave finale dell'attività nel suo complesso e che si trova a rispondere anche di lacune e mancanze che si riverberano cronicamente sulla sua condotta ma che non sono dallo stesso controllabili. Ecco perchè lo stesso diviene artefice inconsapevole dell'errore, nella misura in cui subisce una serie di disfunzioni che rendono l'evento fatale quasi inevitabile e, dunque, non gestibile dall'operatore persona. Al fine di interrompere un simile circolo vizioso la unica soluzione va ricercata nella prevenzione, affinché i difetti genetici non si snodino nei singoli passaggi posti in essere ma si sciolgano nello stesso momento in cui si condensano, lasciando il medico libero di agire sulla base delle sue capacità e possibilità. Cfr. M. HAZAN, *Alla vigilia di un cambiamento profondo: la riforma della responsabilità medica e della sua assicurazione (DDL Gelli)* in *Danno Resp.*, 2017, I, p. 75 ss.

Nella medesima logica si giustifica la precisazione del legislatore che pone in chiaro come tale impostazione sia applicabile nell'ipotesi in cui l'esercente sia un medico dipendente della struttura, mentre diverso approccio è richiesto qualora il medico sia contrattualmente legato al paziente, perché già noto e preso precedentemente in cura dallo stesso: in un simile caso il vincolo è ordinariamente valido, implicando che la responsabilità del medico confluisca nell'ambito contrattuale, con tutto ciò che ne deriva sotto il profilo probatorio e prescrizioneale. Ovviamente in entrambe le ipotesi sorge un vero e proprio concorso di responsabilità, che è retta dalla solidarietà di cui all'art. 2055 c.c., che giova ricordare non pone limiti alla cumulo di titoli diversi di responsabilità, e che si presenta particolarmente atteggiata secondo quanto predisposto nella riforma, anche in relazione al *quantum*.<sup>530</sup>

Altra componente degna di nota è quella che riguarda la disciplina liquidativa del danno, ancora una volta, come già è capitato in occasione della normativa Balduzzi, osmoticamente collegata ai precetti delle Tabelle Milanesi, agli artt. 138 e 139 cod. ass., con l'intenzione di imbrigliarne le quantificazioni. Il cambio di prospettiva legislativa sembra palesarsi, come se il legislatore percepisse che la gestione del rischio in determinati settori non può che ricevere una sola tutela, quella assicurativa e, allora, vengono predisposti strumenti di catalogazione come nella fattispecie è avvenuto con le buone pratiche e le linee guida e poi si lascia spazio a premi assicurativi in grado di ammortizzare le conseguenze spiacevoli sulle strutture sanitarie. Si cerca, dunque, di non infierire sullo *standard* di tutela del diritto alla salute ma di cristallizzarne i costi, sia nella fase fisiologica che in quella patologica.

Viene allora da domandarsi come non interpretare una valenza punitiva a quel particolare *quantum* che si compone di molteplici fattori, tra cui rilevanza è assunta anche dalla condotta del medico, soprattutto in una rielaborazione legislativa in cui un ruolo chiave è rivestito dal

---

<sup>530</sup> Giova a tal proposito segnalare quanto sostenuto da A. D'Adda in relazione alla rinnovata disciplina ex art. 9 della L. 24 del 2017, che si occupa di investigare le forme di concorso delle due responsabilità e il meccanismo, atecnicamente definito di rivalsa, ma che si conforma più come un regresso. Cfr. A. D'ADDA, *Solidarietà e rivalse nella responsabilità sanitaria: una nuova disciplina speciale* in Corr. Giur., 2017, VI, p. 769 ss.



meccanismo assicurativo, stesso schema che governa il sistema sanitario statunitense da decenni ormai, in cui le liquidazioni punitive in sèguito a *medical malpractice* sono all'ordine del giorno.

#### **4. CENNI SULLA DISCIPLINA DI DEPENALIZZAZIONE (D. LGS. 7 E 8 DEL 2016).**

Al fine di completare la speculazione relative alle varie ipotesi latenti di condanne dal retrogusto penale, riconducibili a logiche e funzioni piú punitive che compensative, non poteva trascurarsi il richiamo alla disciplina della depenalizzazione posta in essere dal legislatore del 2016, attraverso due decreti legislativi (n. 7 e 8) di attuazioni della legge delega del 24 aprile 2014 n. 67. Il rinvio a tale neofita normativa, invero, non casualmente è connotato dalla fugacità sostanzialmente conseguente alla immediata verifica della mancanza di una vera e propria logica risarcitoria particolarmente atteggiata, da cui si può desumere un mutamento di impostazione da parte del legislatore.

Sebbene, infatti, i decreti legislativi non definiscano la natura di tali sanzioni civili, ricollegabili forse piú ad una pena privata *strictu sensu* che ad una forma di risarcimento ultracompensativo, non può passare inosservata l'*intentio legis* che, in maniera latente, è protesa ad una sempre piú intensa e frequente interazione tra l'universo penale e quello civile. I decreti in esame si presentano come attuazione della legislazione a monte datata 2014, normativa quest'ultima caratterizzata da un approccio bipolare,<sup>531</sup> poco distante dagli altri fenomeni che nel XX secolo hanno connotato le discipline di depenalizzazione tra cui emerge

---

<sup>531</sup> Per ulteriori approfondimenti in merito alla sostanziale distinzione effettuata dal legislatore all'interno del contesto strettamente penalistico, nonché la posizione assunta nei confronti di alcune fattispecie di reato, considerate meno gravi e cariche di un minore disvalore penale, cfr. A. SERENI, *La depenalizzazione nella società di massa tra logica liberale e logica economica* in Riv. Trim. Dir. Pen. Econ., 2015, III, p. 557 ss.

la L. 689 del 1981:<sup>532</sup> da un lato, infatti, il legislatore si espone a favore di un taglio netto di alcune forme di illeciti, basandosi sulla pena astrattamente comminabile; dall'altro, invece, avvicina alla ormai nota sanzione amministrativa una corrispondente ipotesi dalla veste civile, una fattispecie a metà strada tra un risarcimento allo stato e una pena sollecitabile, ma solo indirettamente, dal soggetto leso.

Per ciò che maggiormente ci interessa giova porre in evidenza alcune osservazioni che si presentano idonee a delineare il concreto assetto posto in essere dal legislatore sotto il profilo civilistico e in relazione alle sanzioni civili ivi richiamate: il decreto che più rileva a tal fine è il n. 7 del 2016 che prevede e disciplina le sanzioni civili alternative, le cui peculiarità sono riscontrabili negli artt. 3-12. Secondo quanto predisposto il perpetuarsi di un determinato evento o di una determinata condotta implicano la possibilità per il soggetto passivo del reato di instaurare un giudizio civile, dinanzi all'autorità giudiziaria civile quindi, finalizzato alla liquidazione del risarcimento del danno e in più all'imputazione di una sanzione punitiva a carico del soggetto agente, ritenuto responsabile e la cui condotta sia connotata dall'elemento psicologico doloso.

Da una prima analisi, dunque, emerge che la sanzione,<sup>533</sup> quantificata dal giudice civile, può essere conseguita a favore dello stato solo qualora il soggetto ritenutosi leso abbia esperito

---

<sup>532</sup> I maggiori punti di contatto con la disciplina del 1981 alla luce della riforma del 2014 posta in essere con i decreti legislativi del 2016 sono ravvisabili con il decreto legislativo n. 8, in quanto ha consentito la trasformazione di alcune fattispecie di reato in illecito amministrativo, dunque, pur sempre penalmente rilevanti seppur con un carico di disvalore inferiore al punto da consentire tipologie di sanzioni amministrative e non più restrittive della libertà personale. Cfr., C. CRAVETTO, *Il d. legisl. n. 8 del 15 gennaio 2016 nella sistematica dell'illecito depenalizzato-amministrativo: alcune brevi considerazioni* in Stud. Iur., 2016, VII-VIII, p. 857ss.; cfr. inoltre, F. ROMBOLA, *Un primo commento alla riforma della disciplina sanzionatoria di cui al d. legisl. 15 gennaio 2016, n. 8* in Stud. Iur., 2016, V, p. 529 ss.

<sup>533</sup> Giova specificare la dicotomica impostazione seguita dal legislatore in occasione della quantificazione della sanzione, che segue un duplice criterio legato per un verso alla tipologia di sanzione, per altro verso alla gravità della condotta, a cui si può risalire attraverso una serie di indici che vincolano in un certo qual modo l'exequatur che il giudice civile può liquidare. La disciplina della reiterazione, il richiamo al concetto di prevedibilità e proporzionalità lasciano intendere la natura squisitamente afflittiva della pena, che però non deve confondere

azione risarcitoria, essendo impossibile la richiesta della mera sanzione civile, e abbia incardinato il giudizio personalmente: la sanzione in questione, infatti, è soggetta all'istanza del solo leso, la richiesta non è trasmissibile agli eredi e l'*exequatur* non finisce nel patrimonio della vittima di reato, bensì nelle Casse dello Stato.<sup>534</sup> Inoltre, a rendere singolare la disciplina in esame si aggiunge anche la componente facoltativa che avvolge la valutazione del giudice, il quale è il solo a decidere se liquidare o meno la somma, individuandola all'interno di un minimo e massimo edittale previsto per la specifica fattispecie. Invero, va sottolineata l'opinione di quanti riconoscono all'autorità giudicante una discrezionalità praticamente limitata nella misura in cui la sanzione si presenta possibile e sollecitabile solo in conseguenza di regolare azione risarcitoria, quindi se la parte non decide di incardinare il giudizio anche la relativa sanzione diviene impossibile da chiedere.<sup>535</sup>

---

in quanto liquidata a favore dello Stato e non del privato che esercita il suo diritto al risarcimento del danno. Cfr. per ulteriori approfondimenti A. GARGANI, *La depenalizzazione bipolare: la trasformazione di reati in illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie amministrative e civili* in Dir. Proc. Pen. 2016, V, p. 571 ss.

<sup>534</sup> Tale prospettiva innovativa, considerata da Autorevole dottrina una delle principali novità della legge delega, ha in sé il merito di palesare la finalità deflattiva e pragmatica della riforma: il rinvio alla disciplina civilistica e non a quella amministrativa che solitamente viene richiamata in caso di depenalizzazione ha come scopo quello di porre in evidenza che la prevenzione generale può avvenire in tempi stretti, coniugando un'azione privatistica ad una pubblicistica senza correre in rischio di ingabbiarsi in un'altra macchina infernale quale può rivelarsi il processo amministrativo in caso di sanzioni. Infatti, così facendo il legislatore avrebbe semplicemente sollecitato il rinvio ad una differente struttura processuale, quella amministrativa invece che penale, ma comunque con il rischio di ingolfarsi nelle lungaggini processuali. Il richiamo al procedimento civile, invece, soggetto inoltre alla richiesta di risarcimento del danno della parte lesa, che funge da presupposto processuale per la comminazione della sanzione che finisce nelle Casse dello Stato appare un compromesso sicuramente più proficuo nell'ottica deflattiva che il legislatore cercava di perseguire. Cfr. in tal senso F. PALAZZO, *La depenalizzazione nel quadro delle recenti riforme sanzionatorie* in Dir. Pen. Proc., 2016, III, p. 285 ss.

<sup>535</sup> Giova ricordare la questione che è stata recentemente posta all'attenzione della Corte di Cassazione e risolta con l'ausilio di una singolare motivazione in relazione alle conseguenze di diritto intertemporale in caso di statuizioni civili in un processo penale, ancora pendente, nel momento in cui la pronuncia del giudice in appello non sia ancora stata emanata, implicando una interferenza sistematica la possibile liquidazione del danno come

Questioni che sollecitano in ogni caso l'attenzione dei civilisti sono riconducibile alla valenza di tali sanzioni, alla loro natura e alla relazione con le liquidazioni del danno non patrimoniale, non essendo più concepibile un richiamo all'art. 185 c.p. In altri termini, ci si domanda, nel silenzio del legislatore se le stesse abbiano valore contrattuale o extracontrattuale,<sup>536</sup> visto il timido richiamo ai termini prescrizionali di cui all'art. 2947 c.c., ma senza ulteriori spiegazioni che lascia spazio a coloro i quali ritengono siano forme speciali di responsabilità aquiliana.<sup>537</sup> A chi paventa l'introduzione di una peculiare sanzione civile che sembra ricalcare i connotati dei *punitive damages* d'oltreoceano va ricordato che a

---

conseguenza del reato in un'ipotesi in cui il reato ora depenalizzato è sorretto da una fattispecie sanzionatoria riconducibile alla pena pecuniaria per illecito civile. In tal senso cfr. S. UCCI, *Le sezioni Unite della Cassazione sulle sorti delle statuizioni civili nel giudizio di impugnazione a seguito della depenalizzazione operata con i decreti legislativi n.7 e n. 8 del 2016: un punto di arrivo?* In *Dir. Pen. Cont.*, 2017, I, p. 171 ss.

<sup>536</sup> Tale diatriba viene criticamente approfondita da G. Spina, il quale si concentra sulla difficile e criptica previsione legislativa che sembra lasciare ampio spazio a contrapposte interpretazioni: a ben vedere, infatti, il richiamo al termine prescrizionale aquiliano da un lato, il titolo dell'art. 2 che parla di "Responsabilità civile per gli illeciti", nonché il riferimento al concetto di illecito civile, lasciano intuire una voluta collocazione nell'ambito della disciplina extracontrattuale delle ipotesi di reato depenalizzate. Invero, tale prospettiva va ridimensionata alla luce della varietà di condotte e delle possibili fattispecie che sotto il profilo della condotta sono in grado di coinvolgere anche ipotesi in cui i due soggetti, agente e passivo, sono avvinati da un legame negoziale, come nelle ipotesi di impossessamento di cosa comune o nei reati posti in essere in contesti aziendali. Giova, al contempo sottolineare che la volontà legislativa non era quella di definire sanzioni aquiliane speciali, quanto depenalizzare forme di reato, il che conduce il buon osservatore a differente conclusione: non importa lo schema all'interno del quale poter incasellare tali forme di pene private, l'importante resta registrare lo svilimento del disvalore penale che il legislatore delegato ha voluto in tal modo cristallizzare. Cfr. G. SPINA, *Depenalizzazione e abrogazione di reati 2016. I nuovi illeciti con sanzioni pecuniarie civili: tutela sostanziali e strategie processuali* in *Nuova Proc. Civ.*, 2016, III, p.1 ss.

<sup>537</sup> Non va tralasciata l'opinione di chi ravvisa un *tertium genus* di sanzioni, ibrido tra la disciplina civile e quella penale che si sintetizzano in uno strumento in grado di sanzionare il soggetto agente del reato andando a imporre un aggravio patrimoniale ulteriore, liquidazione che, però, non finisce nella tasca del soggetto leso, particolarità questa in grado di allontanare lo strumento in esame da un contesto squisitamente privatistico. Cfr. R. MARTINI, *L'avvento delle sanzioni pecuniarie civili. Il diritto penale tra evoluzione e mutazione* in [www.la legislazione penale.eu](http://www.la legislazione penale.eu), 2016, p. 1 ss.

spiccata funzione afflittiva nonché punitiva non va a collidere con alcun precetto privatistico: la sanzione comminata, infatti, benché prenda le mosse da una procedura istaurata dal soggetto leso non ha una funzione risarcitoria, che deve necessariamente, secondo quanto sinora affermato in merito alla natura e logica della responsabilità civile nel contesto nazionale, rispondere ad una logica di ripristino dello *status quo* in omaggio al principio di integrale riparazione del danno. La disciplina dell'illecito in tale occasione propinata è una pena a tutti gli effetti,<sup>538</sup> dai connotati pubblicistici,<sup>539</sup> tra l'altro, in considerazione anche del destinatario della somma che è individuabile nello Stato, *rectius* nella Cassa delle Ammende.

---

<sup>538</sup> A tal proposito giova richiamare l'attenzione sulla singolare coniugazione dell'istituto dei *punitive damages* con le discipline penalistiche posta in atto da S. LANDINI, *La condanna a danni punitivi tra penale e civile: la questione rimane attuale* in *Dir. Pen. Proc.*, 2017, II, p. 262 ss.

<sup>539</sup> In senso conforme, *ex multis*, A. SERENI, *op. cit.*, p. 571.

## CONCLUSIONI.

Quanto sinora osservato conduce ad un duplice ordine di valutazioni che riguardano da un lato il concetto di giudizio di responsabilità a cui il nostro ordinamento attualmente accede, in parte diverso da quello asserito nel codice del 1942, dall'altro il tipo di interazione che l'istituto dei danni punitivi è in grado di creare col sistema italiano.

Sotto il primo profilo, l'indagine portata a termine certamente pone in luce un cambio di prospettiva in relazione alla concezione della responsabilità e del conseguente giudizio risarcitorio: l'impostazione monofunzionale, a cui il legislatore protendeva, deve considerarsi ormai anacronistica, non solo alla luce della originale presa di posizione della Corte di Cassazione del luglio 2017, ma molto più in ragione delle molteplici spinte dottrinali che fin dagli anni '60 hanno alimentato il dibattito. L'introduzione, invero, nel codice civile del 1942 del risarcimento del danno non patrimoniale ha rappresentato un modo per colmare una lacuna, vista l'assenza di tale categoria di pregiudizio nel precedente testo del 1865, ma al contempo ha dato la stura ad un fervente dibattito da cui è emerso che la sola *ratio* compensativa si rivelava inadeguata a spiegare le logiche sottese alla responsabilità civile.

Nello stesso senso, vanno rilette le affermazioni di chi ravvedeva nella scelta di accostare alla generica disciplina dell'illecito *ex art. 2043 c.c.* anche forme speciali di responsabilità oggettiva (o presunta) da cui prese le mosse la diafrasi sulla molteplicità dei criteri di imputazione dell'illecito, non più solo mera conseguenza di una condotta colposa, ma reazione da parte dell'ordinamento alla lesione di uno *status quo* a livello patrimoniale, che possa qualificarsi ingiusta.

Inoltre, non va trascurato l'avvento, pochi anni dopo, della Carta Costituzionale che va ad innestarsi su un procedimento di antropologizzazione del diritto, che galvanizza la disciplina dei rimedi sulla preminenza della tutela dell'uomo *tout court* considerato.

Il panorama, a ben vedere, *ab origine* si è presentato complesso eppure la giurisprudenza ha sempre perseverato nell'idea che la sola logica a cui il risarcimento del danno risponde è quella della compensazione e del ristoro economico. Ad oggi una simile affermazione non è più accettabile: non è dato individuare quali le finalità a cui il giudizio di responsabilità è

asservito, ma scontato è che la prospettiva monofunzionale non si presenta più coerente con l'attuale disciplina dell'illecito che, filtrata sulla base dell'elemento di ingiustizia, deve considerarsi atipica e, quindi, in grado di assolvere differenti compiti, non foss'altro per la moltitudine di pregiudizi che al suo interno possono annoverarsi. In tal senso, il proliferare di una serie di categorie settoriali del diritto civile, come quella del consumatore, del produttore *et similia*, ha notevolmente ampliato il campo di applicazione della responsabilità e, conseguentemente, consentito lo sviluppo di nuove forme di pregiudizio e danno, la cui tutela talvolta solo lambisce il concetto di ristoro patrimoniale.

Altro discorso, invece, emerge in relazione alla interazione del concetto di risarcimento ultracompensativo, di cui i *punitive damages* rappresentano un esempio peculiare.

Lungi dal volere giungere a conclusioni affrettate e per certi versi superficiali, giova porre in evidenza che l'indagine svolta e la tecnica di ricerca adottata avevano come intento porre in luce la natura particolarmente atteggiata dell'istituto, frutto di una serie di peculiarità dei sistemi di *common law* ancora pienamente sintetizzate nei giudizi di stampo statunitense, che possono essere considerate ragioni scatenanti della proliferazione di tali tipi di risarcimenti. Giova distinguere tra tali fattori quelli dalla valenza processuale da quelli di natura sostanziale: nella prima categoria, infatti, non possono passare inosservati due presupposti del giudizio di risarcimento statunitense, rappresentati da un lato della presenza della giuria e dall'altro dalla mancanza di un principio della soccombenza.

Sebbene tali elementi possano *prima facie* apparire irrilevanti, giocano un ruolo significativo nell'ambito del procedimento di liquidazione dei risarcimenti ultracompensativi: la giuria, infatti, è un insieme di soggetti privati che vengono chiamati a svolgere una funzione giudicante e che, per tale ragione, non hanno alcun tipo di infarinatura giuridica né alcuna competenza strettamente tecnica. Di origine inglese, tale caratteristica dei giudizi di *common law*, sia civili che penali, *illo tempore* serviva a ribadire come il reo o il responsabile civile venissero giudicati da pari, rimarcando la valenza democratica ed equa del processo innanzi alla Corte. Tale proposito estremamente idealistico però presentava, e tuttora presenta, come contraccollo l'attribuzione a soggetti completamente inconsapevoli del compito di definire

l'*exequatur*, facendo leva solo sul buon senso, facilmente influenzabile quando la parte in giudizio, presunta responsabile, è riconducibile ad una multinazionale.

Alla stregua un significativo impatto sul meccanismo di quantificazione è prodotto dalla assenza del criterio della soccombenza nella suddivisione delle spese di giudizio che, a prescindere dall'esito del processo, ricadono sulle parti in causa in prima persona: in tale prospettiva, dunque, il risarcimento quantificato in misura ben superiore al pregiudizio arrecato ha come fine anche quello di andare a compensare le spese processuali, invero nei Stati Uniti particolarmente alte in ragione delle elevate parcelle legali.

Non solo di natura processuale, però, sono le motivazioni che sono emerse e su cui si basa il meccanismo di quantificazione dei *punitive damages*: a livello sostanziale incidono sull'*exequatur* almeno altri tre fattori come la mancanza di una netta scissione tra diritto civile e diritto penale, scaturita in parte anche dall'assenza di una vera e propria riserva di legge penale in grado di tracciare un confine netto tra i due universi giuridici, orientati a finalità distinte; la natura polifunzionale del giudizio per illecito civile, che condensa al suo interno scopi punitivi, deterrenti, compensativi e preventivi, che pertanto rappresenta uno strumento il cui *focus* non solo è riconducibile al danno arrecato ma anche alla condotta dell'agente; infine, la presenza e l'applicazione costante nell'universo d'oltreoceano di forme di prevenzione speciale nella riallocazione delle risorse, impostazione che deve il suo massimo contributo alle scuole di analisi economica del diritto che si sono sviluppate nel corso della seconda metà del XX sec.

E se la natura mista, a mezza via tra il civile e il penale, dell'illecito aquiliano è concetto non completamente sconosciuto ma ereditato senza dubbio dalla originaria concezione della *Lex Aquilia de damno*, l'elemento certamente originale è rappresentato dagli studi di *Law and Economics*, che hanno comportato un significativo cambio di prospettiva, basata ora sulla considerazione che la validità della norma non è tale in quanto giuridicamente esatta ma in ragione della efficienza che la stessa è in grado di spiegare sul sistema.

La sostituzione del criterio dell'efficienza a quello della correttezza e validità implica un rilevante cambio di rotta: la mistificazione tra economia e diritto diviene così complessa che emerge un'osmotica e vicendevole contaminazione, dando vita ad un contesto giuridico in



cui i meccanismi assicurativi svolgono un ruolo chiave per l'allocazione dei rischi e per la gestione dei danni, sia in un'ottica preventiva che in un'ottica successiva e riparatoria. Il pregiudizio, quindi, che segue una condotta illecita è, bene o male, sempre prevedibile e pertanto compensabile, ciò che invece rimane privo di valutazione *ex ante* è il livello di riprovevolezza e la peculiare condotta posta in essere dal danneggiante, che, pertanto, rappresenta fattore imprescindibile di quantificazione.

Ad arricchire il quadro l'introduzione di una serie di meccanismi di liquidazione che, basati su logiche matematiche ed economiche, modificano il loro baricentro andando oltre il solo pregiudizio subito in senso effettivo e tenendo conto anche degli effetti che il danno spiega sull'economia nel suo complesso.

Affiora con vigore la natura polifunzionale della responsabilità civile nei sistemi di *common law* non trascurabile nella misura in cui incide significativamente nella scelta dei sistemi di individuazione dell'*exequatur*, riconducibili principalmente a tre tipologie: il *multiplier*, il *disgorgement* e la cd. Tasca del danneggiante. Tali tecniche hanno come elemento comune la mancanza di un esclusivo riferimento al pregiudizio causato, ma implicano la confluenza di più fattori, alcuni dei quali desumibili dalla condotta del danneggiante, che sembrano riesumare la valenza parapenale dell'illecito civile di stampo romanistico.

Difficile immaginare un dialogo fluido tra il nostro ordinamento e un istituto tanto particolare, quale quello dei *punitive damages*, sebbene per ben tre volte nell'ultimo decennio la questione relativa alla sedicente incompatibilità giuridica sia stata sottoposta alla Corte di Cassazione, i cui toni, invero conservatori e restii ad un cambio di prospettiva, si sono sempre presentati rigidi e poco flessibili nei confronti di qualunque forma di risarcimento non perimetrata esclusivamente sul *quantum* del pregiudizio.

Quest'ultimo inizialmente individuato nell'esatto valore del danno, con il solo limite del valore venale del bene (teoria reale), poi osservato nella sua più ampia consistenza patrimoniale come il *quantum* differenziale riscontrabile prima e dopo l'illecito (teoria differenziale), e, infine, come sintesi di una serie di indici normativamente previsti (teoria normativa), resta in ogni caso ancorato alla perdita consequenziale all'illecito, ponendo in luce la significativa distinzione tra danno evento e danno conseguenza che ancora oggi

rappresenta il fulcro del fenomeno risarcitorio, a nulla rilevando la condotta piú o meno riprovevole posta in essere.

Nonostante ciò, però, la tendente globalizzazione che rappresenta il *fil rouge* dell'ultimo secolo non poteva dispiegare i suoi effetti anche nel contesto giuridico, imponendo un dialogo forzato tra Corti Superiori che non possono far altro che cercare di gestire complesse interazioni tra istituti improbabilmente vicini, come avvenuto nel caso dei danni punitivi.

Che tali forme di risarcimento poco abbiamo a che vedere con il contesto italiano, e piú latamente di *civil law*, è chiaro a prima vista; che il richiamo al concetto di ordine pubblico effettuato dalla Corte di Cassazione fosse poco pertinente, però, è altrettanto ovvio. Se la clausola di ordine pubblico condensa una serie di valori imprescindibili ed essenziali per delineare un sistema giuridico, non è chiaro come la valenza compensativa del risarcimento possa rientrare in tale concetto, mancando da un lato una normativa costituzionale che ne sancisca l'inviolabilità, in grado di imbrigliare legislatore e giudici, e assistendo dall'altro ad una smania normativa primaria che talvolta strizza l'occhio a danni quantificati con criteri distanti da quelli riconducibili al mero ristoro, come nelle ipotesi di *astreintes* civili e amministrative o nelle fattispecie di lite temeraria, o ancora nelle discipline che disegnano i nuovi contorni della responsabilità medica, e che, a rigor di logica, dovrebbero allora essere viziate da illegittimità costituzionale.

Giova allora porre l'attenzione sul fatto che ciò che si rivela interessante è non tanto effettuare la sterile verifica di compatibilità di un istituto, come quello del danno punitivo, nel sistema dell'illecito italiano attuale, e si è cercato di andare ben oltre, tentando di capire fino a che punto si possa intravedere nella responsabilità civile, anche forzando le maglie del sistema talvolta, un fenomeno che scavalchi la mera compensazione del danno e che si presti idoneo a perseguire finalità ultronee, di deterrenza e talvolta anche sanzione.

Da quanto è emerso, dunque, anche alla luce della presa di posizione della Corte di Cassazione che nel luglio del 2017 ha affermato la non astratta incompatibilità dei *punitive damages* con il sistema italiano, l'interazione tra tali forme di risarcimento ultracompensativo e la responsabilità civile come disciplinata nel codice è complessa e per avvenire necessita di una serie di presupposti: la preventiva previsione legislativa anche nel contesto

statunitense; la non abnormità della liquidazione rispetto alle categorie simili in ambito interno e l'esplicita individuazione dell'*iter* di quantificazione seguito in sede di giudizio. Da quanto *prima facie* emerge tali condizioni rendono certamente l'istituto statunitense trapiantabile teoricamente nel sistema italiano, seppur praticamente ne sanciscono la quasi impossibile applicazione.

È, invero, la natura del danno punitivo che implica la mancanza di correlazione tra pregiudizio arrecato ed *exequatur* risarcitorio, anche se ciò non è frutto dell'arbitrio del giudice come si pensa genericamente, ma dell'applicazione pedissequa di criteri cari alle scuole di analisi economica.

Il paragone talvolta con le pene private e talaltra con le sanzioni civili palesa come l'idea di un risarcimento che si allontani dall'effettivo danno arrecato sia distante dal nostro sistema e allora asserire che il danno punitivo in sé sia riproducibile o delibabile nel nostro ordinamento si rivela certamente un azzardo e rischia di scivolare nella più catastrofica delle aberrazioni giuridiche: del resto che i *punitive damages* così come sono non si prestano ad una trasposizione *tout court* è stato affermato tra le righe anche dai paletti stabiliti nella decisione delle Sezioni Unite.

Non va, inoltre, trascurato che quanto affermato dalla Corte di Cassazione deve ritenersi, sotto differente prospettiva, giusto: i *punitive damages* non sono astrattamente incompatibili con l'ordinamento italiano quantomeno sotto un profilo squisitamente giuridico. Ciò che rende il risarcimento ultracompensativo impossibile da attuare nel sistema di responsabilità civile continentale è la struttura economica, inidonea a reggere multiple liquidazioni del danno in assenza di un tessuto assicurativo stringente e invadente come quello americano.

Ciò lascia trasparire che la vera questione da affrontare non è meramente teorica, ma deve tener conto del profilo socio-politico del sistema di riferimento: negli *States* lo sviluppo di scuole di analisi economica e la adesione a forme di sostegno e riallocazione delle risorse, che restano nella libera disposizione dei privati, consente una differente gestione del rischio, con la conseguente ripartizione dei costi. Nei sistemi di *civil law*, invece, la forma utilizzata resta quella di prevenzione generale che trasla la maggior parte delle spese sullo Stato. Detto ciò appare chiaro che l'operazione di mera traslazione dell'istituto dei *punitive damages*,

sebbene giuridicamente ipotizzabile vista la mancanza di ostacoli normativi o legali, comporterebbe un collasso economico vero e proprio, gravando lo Stato di costi di gestione sproporzionati e imprevedibili.

In altri termini è la tenuta del sistema il piú grande ostacolo attualmente, ed emerge con chiarezza, allora, che la ostilità dimostrata nel corso degli ultimi dieci anni dalla Corte di Cassazione piú che ragioni giuridiche, cela questioni politiche e socioeconomiche.

Piuttosto altro rilievo assume differente osservazione: il fatto che i danni puntivi come fenomeno straniero possano o meno essere importati nel contesto nazionale non deve confondere e distrarre da un'indagine per certi versi piú interessante, quella relativa alla sussistenza di una latente presenza di forme punitive o sanzionatorie di risarcimenti legislativamente previsti dalla normativa nazionale.

Una simile considerazione, infatti, è stata significativa per il presente lavoro che, non volendo limitarsi al solo paragone comparativo, ha cercato di investigare fino a che punto le maglie del sistema possano essere forzate, facendo emergere una serie di indici da cui desumere la natura non meramente compensativa di alcune forme di liquidazione. In tutte le fattispecie in cui il legislatore tipizza forme di ristoro che non sono paramtrate sul solo pregiudizio arrecato, che tengono in considerazione la componente psicologica che ha mosso l'autore dell'illecito, o nelle ipotesi in cui la liquidazione del danno non viene eccezionalmente preceduta dalla necessaria prova e allegazione del danno subíto, il sistema ha creato forme di risarcimento che non possono definirsi squisitamente compensative, perchè presentano un fine ultroneo che può essere declinato in vari modi, punitivo, sanzionatorio o se si vuole anche deterrente.

In conclusione, quanto emerso è una duplice prospettiva che da un lato guarda alla dinamica tra diritto nazionale e diritto straniero, costretti a interagire e che fisiologicamente richiedono dinamiche di assestamento, e dall'altro fotografa un'evoluzione ancóra in corso che protende ad una rilettura del sistema risarcitorio, oggi non piú asservito a logiche solo compensative.

*Annunziata Rapillo*

## **BIBLIOGRAFIA.**

ABRAHAM—JEFFRIES JR., *Punitive damages and the rule of law: the role of defendant's wealth* in *Jour. Leg. Stud.*, 1989, 415 ss.

ADAR Y., *Touring the punitive damages forest: a proposed roadmap* in *O.D.C.C.*, 2013.

AGNINO F., *Problematiche connesse al risarcimento da morte* in *Corr. Giur.*, VIII, 2007, 1091 ss.

ALECCI S., *La plausibile convivenza tra astreintes ed obbligazioni pecuniarie* in *Nuova Proc. Civ.*, VI, 2014 ss.

ALIBRANDI A., *La liquidazione del danno da fatto illecito: aspetti processuali* in *Arch. circolaz.*, 1981, 305 ss.

AL-MURDEN, *“Costo degli incidenti e responsabilità civile” quarant'anni dopo. Attualità e nuove prospettive dell'analisi economico-giuridica di Guido Calabresi* in *Riv. Dir. Civ.*, 2015 ss.

ALPA G., *Il problema della atipicità dell'illecito*, Napoli, 1981.

ALPA G., *L'ingiustizia del danno di cui all'art. 2043 c.c.* in *Nuova giur. civ.*, 1986, II, 43.

ALPA G., *Una raccolta di studi sulla danno alla salute* in *Resp. Civ. Prev.*, 1986, II, 204 ss.

ALPA G., *La responsabilità civile*, Milano, 1999.

ALPA G., *La responsabilità medica* in *Resp. Civ.*, 1999, 315 ss.

ALPA G., *Dibattito a più voci intorno alla colpa medica, con specifico riferimento alla responsabilità del medico psichiatra* in *Contr. Impr.*, III, 2015, 527 ss.

ALPA G. e BESSONE M., *La responsabilità civile*, Milano, 1980.

ALPA G. e BESSONE M., *Atipicità dell'illecito - Parte prima: I profili dottrinali*, Milano, 1981.

ALPA G. e BESSONE M., *I fatti illeciti*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di Diritto Privato*, XIV TOMO, VI Obbligazioni e contratti, Torino, 1982.

AMODIO E., *Processo penale, diritto europeo e common law (dal rito inquisitorio al giusto processo)*, Milano, 2003, 179 ss.

ANNARATONE R., *Il danno emergente* in P. CENDON (cura di), *La prova e il quantum*, Milano, 2014.

- ANTINOZZI M., *La responsabilità* in Dir. e pratica assic., 1984, 3 ss.
- ANTINOZZI M., *Responsabilità medica* in Dir, Prati. Ass., 1988, 171 ss.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto Penale, parte generale*, Milano, 2003
- ARATO M., *Nuove frontiere della responsabilità civile - L'atipicità dell'illecito* in Foro pad., 1981, II, 11 ss.
- ARNONE G. M. D., *La responsabilità medica verso la presunzione del nesso di causa* in Danno Resp., I, 2014, 33 ss.
- ASPRELLA C., *L'art. 96, comma 3, c.p.c. tra danni punitivi e funzione indennitaria* in Corr. Giur., XII, 2016, 1586 ss.
- ASTONE M., *Danni non patrimoniali* in P. SCHLESINGER E F. D. BUSNELLI (diretto da), Commentario al codice civile, Milano, 2012.
- ASTONE F., *Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto privato europeo* in Eur. Dir. Priv., 2014, 28 ss.
- AUSNESS R. C., *Retribution and deterrence: the role of punitive damages in product liability litigation* in Kent. Law. Jour., 1985, 2 ss.
- AZZARRI, *Il sensibile diritto. Valori e interessi nella responsabilità civile* in Resp. Civ. Prev., 2012.
- BADIALI G., *Ordine pubblico e diritto straniero*, Milano, 1963
- BAFFI E., *Responsabilità "aggravata". Un'analisi giuseconomica* in Danno Resp., 2011
- BAFFI E., *La responsabilità del produttore nell'analisi economica del diritto* in Danno Resp., 2013, 96 ss.
- BALENA G., CAPONI R., CHIZZINI A. E MENCHINI S., *La riforma della giustizia civile*, Milano, 2009.
- BALLARINO T., *Diritto internazionale privato*, III Ed., Padova, 1999, 152 ss.
- BANAKAS S., *Il risarcimento del danno alla persona nel diritto inglese oggi* in Danno resp., 1998, IV, 312 ss.
- BANAKAS S., *Trasformazioni della responsabilità extracontrattuale* in Riv. Dir. Civ., 1998, I, 69 ss.
- BARATELLA M. G., *Le pene private*, Milano, 2005.

BARCELLONA M., *La responsabilità extracontrattuale: danno ingiusto e danno non patrimoniale*, Torino, 2011

BARCELLONA M., *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale: dalle dogmatiche alle rationes dei rispettivi* in Riv. Crit. Dir. Priv., 2015, III, 335 ss.

BARRIENTOS ZAMORANO M., *El Resarcimento por dano moral en Espana y Europa*, Salamanca, 2007;

BEHRENS M. A. e SCHWARTZ V. E., *Punitive damages reform- state legislatures can and should meet the challenge issued by the Supreme Court of United States in Haslip* in American Univ. Law Rev., 1993, 1365 ss.

BELLÈ R., *Allegazione e prova del danno non patrimoniale* in E. NAVARRETTA (a cura di), *Il danno non patrimoniale. Princípi regole e tabelle per la liquidazione*, Milano, 2010, 115 ss.

BELLINI F., *Damnum iniuria datum - Lineamenti di un'indagine alle radici del concetto di responsabilità* in Riv. Dir. Pen., 1989, 5 ss.

BENACCHIO G., *Doppia vendita immobiliare: tutela o responsabilit  del secondo acquirente in mala fede?* In Resp. Civ. Prev., 1988, 988 ss

BENATTI F., *Correggere e punire dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, Milano, 2008.

BENATTI F., *La circolazione dei danni punitivi: due modelli a confronto* in Corr. Giur., 2012, II, 263 ss.

BENATTI F., *Inadempimento del contratto e danni punitivi* in Rass. Dir. Civ., 2013.

BENATTI F., *Il danno punitivo tra forma e sostanza* in Resp. Civ. prev., 2014, I, 53 ss.

BENATTI F., *Dall'astreinte ai danni punitivi: un passo ormai obbligato (Nota a Cass. civ., sez. I, ord. 15 aprile 2015, n. 7163, C. M. c. C. G.)*. in Banca, borsa ecc., 2015, II, 679 ss.

BENATTI F., *Danni punitivi e abuso del diritto* in Contr. Impr., 2015, IV-V, 862 ss.

BENATTI F., *Benvenuti danni punitivi.. o forse no!* in Banca Borsa ecc., 2017, 575 ss.

BENINI S., *L'irrisarcibilit  degli interessi legittimi tra giurisdizione e merito* in Danno Resp., 1997, III, 276 ss.

BESSONE M., *Le trasformazioni del sistema della responsabilit  civile e la tutela aquiliana del possesso negli orientamenti della giurisprudenza* in Giur. merito, 1983, 1092 ss.

BESSONE M., *Casi e questioni di diritto privato - vol. IX* in ALPA G., RUFFOLO E. E ZENO ZENCOVICH V. (a cura di), *Atto illecito e responsabilità civile*, VII ed., Giuffrè, Milano, 1994.

BESSONE M., *Illecito e responsabilità civile- vol. X* in COSSU C., FIGONE A., GIACOBBE G., MONATERI P. G. E SCOGNAMIGLIO C. (a cura di), *Trattato di diritto privato*, TOMO I, Giappichelli, Torino, 2005.

BIANCA C. M., *Diritto civile*, TOMO V, Milano, 2009.

BIANCO V. M., *In tema di cd. Danni punitivi nell'ordinamento italiano (commento a Cass., sez. III civ, 19 gennaio 2007, n. 1183)* in Riv. C. Conti, 2009, 5 ss.

BILE F., *Convegno sulla responsabilità per lesione degli interessi legittimi* in Danno Resp., 1999, X, 990 ss.

BIONDI U., *Danno morale: tre diverse componenti per un equo risarcimento del danno alla persona* in Riv. giur. circolaz. e trasp., 1989, 589 ss.

BLANCA CASADO A., *El concepto del dano moral. Estudios doctrinales* in Rev. Der., 2016, 399 ss.

BOBBIT S. E CALABRESI G., *Scelte tragiche*, Milano, 2006

BONA M., *Il nesso di causa nella responsabilità civile del medico e del datore di lavoro a confronto con il decalogo delle Sezioni Unite penali sulla causalità omissiva* in Riv. Dir. Civ., 2003, 361 ss.

BONA M., *Tortius interference with business relationship, rimedio effettivo, "nuova" (ulteriormente affinata) causalità civile e danni punitivi (Nota a Cass. Civ. Sez III, 17 settembre 2013 n. 21255, Soc Fininvest c. Soc Cir compagnie Industriali riun.)* in Corr. Giur., 2014, 505 ss.

BONELLI F., *Il «risarcimento dei danni» nei princípi Unidroit, nella convenzione di Vienna del 1980 e nel diritto italiano* in Dir. comm. internaz., 2012, IV, 795 ss.

BONILINI G., *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983.

BONILINI G., *Pena privata e danno non patrimoniale* in F. D. BUSNELLI E G. SCALFI, (a cura di) *Le pene private*, Milano, 1985.

BONILINI G., *Il danno non patrimoniale nella giurisprudenza della Corte costituzionale* in Resp. Civ. Prev., 1986, II, 577 ss.



BONILINI G., *Danno morale* in Digesto civ., vol. V, Torino, 1989, 83 ss.

BOVE V. E CIRILLO P., *L'esercizio della delega per la riforma della disciplina sanzionatoria: una prima lettura* in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it)

BRAUN D. M., *The risky interplay of tort and criminal law, punitive damages* in Cardozo Public Law, Policy & Ethics Journal, 2013, 449 ss.

BREDA R., *La responsabilità civile dell'esercente la professione sanitaria alla luce della cd. Legge Balduzzi: ipotesi ricostruttive a confronto* in Riv. It. Med. Leg., 2013, 751 ss.

BREDA R., *Responsabilità medica tra regole giurisprudenziali e recenti interventi normativi* in Contr. Impr., 2014, 768 ss.

BREDA R., *La Corte Costituzionale salva l'art.96, comma 3 c.p.c. e ne riconosce la natura di misura essenzialmente sanzionatoria con finalità deflattiva* in Danno Resp., IV, 2017, 409 ss.

BRICOLA F., *La riscoperta delle pene private nell'ottica del penalista* in F. D. BUSNELLI E G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985, 33 ss.

BROCHER, *Theorie du droit international privé* in Rev. Droit Inter. Comp., 1872, 196 ss.

BROGGINI G., *Compatibilità di sentenze statunitensi di condanna al risarcimento di punitive damages con il diritto europeo della responsabilità civile* in Dir. Eur. Priv., 1999, 479 e ss.

BROMAN L. M., *Punitive damages: an appeal for deterrence* in Nebraska Law Rev., 1982, 651 ss.

BUSANI A., *La doppia alienazione immobiliare* in Nuova Giur. Civ. Comm., II, 2002, 73 ss.

BUSNELLI F. D., *Perdita di una chance e risarcimento del danno* in Foro it., 1965, IV, 47 ss.

BUSNELLI F. D., *La parabola della responsabilità civile* in Riv. Crit. Dir. Priv., 1988, 643 ss.

BUSNELLI F. D., *Illecito civile*, in Encicl. Giur. Treccani, Vol. XV, Roma [voce aggiornata], 1991

BUSNELLI F. D., *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi* in Dir. Eur. Priv., 2009, IV, 909 ss.

BUSNELLI F. D., *Atto illecito e contratto illecito: quale connessione?* in Contr. Impr., 2013, III-IV, 875 ss.

- BUSNELLI F. D. e D'ALESSANDRO E., *L'enigmatico ultimo comma dell'art. 96 c.p.c.: responsabilità aggravata o condanna punitiva?* In *Danno Resp.*, 2012, 585 ss.
- BUSNELLI F. D. e D'ALESSANDRO E., *Lite temeraria e criteri di risarcimento del danno* in *Danno Resp.*, VI, 2012, 661 ss.
- BUSNELLI F. D. e PATTI S., *Danno e responsabilità civile*, Torino, 2013.
- BUSNELLI F. D. e SCALFI G., *Le pene private*, Milano, 1985.
- BUSSANI M. E VENCHIARUTTI A., *Variazioni sulla colpa* in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1987, I, 47 ss.
- BUSTO LARGO J. M. E PENA LOPEZ F., *Enriquecimiento Injusto y responsabilidad civil extracontractual* in *Anua. Facul. Dereito*, 1997
- C. COMMANDATORE, *L'art. 114, 4° comma, lett. e), c.p.a.: tra danni punitivi e sanzioni civili indirette* in *Corr. Mer.*, 2013, 895 ss.
- C. COMMANDATORE, *Osservazioni su presupposti e limiti per l'applicazione della penalità di mora prevista dall'art. 114, 4° comma, lett. e) c.p.a.* in *Giur. It.*, 2013, 2381 ss.
- CACCIAVILLANI I., *Una nuova anomala responsabilità processuale aggravata: punitive damages* in *Prev. Forense*, 2016, 90 ss.
- CALABRESI G., *Il costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, Milano, 1975
- CALABRESI G., *La responsabilità civile come diritto della società mista* in *Polit. Dir.*, 1978, VI, 665 ss.
- CALABRESI G., *Diritto Giudiziale e legislazione nella nuova Common Law* in *Jus* 1985, III, 373 ss.
- CALABRESI G., *Il futuro dell'analisi economica del diritto* in *Soci. Dir.* 1990, I-II, 47 e ss.
- CALABRESI G., *Cosa è l'analisi economica del diritto?* In *Riv. Dir. Fin. e Scienze Fin.*, 2007, I, 843 ss.
- CALABRESI G., *The complexity of torts. The case for punitive damages*, in *Liber Amicorum* per Francesco Busnelli, Milano, 2008.
- CALABRESI G., *Il mestiere di giudice*, Bologna, 2014.

- CALABRESI G. E MELAMED, *Propriety rule, liability rules and Inalienability: one view on the Cathedral* in Harvard Law. Rev., 1972, 1089 ss.
- CALAZA LOPEZ S., *Delimitación de la protección civil del derecho al Honor, a la intimidad y a la propia Imagen* in Rev. Der., 2011, 43 ss.
- CAMPEIS A. E DE PAOLI G., *Danni punitivi, ordine pubblico e sentenze straniere delibande a contenuto anfibio* in Nuova Giur. Civ. Comm., I, 2002, 765 ss.
- CANE P., *The anatomy of tort law*, Hart Publishing Oxford, 1997
- CANNATA C. A., *Il terzo capo della lex aquilia* in M. TALAMANCA (diretto da), *Bullettino ist. dir. romano «Vittorio Scialoja»*, 1995-1996, vol. XXXVII-XXXVIII, 111 ss.
- CAPECCHI M., *Il nesso di causalità - Da elemento della fattispecie «fatto illecito» a criterio di limitazione del risarcimento del danno*, II ed., Padova, 2005
- CAPECCHI M., *Note in tema di illecito omissivo (Nota a Cass., sez. III, 31 maggio 2005, n. 11609, Accardo c. Min. salute e T. Roma, 29 agosto 2005, Andreutti c. Min. salute)* in *Danno e resp.*, 2006, 270 ss.
- CAPECCHI M., *Responsabilità civile e interruzione del nesso causale* in *Danno Resp.*, 2006, V, 522 ss.
- CAPUTO M., *Chi muore giace e chi vive (non) si dà pace: la (quasi) irrisarcibilità iure hereditatis del danno tanatologico* in *Danno Resp.*, 2004, XII, 1199 ss.
- CAPUTO M., *La responsabilità penale dell' esercente la professione sanitaria dopo la L. n. 24 del 2017... "quo vadit"? Primi dubbi, prime risposte, secondi dubbi* in *Danno Resp.*, 2017, III, 293 ss.
- CARABETTA S., *Il danno punitivo nella teoria della responsabilità civile*, Messina, 2007
- CARABETTA S., *Il danno punitivo: problemi e prospettive* in P. Stazione e D. Valentino. *IX Incontro Nazionale Coordinamento dei dottorati di ricerca in diritto privato*, Soveria Manelli, 2009.
- CARBONE L. E D'ADAMO M., *Osservatorio delle decisioni del consiglio di Stato* in *Giorn. Dir. Amm.*, 2014, VIII-IX, 858 ss.
- CARBONE V., *Il fatto dannoso nella responsabilità civile*, Napoli, 1969.

CARBONE V., *La responsabilità della Pa tra lesione del diritto soggettivo e interesse legittimo* in Corr. Giur., 1988, II, 128 ss.

CARBONE V., *I De Chirico di De Chirico- il commento* in Corr. Giur., 1989, VIII, 860 ss.

CARBONE V., *La Cassazione riconosce la risarcibilità degli interessi legittimi. Il commento* in *Danno Resp.*, 1999, X, 965 ss.

CARBONE V., *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi* in *Danno Resp.*, 2013, IV, 392 ss.

CARELLA G., *I punitive damages e la riparazione del danno morale in diritto internazionale* in Riv. Dir. Int., 1984, 751 ss.

CARNELUTTI F., *Il danno e il reato*, Padova, 1930.

CARNEVALI U., *Relazione di sintesi tenuta al convegno tenuto sul tema "Il danno alla persona nella giurisprudenza della Corte Costituzionale"* in Resp. Civ. Prev., 1987, I, 26 ss.

CASSANI S., *Azione di reintegrazione e diritto al risarcimento dei danni da lesione del possesso* in *Danno Resp.*, 2015, VII, 701 ss.

CASSESE S., *Verso la piena giurisdizione del giudice amministrativo: il nuovo corso della giustizia amministrativa italiana* in Giorn. Dir. Amm., 1999, XII, 1221 ss.

CASTELLUCCI I., *How Mixed Must a Mixed System Be?* in Elect. Jour. Comp. Law, 2008, 1 ss

CASTORINA A., *L'astreinte nel processo amministrativo fra effettività della tutela e buon andamento dell'amministrazione* in Federalismi.it, XIV, 2015, 1 ss.

CASTRONOVO C., *La responsabilità civile* in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1986, 212 ss.

CASTRONOVO C., *La nuova responsabilità civile. Regola e metafora*, Milano, 1991.

CASTRONOVO C., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997;

CASTRONOVO C., *Profili della responsabilità medica* in Vita Not., 1997, 1222 ss.

CASTRONOVO C., *Da Corte Costituzionale 184/1986 a Corte Costituzionale 372/1994* in Resp. Civ. Prev., 1997, 269 ss.

CASTRONOVO C., *Abuso del diritto come illecito atipico?* In Eur. Dir. Priv., 2006, 1051 ss.

CASTRONOVO C., *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danni c.d. esistenziale* in Eur. Dir. Priv., 2008, 315 ss.

- CASTRONOVO C., *Il danno non patrimoniale nel cuore del diritto civile* in Eur. Dir Priv., 2016, 295 ss.
- CASTRONOVO C., *Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisdizione a proposito di giustizia* in Eur. Dir. Priv., 2017, III, 764 ss.
- CATAUDELLA A., *La tutela civile della vita privata*, Milano, 1972
- CAVANNA A., *Storia del diritto moderno in Europa*, Milano, 1982
- CAVASSA S., *Le sezioni unite confermano la non risarcibilità del danno subito dalla vittima in conseguenza della morte: un ritorno al passato* in [www.DirittoCivileContemporaneo.it](http://www.DirittoCivileContemporaneo.it) (luglio/settembre 2015).
- CEMBRANI F., *Profili critici della nuova legge sulla responsabilità professionale del personale sanitario* in Resp. Med., 2017, 231 ss.
- CENDON P., *Il ruolo del dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Torino, 1976.
- CENDON P., *Non di sola salute vive l'uomo* in Studi in Onore di Pietro Rescigno, V, Milano, 1998, 135 ss.
- CENDON P. (a cura di), *Trattato dei Nuovi Danni*, Padova, 2011
- CENDON P. e ROSSI R., *Il quadro di riferimento* in P. CENDON (a cura di) *Il risarcimento del danno non patrimoniale, Parte Generale*, I, 38 ss.
- CENDON P. E SAPONE N., *Verso una nuova stagione (esistenzialista) del diritto privato* in Nuova Giur. Civ. Comm., 2014, II, 245 ss.,
- CENDON P. E ZIVIZ P., *Il danno esistenziale*, Milano, 2000.
- CENDON P. e ZIVIZ P., *Danno esistenziale* in Enc. Giur. Treccani, X, Roma, 2002.
- CERATO M., *Danno esistenziale e plurioffensività del fatto illecito (Nota a T. Agrigento, 4 giugno 2001, M. F. (parte civile))* in Corriere Giur., 2002, 523 ss.
- CERINI D., *La condanna per lite temeraria può diventare una condanna per punitive damages? Una conferma da tribunale di Milano, sez. V, 26 ottobre 2006* in Dir. Econ. Assic., 2008, 140 ss.
- CESARINI SFORZA W., *Risarcimento e sanzione*, in Scritti in onore di Santi Romano, I, Padova, 1936.

CHAPMAN N. S., *Punishment by the people: rethinking the jury's political role in assessing punitive damages* in *Duke Law Jour.*, 2007, 1133 ss.

CHERNIKOFF, ANDERSON E MAC COUN, *Goal conflict in juror assessment of compensatory and punitive damages* in *Law and Human Behavior*, 1999, 313 ss.

CHIOVENDA F., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Tomo I, Napoli, 1935

CHITI M. P., *Pene private e sanzioni amministrative* in F. D. BUSNELLI E G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985, 81 ss.

CIAN G., *Antigiuridicità e colpevolezza*, Padova, 1966

CILIA F., *Quantifying Damages for Lucrum Cessans in Tort: A Fusion of Sources Creating a Unique Legal Structure for Malta* in *Jour. Civ. Law Stud.*, 2011, IV, 332 ss.;

COASE R., *Il problema del costo sociale*, Bologna, 1960

COASE R., *Il ricatto* in *Cont. Impr.*, 1996, I.

CODERCH P. S., *Punitive damages* in *In Dret*, I, 2000, 13 ss.

COLBY T., *Beyond the multiple punishment problem: punitive damages as punishment for individual private wrong* in *Minnesota Law Rev.*, 2003, 615 ss.

COLBY T., *Clearing the smoke from Philip Morris v. Williams: the past, present and future of punitive damages* in the *Yale law journal*, 2008, 392 ss.

CONSOLO C., *La legge di riforma 18 giugno 2009, n. 69: altri profili significativi a prima lettura* in *Corr. Giur.*, VII, 2009, 877 ss.

CONSOLO C., *Una buona "novella" al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360 bis e 614 bis) va ben al di là della sola dimensione processuale* in *Corr. Giur.*, 2009, VI, 737 ss.

CONSOLO C., *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 *Corr. Giur.*, 2017, VIII-IX, 1042 ss.

COOTER R., MATTEI U., MONATERI P. G., PARDOLESI R. E ULEN T., *Il mercato delle regole*, Bologna, 1999

CORBINO A., *Il danno qualificato e la Lex Aquilia*, II ed., Padova, 2008

CORDERO ÀLVAREZ A. I., *Eficacia de las decisiones judiciales extranjeras y danos punitivos* in Anua. Hisp-Luso- Amer. Der. Inter., 2013, 241 ss.

CORSARI L., *L'imputazione del fatto illecito*, Milano, 1969, 1-119.

CORSARI L., *Responsabilità civile* in Enc. Giur. Treccani, XXVI, Roma, 1999

CORSIG., *Le Sezioni Unite: via libera al riconoscimento di sentenze comminatorie di punitive damages* in Danno Resp., IV, 2017, 429 ss.

CORTESE F., *Sull'obbligo di pagare una somma di denaro ex art. 114, 4° comma, lett. e), c.p.a.: natura giuridica e regime applicativo* in Resp. Civ., 2014, 657 ss.

CORVI A., *Punitive damages* in Contr.Impr., 2014, IV-V, 859 ss.

COSENTINO, *Quando il troppo è troppo: verso un argine costituzionale ai danni punitivi* in Danno Resp., 1997, III, 298 ss.

COSSIGNANI F., *La frazionabilità (in giudizio) del credito: il nuovo intervento delle sezioni unite* in Nuova Giur. Civ. Comm., I, 2008, 458 ss

CRAVETTO C., *Il d. legisl. n. 8 del 15 gennaio 2016 nella sistematica dell'illecito depenalizzato-amministrativo: alcune brevi considerazioni* in Stud. Iur., 2016, VII-VIII 857 ss.

CUMIN G., *Condanna al pagamento di somme di denaro ed astreintes nell'ottemperanza* in Urb. Appalti, 2014, X, 1060 ss.

D'ADDA A., *Le funzioni del risarcimento del danno non patrimoniale* in S. PATTI (diretto da), S. DELLA MONACA (a cura di), *Trattato della Responsabilità civile. Danno non patrimoniale*, Torino, 2010, 115 ss.

D'ADDA A., *Solidarietà e rivalse nella responsabilità sanitaria: una nuova disciplina speciale* in Corr. Giur., 2017, VI, 769 ss.

D'ALESSANDRO E., *Pronunce americane di condanna ai punitive damages e problemi di riconoscimento in Italia* in Riv. Dir. Civ., 2007, I, 383 ss.;

D'ALESSANDRO E., *Riconoscimento di sentenze di condanna a danni punitivi: tanto tuonò che piovve* in Foro It., 2017, IX, 2639 ss.

D'ALESSANDRO F., *La responsabilità penale del sanitario alla luce della riforma "Gelli-Bianco"* in Dir. Pen. Proc., 2017, V, 572 ss.

- DE ÁNGEL YÀGUEZ R., *Los danos punitivos*, Madrid, 2012
- DE CUPIS A., *Dei fatti illeciti*, in Comm. Scialoja Branca, 2043 e 2059, Bologna-Roma, 1958.
- DE CUPIS A., *Il danno*, Milano, 1979
- DE CUPIS A., *In tema di responsabilità civile* in Rass. dir. civ., 1985, 634 ss.
- DE FRANCISCO E., *Il cd. diritto soggettivo all'integrità patrimoniale, tra illecito aquiliano e illecito concorrenziale* in Riv. Dir. Civ., 1988, II, 683 ss.
- DE GIORGI M. V., *Voce Danno, Teoria Generale* in Enc Treccani, X, Milano, 1999
- DE GIORGI M. V., *Danno alla persona* in Enc. Giur. Treccani, X, Roma, 2002
- DE GIORGI M.V., *Danno, teoria generale* in Enc. Giur. Treccani, X, Roma, 2002
- DE GIORGI M.V., *Risarcimento del danno da uccisione* in Enc. Giur. Treccani, XXVI, Roma, 2002
- DE LUCA, *Luci e ombre sul possibile recepimento dei danni punitivi nell'ordinamento giuridico italiano* in Rass. Dir. Civ., 2014, 518 ss.
- DE MATTEIS R., *La responsabilità medica - Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995
- DE MATTEIS R., *La responsabilità medica tra prospettive comunitarie e nuove tendenze giurisprudenziali* in Contr. Impr., 1995, 48 ss
- DE MATTEIS R., *La responsabilità professionale del medico - L'art. 3 d.l. n. 158/2012 tra passato e futuro della responsabilità medica* in Contr. Impr., 2014, 123 ss.
- DE NOVA G., *Le nuove frontiere del risarcimento del danno: i punitive damages* in Jus Civile, V, 2017, 388 ss.
- DE PAULI A., *L'irriconecibilità in Italia per contrasto con l'ordine pubblico di sentenze statunitensi di condanna al pagamento dei danni punitivi* in Resp. Civ. Prev., 2007, X, 2100B ss.
- DE RENTIIS L., *La verifica del nesso eziologico nell'illecito aquiliano (Nota a Cass., sez. II, 12 ottobre 2001, n. 12431, Soc. Gadolla c. Cond. via Cantore 50, Genova)* in Giur. it., 2002, 1145 ss.



- DE ROBERTIS F. M., *Damnum iniuria datum - vol. II: La responsabilità extra-contrattuale nel diritto romano; con particolare riguardo alla lex Aquilia de damno*, Bari, 2002
- DE STEFANO F., *L'esecuzione indiretta: la coercitoria, via italiana alle "astreintes"* in *Corr. Mer.*, 2009, XII, 1181 ss.
- DEL MEDICO G., *Il danno alla salute: forse non è una predica inutile* in *Resp. Civ. Prev.*, 1981, II, 428 ss.
- DHIMGJINI, *Quale sorte per i punitive damages in Italia: tra impossibilità e/o realtà (Nota a Cass. Civ. Sez. I, 8 febbraio 2012 n.1781, Soc. Ruffinatti c. Oyola- Rosaldo)* in *Ricerche Giur.*, 2012, 53 ss.
- DI BONA L., *Funzioni e modelli giurisprudenziali del danno non patrimoniale* in *Danno Resp.*, 2004, 585 ss.
- DI CIOMMO F., *Fatto illecito e P.A. (Di confini instabili, privilegi declinati e ricerca di nuovi equilibri)* in *Danno e Resp.*, 1998, VIII- IX, 766 ss.
- DI MAJO A., *Ingiustizia del danno e diritti non nominati* in *Giust. Civ.*, 1982, II, 1745 ss.
- DI MAJO A., *Il problema del danno al patrimonio* in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1984, II, 296 ss
- DI MAJO A., *Nuove frontiere del danno risarcibile* in *Quaderni giustizia*, 1985, 7 ss.
- DI MAJO A., *Responsabilità contrattuale* in *Digesto disc. Priv. sez civile XVII*, Torino, 1998.
- DI MAJO A., *Tutela risarcitoria: alla ricerca di una tipologia* in *Riv. Dir. Civ.*, I, 2005, 253 ss.
- DI MAJO A., *Fatto illecito e danno risarcibile nella prospettiva del diritto europeo* in *Eur. Dir. Priv.*, 2006, 19 ss.
- DI MAJO A., *Vita nuova per il danno da lite temeraria (in attesa che l'ennesima riforma rimescoli le carte)* in *Giur. Mer.*, 2007, 1590 ss.
- DI MAJO A., *Profili della responsabilità civile*, Torino, 2010, 49 ss.
- DI MAJO A., *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva* in *Giur. It.*, 2017, 1787 ss.
- DI MARTINO G., *Interessi moratori e punitivi tra risarcimento e sanzione*, Napoli, 2010.
- DI MARZIO M., *Boom di cause: l'antidoto lite temeraria* in *Dir. Giust.*, 2006, 27 ss.;
- DI RUOCCO M., *In tema di tutela aquiliana del diritto di credito* in *Corr. Giur.*, 1989, I, 43 ss.

DIMASI L., *Responsabilità medica e ruolo delle linee guida dopo la riforma Balduzzi: uno sguardo critico* in San. Pubbl. Priv., 2014, III, 5 ss.

DINI C., *Tutela risarcitoria della posizione genitoriale e danno endofamiliare* in Resp. Civ. Prev., 2012, IV, 1329 ss.

DODGET, *The case of punitive damages in contracts* in Duke Law Rev., 1999.

DOMENICI R. E GUIDI B., *Linee guida e colpa medica: spunti di riflessione* in Danno Resp., 2014, 353 ss.

DONLAN S. P., ANDÒ B. and ZAMMIT D. E., *"A happy union'?: Malta's legal hybridity"* in Tulane European and Civil Law Forum, 2012, 165 ss.

EISENBERG T., LA FOUNTAIN L., OSTROM E ROTTMAN, *Jury, judges and punitive damages. An empirical study* in Cornell law review, 2002, 743 ss.

EISENBERG T., HANNAFORD P. L. E HEISE M., *Juries, judges and punitive damages: empirical analyses using the civil justice survey of State Courts 1992, 1996, and 2001 Data* in Cornell law journal, 2006, 263 ss.

EISENBERG T., HEISE E WELLS, *Variability in punitive damages: empirically assessing Exxon Shipping Co. v. Baker* in Cornell law Faculty Publication, 2010, III, 6 ss.

ELIOT E. C., *Exemplary damages* in American Law Reg., 1881, 570 ss

FACCIOLI M., *Doppia alienazione immobiliare, prioritaria trascrizione del primo acquisto e mezzi di tutela del secondo acquirente soccombente* in Resp. Civ., 2011, 527 ss.

FACCIOLI M., *La quantificazione del risarcimento del danno derivante da responsabilità medica dopo l'avvento della Legge Balduzzi* in Nuova Giur. Civ. Comm., II, 2014, 97 ss.

FACCIOLI M., *La nuova disciplina della responsabilità sanitaria di cui alla legge n. 24 del 2017 (c.d. "Legge Gelli-Bianco"): profili civilistici (Prima parte)* in Stud. Iur., 2017, VI, 659 ss.

FACCIOLI M., *La nuova disciplina della responsabilità sanitaria di cui alla legge n. 24 del 2017 (c.d. "Legge Gelli-Bianco"): profili civilistici (Seconda parte)* in Stud. Iur., 2017, VII-VIII, 781 ss.

FALZEA A., *Efficacia giuridica*, in Enc. Diritto XIV, Milano, 1965.

FALZEA A., *Fatto giuridico*, in Enc. Diritto XIV, Milano, 1967, 941 ss.

FALZEA A., *Risarcimento del danno civile nascente da reato- Dir. Penale* in Enc. Giur. Treccani, XXVI, Roma, 2002.

FARNSWORTH, *Introduzione al sistema degli Stati Uniti d'America*, 1979, Milano.

FAVA P., *Punitive damages e ordine pubblico: la cassazione blocca lo sbarco (Nota a Cass., sez. III, 19 gennaio 2007, n. 1183, Parrott c. Soc. Fimez)* in Corr. Giur., 2007, IV, 497 ss.

FAVA P., *Risarcimento dei danni punitivi* in Corriere giuridico, 2007, IV, 497 ss.

FAVA P., *Le obbligazioni: diritto sostanziale e processuale*, Milano, 2008

FAVA P., *Funzione sanzionatoria dell'illecito civile? Una decisione costituzionalmente orientata sul principio compensativo conferma il contrasto tra danni punitivi e ordine pubblico* in Corr. Giur., 2009, IV, 525 ss.

FAVA P., *La responsabilità civile*, Milano, 2009.

FELDTHUSEN B., *Punitive damages in Canada: can the coffee be too hot* in Loy. L. A. J. & Int. Comp. Law Rev., 1995, 793 ss.

FERRANTE E., *La tutela risarcitoria contro la doppia alienazione immobiliare* in Contr. Impr., 1999, 1115 ss.

FERRARA L., *L'esecuzione processuale indiretta*, Napoli, 1915, 150 ss.

FERRARI F., *Atipicità dell'illecito civile*, Milano, 1992.

FERRARI F., *Processo amministrativo: la penalità di mora; l'ottemperanza al decreto decisorio del ricorso straordinario al Capo dello Stato* in Giorn. Dir. Amm., 2014, V, 514 ss.

FERRARI G. E TARANTINO L., *Osservatorio amministrativo* in Urb. Appalti, 2014, VIII-IX, 981 ss.

FERRI G. B., *Oggetto del diritto della personalità e danno non patrimoniale* in Riv. Dir. Comm., 1984, I, 150 ss.

FERRI G. B., *Il risarcimento del danno biologico nel sistema della responsabilità civile* in Giur. Cost., 1987, II, 1716 ss.

FIANDACA G. E MUSCO E., *Diritto penale parte generale*, Torino, 2012.

FINESCHI V., *La responsabilità medica in ambito civile (atti del convegno, Siena 22-24 settembre 1988)*, Milano, 1989

FINESCHI V., *Res ipsa loquitur: un principio in divenire nella definizione della responsabilità medica* in Riv. It. Med. Leg., 1989, 419 ss.

FINOCCHIARO G., *La funzione punitiva del danno esistenziale da lite temeraria* in Dir. Proc. Civ., 2006, XI, 2125 ss.

FLEMING J. R., *A Tribute to the Imaginative Creativity of Roger Traynor* in Hofstra Law Review, 1974, II, 445 ss.

FLEMING J. R., *The law of torts*, Lawbook Co, Australia, 1987

FLICK G. M., SANTOSUOSSO A., MUCCIARELLI F., RESCIGNO P., D'IMPORZANO M., BONA M., IANNACCONI A. E DI GIOVINE O., *La responsabilità medica*, Milano, 2013,

FOFFA R., *Danno biologico terminale: istruzioni per l'uso* in Danno Resp., 2004, XII, 1218 ss.

FORCHIELLI P., *Responsabilità civile*, Padova, 1983

FORCHIELLI P., *Danno morale e danno biologico* in Riv. Dir. Civ., 1990, II, 17 ss.

FORTI G., *Il "quadro in movimento" della colpa penale del medico, tra riforme auspicate e riforme attuate* in Dir. Pen, Proc., VI, 2015, 738 ss.

FRANSWORTH E. A., *Introduzione al sistema giuridico degli Stati Uniti d'America*, Milano, 1979.

FRANZONI L.A., *Introduzione all'analisi economica del diritto*, Bologna, 2003.

FRANZONI M., *La tutela aquiliana del contratto nella casistica giurisprudenziale* in Rass. Dir. Civ., 1989, I, 20 ss.

FRANZONI M., *La liquidazione del danno alla persona*, Padova, 1990

FRANZONI M., *Danno Morale* in Contr. Impr., 1990, 307 ss.

FRANZONI M., *I fatti illeciti*, nel Comm. Scialoja-Branca, a cura di Francesco Galgano, Bologna-Roma, 1993, *sub art.* 2057, 910 ss. e *sub art.* 2059, 1155 ss.

FRANZONI M., *La lesione dell'interesse legittimo è dunque risarcibile* in Contr. Impr., 1999, 1025 ss.

FRANZONI M., *Il nuovo corso del danno non patrimoniale* in Contr. Impr., 2003, 2010 ss.

FRANZONI M., *L'illecito*, II ed., Giuffrè, Milano, 2010.

FRANZONI M., *Danno tanatologico, meglio di no!* in Danno Resp., 2015, X, 899 ss.

FRANZONI M., *La lite temeraria e il danno punitivo* in Resp. Civ. Prev., 2015, 1063 ss.

FRANZONI M., *Soft law e colpa medica- colpa e linee guida* in Resp. Civ., 2016, 801 ss.

FRANZONI M., *La nuova responsabilità in ambito sanitario* in Resp. Med., 2017, 5 ss.

FRIEDMAN D. D., *L'ordine del diritto. Perché l'analisi economica può servire al diritto*, Bologna, 2000

FRUS G., *La coercibilità indiretta della misura cautelare ed i rimedi a disposizione di chi la subisce* in Giur. It., 2015, X, 2383 ss.

FUCCI A., *Il danno ingiusto alla luce della sentenza n. 500/1999 della Cassazione* in Resp. Civ., 2005, 514 ss.

G. SPOTO, *I punitive damages al vaglio della giurisprudenza italiana* in Nuova Giur. Civ. Comm. 2007, IX, 609 ss.

GAGLIARDI M., *Uno spiraglio per i danni punitivi: ammissibile una sfumatura sanzionatoria nel sistema di responsabilità civile* in Nuova Giur. Civ. Comm., 2016, X, 1285 ss.

GALASSO A., *Il danno tanatologico* in Nuova Giur. Civ. Comm., 2014, II, 245 ss.

GALGANO F., *Il problema della responsabilità civile (Recensione a Rodotà)* in Riv. Dir. Civ. 1965, II, 535 ss.

GALGANO F., *Le mobili frontiere del danno ingiusto* in Contr. e impr., 1985, 1.

GALGANO F., *La commedia della responsabilità civile* in Riv. Crit. Dir. Priv., 1987, 191 ss.

GALGANO F., *Regolamenti contrattuali e pene private* in Contr. Impr., 2001, 509 ss.

GALGANO F., *Le antiche e le nuove frontiere del danno risarcibile* in Contr. Impr., 2008, 104 ss.

GALGANO F., *Trattato di diritto civile*, Padova, 2009.

GALLO P., *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996

GAMBINO A. M., *Il danno non patrimoniale da lesione del diritto di autore* in S. PATTI (diretto da), S. DELLA MONACA (a cura di), *Trattato della Responsabilità civile. Danno non patrimoniale*, Torino, 2010, 513 ss.

GAMBIOLI I., *Le misure di coercizione indiretta ex art. 614 bis c.p.c.* in Giur. It., 2016, V, 1283 ss.

GARGANI A., *La depenalizzazione bipolare: la trasformazione di reati in illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie amministrative e civili* in Dir. Proc. Pen., 2016, V, 571 ss.

GASTALDO V., *Le differenze tra penalità in mora e risarcimento del danno nel giudizio di ottemperanza* in Giorn. Dir. Amm., 2016, I, 87 ss.

GENOVESE F. A. E RISOLO C. I., *La riforma del processo civile*, Milano, 2010

GENTILE G., *Voce Danno alla persona* in Enc. Diritto, Milano, 1962, XI, 670 ss.

GENTILI A., *Senso e consenso*, Torino, 2015

GERBI M., *Lite temeraria: dalle nozioni di comune esperienza alla liquidazione equitativa del danno* in Nuova Giur. Civ. Comm., 2012, I, 326 ss.

GERI V., *Il rapporto di causalità in diritto civile* in Resp. Civ. Prev., 1983, 338 ss.

GHIARDI J. D., *Punitive damages awards: an expanded judicial role* in Marquette Law Rev., 1988, 33 ss.

GIAMMARINARO C., *Sanzioni amministrative e cura dell'interesse pubblico nel settore vallutario: spunti ricostruttivi* in Eur Dir Priv., 2016, 109 ss.

GIANNINI G., *Il danno alla persona come danno biologico*, Milano, 1986

GIANNINI G., *Onere della prova e responsabilità professionale medica* in Resp. Civ., 1992, 177 ss.

GIANNINI G., *Lesioni mortali, danno biologico e danno psichico - Il commento* in Corr. Giur., 1994, I, 115 ss.

GIANNINI G., *È risarcibile iure proprio il danno biologico a causa di morte? Il commento* in Corr. Giur., 1994, XII, 1455 ss.

GIANNINI G. E POGLIANI M., *Le responsabilità da illecito civile - Assicuratore, magistrato, produttore, professionista*, Milano, 1996

GIANNINI G. E POGLIANI M., *Il danno da illecito civile*, Milano, 1997

GIARDINA F., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: una distinzione attuale?* In Riv. Crit. Dir. Priv., 1987, I, 79 ss.

GIORDANO F., *La colpa nell'illecito extracontrattuale tra vecchi e nuovi orientamenti di dottrina e giurisprudenza* in Giust. civ., 1997, II, 169 ss.

- GIUGLIANO V., *Compatibilità delle astreintes con l'ordine pubblico italiano* in Riv. Dir. Proc., I, 2016, 243 ss.
- GIUSTI A., *Due sentenze della Corte di Cassazione sul danno alla salute* in Resp. Civ. Prev., 1985, II, 218 ss.
- GONZALEZ HERNANDEZ R., *Responsabilidad extracontractual y contractual: barrera entre ambas* in Ann. Jur. Econ. Eскур., 2013, 203 ss.
- GORGONI M., *La responsabilità in ambito sanitario tra passato e futuro* in Resp. Med., 2017, 17 ss.
- GOTANDA J. Y., *Punitive damages: a comparative analysis* in Columbia J. Trans. Law, 2003, 1 ss.
- GRANELLI, *In tema di danni punitivi* in Resp. Civ., 2014, 1740 ss.
- GRAPPIOLO R., *Criteri di quantificazione del danno morale* in Nuova Giur. Civ. Comm., 1989, II, 224 ss.
- GRASSO B., *Il problema della valutazione del danno non patrimoniale* in Rass. Dir. Civ., 1982, I, 39 ss.
- GRAZZINI B., *Responsabilità dell' esercente le professioni sanitarie e rischio clinico nel c.d. «Decreto Balduzzi»* in Corr. Giur., 2013, X, 1235 ss.
- GRECO F., *Brevi note sull'illecito permanente* in Rass. dir. civ., 1993, 305 ss.
- GRECO G., *Illecito permanente e decorrenza della prescrizione (Nota a Cass., sez. III, 13 marzo 2007, n. 5831, Simula c. Com. Ittiri)* in Resp. civ., 2007, 1873 ss.
- GREEN E., *On juries and damages awards: the process of decisionmaking* in Law and Contem. Probl., 1989, 228 ss.
- GREENLEAF, *A Treatise on the law of evidence, vol. II*, Little, Brown & Co. Boston, 9 Ed., 1863
- GRONDONA M., *Danno morale da diffamazione a mezzo stampa e ambito di rilevanza dei danni punitivi* in Resp. Civ., 2010, XII, 836 ss.
- GRONDONA M., *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale*, Napoli, 2017
- GUARNIERI A., *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti nel diritto civile*, Padova, 1974

GUCCIONE G., *L'astreinte amministrativa - Problematiche applicative dell'art. 114, 4° comma, lett. e), c.p.a. e prime applicazioni giurisprudenziali* in *Rass. Avv. Stato*, 2012, IV, 328 ss

GUERINONI E., «*Contatto sociale*» e nesso causale nella responsabilità del medico dipendente in *I Contr.*, 2003, I, 23 ss.

GUERINONI E., *Incostituzionalità dell'art. 3 legge Balduzzi?..alla prossima* in *Corr. Giur.*, 2014, X, 1189 ss.

GUERRERI D., *La responsabilità*, Milano, 1981

HAZAN M., *Alla vigilia di un cambiamento profondo: la riforma della responsabilità medica e della sua assicurazione (ddl Gelli)* in *Danno Resp.*, 2017, I, 75 ss.

HERSCH J. E VISCUSI W. K., *Punitive damages: how judges and jury perform* in *Jour. Leg. Stud.*, 2004, 5 ss.

IADECOLA G., *Brevi note in tema di colpa medica dopo la c.d. legge Balduzzi* in *Riv. It. Med. Leg.*, 2013, 549

INFRASCA A. S., *Il risarcimento dei cd. Danni punitivi* in *Toga picena*, 2008, 58 ss.

ISOLABELLA L. E QUATRARO A., *Ruolo ed importanza delle linee guida nella parametrizzazione della colpa medica - L'esegesi delle disposizioni di cui all'art. 3 l. Balduzzi anche alla luce della più recente sentenza della corte di cassazione n. 16237/2013* in *Med. Dir.*, 2013, II, 48 ss.

IULIANI A., *La fisionomia del danno e l'ampiezza del risarcimento nella due specie di responsabilità* in *Eur. Dir. Priv.*, 2016, I, 137 ss.

KIRCHER J. J., *The four faces of tort law: liability for emotional harm* in *Marquette law review*, 2007, 789 ss.

KLAR L. N., *Punitive Damages in Canada: Smith v. MegaFood* in *Loy. L. A.'l & Int. Comp. Law Rev.*, 1995, 813 ss.

KLAR L. N., *The Impact of U.S. Tort Law in Canada* in *Pepperdine Law Rev.*, 2011, 373 ss.

KOCH, BUSNELLI F. D. E KOZIOL H., *Unification of tort law*, Milano, 1998.

KOZIOL H. E WILCOX V., *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Prospective*, New York, 2009, 140 ss.



KULL A., *Restitution outlaw's* in Chicago-Kent. Law Rev., 2003, 17 ss.

LA TORRE M., *Un punto fermo sul problema dei danni punitivi* in Danno Resp., 2017, IV, 421 ss.

LAGOSTENA BASSI T. E RUBINI, *La liquidazione del danno*, TOMO I-III, Milano, 1974/79.

LANDINI S., *La condanna a danni punitivi tra penale e civile: la questione rimane attuale* in Dir. Pen. Proc., II, 2017, 262 ss.

LANDSMAN S., *The civil jury in America* in Law and cont. Problems, 1999, 288 ss.

LEVENTHAL J. M. E DICKERSON T. A., *Punitive damages: public wrong or egregious consuct? A survey in New York Law* in Albany Law Rev., 2012, 961 ss.

LEVI G., *Responsabilità civile e responsabilità oggettiva*, Milano, 1986.

LIBERTINI M., *Le nuove frontiere del danno risarcibile* in Contratto e impr., 1987, 85.

LIPARI N., *Danno tanatologico e categorie giuridiche* in Riv. Crit. Dir. Priv., 2012, II, 525 ss.

LOMBARDI G., *Il risarcimento del danno e il criterio punitivo*, Napoli, 1903

LONARDO L., *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Napoli, 1993

LOPEZ DE GONZALO M., *La Corte di Cassazione cambia orientamento sui punitive damages* in Dir. Comm. Intern., 2017, III, 714 ss.

LOTTI P., *L'ordine pubblico internazionale. La globalizzazione del diritto privato ed i limiti di operatività degli istituti giuridici di origine estera nell'ordinamento italiano*, Milano, 2005

LOTTIERI, *Ronald Coase e l'analisi economica del diritto. Osservazioni critiche* in L'ircocervo (Rivista elettronica italiana di metodologia giuridica, teoria generale e del diritto e dottrina dello stato), 2010, 2 ss.

MAGGIOLO M., *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano, 2003

MAJELLO U., *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale* in Rass. Dir. Civ., 1988, 109 ss.

MALOMO A., *Responsabilità civile e funzione punitiva*, Napoli, 2017

MANCINI A., *I danni da uccisione* in P. CENDON E A. BALDASSARRI(a cura di), *Il danno alla persona*, Torino, 2006.

MANDRIOLI A., *Spunti critici per un'interpretazione restrittiva del danno risarcibile* in Resp. Civ. Prev., 2016, II, 652 B ss.

MANDRIOLI C. E CARATTA A., *Come cambia il processo civile*, Torino, 2009

MANN K., *Punitive civil sanctions: the middleground between the criminal and civil law* in the Yale Law Journal, 1992, 1861 ss.

MANTOVANI F., *Diritto Penale*, Padova, 2015

MARAZIA L., *Astreintes ed altre misure coercitive per l'effettività della tutela civile di condanna* in Riv. Esec. Forz., 2004, 333 ss.

MARICONDA V., *Art. 1227, secondo comma, c.c. e rapporto di causalità - Il commento* in Corr. Giur., 1990, VII, 717 ss.

MARIOTTI P., LOSCO G. M. E CAMINITI R., *Il danno tanatologico e gli altri danni da morte*, Rimini, 2016

MARKEL D., *How should punitive damages work?* in Univ. Pennsylvania Law Rev., 2009.

MARTINI R., *L'avvento delle sanzioni pecuniarie civili. Il diritto penale tra evoluzione e mutazione* in [www.la legislazione penale.eu](http://www.la legislazione penale.eu), 2016, 1 ss.

MASSARI I., *Spunti problematici sull'overlapping tra tort e contract nell'esperienza inglese* in Riv. Dir. Civ., 1999, I, 513 ss.

MASTORILLI A. C., *Irrisarcibilità dell'interesse legittimo violato dalla PA* in Danno Resp., 1997, I, 70 ss.

MASTROPAOLO F., *Voce Danno III), Risarcimento del danno* in Enc. Treccani, X, 1988

MATTEI U., *Common law. il diritto anglo-americano*, Torino, 1992

MATTEI U., *Il modello di common law*, Torino, 2004

MATTINA L., *"Legge Balduzzi": diventa extracontrattuale la responsabilità del medico?* in Danno Resp., I, 2015, 47 ss.

MAZZAMUTO S., *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978

MAZZAMUTO S., *L'astreinte all'italiana si rinnova: la riforma della comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c.* in Eur. Dir. Priv., 2016, 11 ss.

MAZZOCCA A. E MONTIERI M. L., *La responsabilità civile, con particolare riferimento alla circolazione stradale*, Milano, 1981

- MAZZOLA M. A., *Responsabilità Processuale*, Torino, 2013
- MC CLELLAN C., *Exemplary damages in Indiana* in *Indiana L. J.*, 1935, II, 276 ss.
- MENDOLA, *Astreinte e danni punitivi* in *Giur. it.*, 2016, II, 566 ss.
- MERRYMAN J. H., *La tradizione di civil law nell'analisi di un giurista di common law* in M. CAPPELLETTI (a cura di), *Studi di diritto comparato*, Milano, 1973
- MIAO JANG J., *Whimsical punishment: \$ e vice of federal intervention, costituzionalizatio, and substantive due process in punitive damages law* in *California Law Review*, 2006, 793 ss.
- MICALLEFE GRIMAUD C., *Article 1045 of the Maltese Civil Code: Is Compensation for Moral Damage Compatible Therewith* in *Jour. Civ. Law Stud.*, 2011, 481 ss.
- MICCOLI A. M., *Atipicità dell'illecito e principio probabilistico* in *Vita not.*, 2006, 536 ss.
- MIOTTO, *La funzione del risarcimento dei danni non patrimoniali nel sistema della responsabilità civile* in *Resp. Civ. Prev.*, 2008, I, 188 ss.
- MIRRIONE M., *Il danno da perdita parentale: legittimazione iure proprio e criteri liquidativi* in *Resp. Civ. Prev.*, 2013, III, 881 ss.
- MOGIN P., *Why judges, not juries, Should set punitive damages* in *Univ. Chicago Law Rev.*, 1998, 179 ss.
- MONATERI P. G., *La fattispecie di responsabilità extracontrattuale* in *Riv. dir. civ.*, 1983, II, 193 ss.
- MONATERI P. G., *Fattispecie di responsabilità extracontrattuale* in *Riv. dir. civ.*, 1986, II, 345 ss.
- MONATERI P. G., *La responsabilità civile* in R. SACCO (diretto da) *Trattato di diritto civile*, Torino, 1998.
- MONATERI P. G., *Alle soglie di una nuova categoria risarcitoria: il danno esistenziale* in *Danno Resp.*, 1999, 5 ss.
- MONATERI P. G., *Il Tort da illegittimo esercizio della funzione pubblica*, *Corr. Giur.*, 1999, 978 ss.
- MONATERI P. G., *Illecito e responsabilità civile, vol. X, tomo II*, Torino, 2002
- MONATERI P. G., *Colpa dolo e danno ingiusto* in *Danno Resp.*, 2006, XII, 1191 ss.

MONATERI P. G., *La Cassazione e i danni da fumo: evitare un ennesimo isolamento italiano* in *Danno Resp.*, 2011, I, 57 ss.

MONATERI P. G., *Danno e risarcimento*, Torino, 2013

MONATERI P. G., *La delibabilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi finalmente al vaglio delle Sezioni Unite* in *Danno Resp.*, 2016, VIII-IX, 827 ss.

MONATERI P. G., *I danni punitivi al vaglio delle sezioni unite* in *Foro It.*, 2017, VI, 2648 ss.

MONATERI P. G., *Le Sezioni Unite e le funzioni della responsabilità civile* in *Danno Resp.*, 2017, IV, 437 ss.

MONATERI P. G. e SOMMA A., *Il modello di civil law*, Torino, 2009

MONATERI P. G., GIANTI, SIQUILINI CINELLI, *Danno e risarcimento*, Torino, 2013

MONATERI P. G., CALCAGNO E ARNONE, *Il dolo, la colpa e i risarcimenti aggravati dalla condotta*, Torino, 2014

MONDINI A., *Astreintes, ordine pubblico interno e danno punitivo (Nota a Cass. Civ. Sez I, 15 aprile 2015 n. 7613, Castellucci c. Castellucci)* in *Foro It.*, 2015, I, 3966 ss.

MONTANARI M., *Astreinte in sede cautelare ed azione di manutenzione del contratto* in *Giur. It.*, 2017, IV, 839 ss.

MONTESANO L., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Vol, XVI in F. VASSALLI (a cura di) *Trattato di Diritto Civile*, Torino, 1988

MORANO CINQUE E., *Lite temeraria: la condanna ex art. 96, 3° comma, c.p.c., tra funzione punitiva e funzione risarcitoria* in *Resp. Civ.*, 2010, 1837 ss.

MORELLI G., *Elementi di diritto internazionale privato italiano*, X Ed., Napoli, 1971

MORELLI M.R., *Materiali per una riflessione sulla applicazione diretta delle norme costituzionali da parte dei giudici* in *Giust. Civ.*, 1999, I, 3 ss.

MORELLI S., *L'applicazione diretta della costituzione nei rapporti interindividuali* in *Giust. Civ.*, 1996, XII, 537 ss.

MORGAN F. W. E BOEDECKER K. A., *Punitive damages after BMW v. Gore (1996)* in *Jour. Public Pol. Mark.*, 1997, XVI, 163 ss.

MOSCATI E., *Pena privata e autonomia privata* in *Riv. Dir. Civ.*, 1985, I, 511 ss.

MUCCIOLI N., *Doppia alienazione immobiliare e tutela del primo acquirente* in Riv. Dir. Comm., 1994, I, 681 ss.

MULHERON R., *The availability of exemplary damages in negligence* in Mac. Law Rev., 2000, 72 ss.

MUSU I., *Analisi economica della responsabilità civile e valore del danno da morte* in Foro It., 2015, 3513 ss.

NAPOLI G. E., *Il nesso causale - Come elemento costitutivo del fatto illecito*, Napoli, 2012

NASO M., *La responsabilità del medico e i danni risarcibili*, Padova, 2012

NATUCCI A., *Numerus clausus e analisi economica del diritto* in Nuova Giur. Civ. Comm., 2011, 319 ss.

NAVARRETTA E., *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali* in Resp. Civ. Prev., 2009, I, 63 ss.

NAVARRETTA E., *Il danno non patrimoniale e la responsabilità extracontrattuale* in E. NAVARRETTA (a cura di), *Il danno non patrimoniale. Principi regole e tabelle per la liquidazione*, Milano, 2010, 17 ss.

NERVI A., *Danni punitivi e controllo sulla circolazione della ricchezza* in Resp. Civ. Prev., 2016, I, 323B ss.

NIVARRA L., RICCIUTO V. E SCOGNAMIGLIO C., *Il fatto illecito, in Diritto privato, capitolo VIII*, Torino, 2015

NOTARPASQUALE R., *Esecuzione processuale indiretta* in Nuova Giur. Civ. Comm., I, 2011, 876 ss.

NOTE, *Exemplary damages in the law of torts* in Harvard Law Rev., 1957, 517 ss.

OLIARI S., *I danni punitivi bussano alla porta: la Cassazione non apre* in Nuova Giur. Civ. Comm, I, 2007, 981 ss.

ÖRÜCÜ E., *What is a Mixed Legal System: Exclusion or Expansion?* In Elect. Jour. Comp. Law, 2008, 34 ss.

OWEN D. J., *Punitive damages in product liability litigation* in Michigan Law Rev., 1976, VI, 1329 ss.

OWEN D. J., *The moral foundation of punitive damages* in *Alabama law review*, 1989, 705 ss.

OWEN M., *A punitive damages overview: function, problems and reform* in *Villanova Law Rev.* 1994, 363 ss.

PACCES, *Fondamenti economici della responsabilità (parte prima)* in *Danno Resp.*, 2008, I, 101 ss.

PADOVANI T., *Lectio brevis sulla sanzione* in F. D. BUSNELLI E G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, 1985, 55 ss.

PALADINI M., *Responsabilità civile nella famiglia: verso i danni punitivi?* in *Resp. Civ. Prev.*, 2007, X, 2005B ss.

PALADINI M., *Linee guida, buone pratiche e quantificazione del danno nella c.d. legge Balduzzi* in *Danno Resp.*, 2015, X, 881 ss.,

PALAZZO F., *La depenalizzazione nel quadro delle recenti riforme sanzionatorie* in *Dir. Pen. Proc.*, III, 2016, 285 ss.

PALMER V. V., *Mixed Legal Systems - The Origin of the Species* in *Tulane Eu. Civ. Law For.*, 2013, 103 ss.

PALMIERI A. E PARDOLESI R., *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile* in *Foro It.*, 2017, IX, 2630 ss.

PANTALEÒN F., *Commentario del codice civile, Ministero de Justicia, TOMO II*, 1971 ss.

PANTI A., *“Decreto Balduzzi” e responsabilità del medico: un traguardo raggiunto o un quadro in movimento?* in *Dir. Proc. Pen.*, VI, 2015, 735 ss.

PAPA, *La tutela penale nel diritto angloamericano*, Torino, 2013

PARADISO M., *Il danno alla persona*, Milano, 1981

PARADISO M., *La responsabilità medica dal contratto al torto* in *Riv. Dir. Civ.*, II, 2001, 325 ss.

PARDOLESI P., *Danni punitivi all'indice?* In *Danno e Resp.*, 2007, XI. 1125 ss.

PARDOLESI P. *Danni punitivi all'indice* in *Danno e responsabilità*, 2008, I, 1125 ss.

PARDOLESI P., *Punitive damages nell'ordinamento italiano* in P. PARDOLESI (a cura di) *Seminari di diritto privato comparato*, Bari, 2011, 71 ss.

- PARDOLESI P., *Vorrei, ma... sviluppi in tema di disgorgement* in P. PARDOLESI (a cura di) *Seminari di diritto privato comparato*, Bari, 2011, 15 ss.
- PARDOLESI P., *La Cassazione, i danni punitivi e la natura polifunzionale della responsabilità civile, il triangolo no!* in *Corriere Giuridico* 2012, VIII-IX, 1070 ss.
- PARDOLESI P. E SIMONE R., *Danno da Morte e Stare Decisis: La Versione di Bartleby*, in *Danno Resp.*, 2015, 905 ss.
- PARDOLESI R. E SIMONE R., *Nuova responsabilità medica: il dito e la luna (contro i guasti da contatto sociale?)* in *Foro It.*, 2017, V, 161 ss.
- PARISI F., *Scuole e metodologie nell'analisi economica del diritto* in *Riv. Dir. Priv.*, 2005, 377 ss.
- PARTENZA I., *L'assicurazione della responsabilità sanitaria post riforma Gelli e le criticità del mercato: una mancata risposta a bisogni reali*, in *Resp. Med.*, 2017, 49 ss.
- PARTLETT D. F., *Punitive damages: legal hot zones* in *Lou. Law Rev.*, 1996, 781 ss.
- PASCUZZI G., *Lex aquilia*, Bologna, 2005.
- PATRITO P. E PROTTO M., *Osservatorio del processo amministrativo* in *Urb. Appalti*, 2014, VIII-IX, 985 ss.
- PATTI S., *Il risarcimento del danno e il concetto di prevenzione* in *La Resp. Civ.*, 2009, I, 165 ss.
- PATTI S., *Danno da nascita e danno da morte: due ipotesi a confronto* in *Resp. Civ. Prev.*, 2014, III, 764B ss.
- PEDRAZZI G., *Il danno esistenziale: Trieste 13-14 novembre 1998* in *Danno Resp.*, 1999, 348 ss.
- PELLEGRINO T., *Danno conseguenza e danno non patrimoniale. Spunti di ricostruzione sistematica* in *Eur. Dir. Priv.*, 2016, 455 ss.
- PENTA A., *Il danno tanatologico: cronaca di una morte annunciata* in *Stud. Iur.*, 2016, IV, 391 ss.
- PERLINGIERI P., *Il diritto alla salute quale diritto della personalità* in *Rass. Dir. Civ.*, 1982, IV, 1020 ss.
- PERLINGIERI P., *Depatrimonializzazione e diritto civile* in *Rass. Dir. Civ.*, 1983, 644 ss.

PERLINGIERI P., *L'art. 2059 c.c. uno e bino: una interpretazione che non convince* in *Rass. Dir. Civ.*, III, 2003, 775 ss

PERLINGIERI P., *La responsabilità civile tra risarcimento e indennizzo* in *Rass. Dir. Civ.*, 2004, 1061 ss.

PERLINGIERI P., *L'onnipresente art. 2059 c.c. e la "tipicità" del danno alla persona* in *Rass. Dir. Civ.*, 2009, II, 520 ss.

PERLINGIERI P., *Le funzioni della responsabilità civile* in *Rass. Dir. Civ.*, 2011, I, 119 ss.

PETRI M., *La responsabilità processuale aggravata: la condanna d'ufficio ex art. 96, comma 3, c.p.c.* in *Corr. Mer.*, 2012, IV, 362 ss.

PIETROBON V., *Illecito e fatto illecito - Inibitoria e risarcimento*, Padova, 1998

PINTO BOREA M. C., *Considerazioni in tema di responsabilità medica* in *Giur. It.* 1991, I, 967 ss.

POLETTI D., *Doppia alienazione immobiliare e "responsabilità extracontrattuale da contratto"* in *Contr. Impr.*, 1991, 733 ss.

POLETTI D., *Responsabilità extracontrattuale da contratto e inadempimento del subcontratto* in *Danno Resp*, 1999, VIII- IX, 899 ss.

POLETTI D., *Attuazione e tutela dei diritti*, in N. LIPARI E P. RESCIGNO (a cura di), *III La responsabilità e il danno* Milano, 2009, 357 ss.

POLETTI D., *Nesso causale e colpa nella responsabilità medica, penale e civile, dopo il d.l. n. 158 del 2012 (art. 3, 1° comma)* in *Giur. Mer.*, 2013, 1744 ss.

PONTICELLI P. G., *Responsabilità medica e servizio sanitario nazionale* in *Giur. It.*, 1987, IV, 136 ss.

PONZANELLI G., *Danno non patrimoniale e danno alla salute: due sentenze della Corte Costituzionale* in *Resp. Civ. Prev.*, 1979, 698 ss.

PONZANELLI G., *La corte di Cassazione e il danno alla salute* in *Resp. Civ. Prev.*, 1981, II, 697 ss.

PONZANELLI G., *I punitive damages nell'esperienza nord americana* in *Riv. Dir. Civ.*, 1983, 435 ss.



PONZANELLI G., *Concorso di responsabilità: le esperienze italiana e francese a confronto* in Resp. Civ. Prev., 1984, I, 36 ss.

PONZANELLI G., *Il cammino del danno alla salute* in Resp. Civ. Prev., 1984, II, 342 ss.

PONZANELLI G., *Il diritto a morire: l'ultima giurisprudenza della Corte del New Jersey* in Foro It., 1988, IV, 291 ss.

PONZANELLI G., *Pena privata*, voce Enc. Giur. Treccani, XXII, Roma, 1990.

PONZANELLI G., *Punitive damages e due process clause: l'intervento della Corte Suprema Usa* in Foro It., 1991, IV, 238 ss.

PONZANELLI G., *Tanto rumore per nulla: a proposito di gazzette e di responsabilità medica* in Resp. Civ., 1992, 552 ss.

PONZANELLI G., *La responsabilità civile, profili di diritto comparato*, Bologna, 1992

PONZANELLI G., *Non c'è due senza tre: la Corte suprema Usa salva ancora i danni punitivi* in Foro It., 1994, IV, c. 92 ss

PONZANELLI G., *La corte di Cassazione e il criterio equitativo di valutazione del danno alla salute* in Resp. Civ. Prev., 1995, II, 524 ss.

PONZANELLI G., *L'incostituzionalità dei danni punitivi "grossly excessive"* in Foro It. 1996, IV, 421 ss.

PONZANELLI G., *Il caso O.J. Simpson tra assoluzione in sede penale e condanna civilistica ai danni punitivi* in Foro It., 1997, IV, 395 ss.

PONZANELLI G., *Il risarcimento del danno meramente patrimoniale nel diritto Italiano* in Danno e Resp., 1998, VIII- IX, 729 ss.

PONZANELLI G., *Limiti del danno esistenziale: postfazione al convegno triestino* in Danno Resp., 1999, 360 ss.

PONZANELLI G., *La responsabilità civile della Pubblica Amministrazione e finalità di deterrence* in Danno Resp., 1999, X, 984 ss.

PONZANELLI G., *Attenzione: non è danno esistenziale, ma vera e propria pena privata* in Giust. Civ., 2000, 835 ss.

PONZANELLI G., *La "costituzionalizzazione" dei danni punitivi: tempi duri per gli avvocati nordamericani* in Foro It., 2003, IV, 356 ss.

PONZANELLI G, *L'attualità del pensiero di Guido Calabresi. Un ritorno alla deterrenza* in Nuova Giur. Civ. Comm., 2006, II, 293 ss.

PONZANELLI G, *La irrilevanza costituzionale del principio di integrale riparazione del danno*, in BUSSANI M. (a cura di) *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 67 ss.

PONZANELLI G, *I danni punitivi* in Nuova Giur. Civ. Comm., II, 2008, 25 ss.

PONZANELLI G, *I danni punitivi sempre più controllati: la decisione Philip Morris della Suprema Corte americana* in Foro It., 2008, IV, 181 ss.

PONZANELLI G, *Non riconoscimento dei danni punitivi nell'ordinamento italiano: una nuova vicenda* in Danno Resp., 2009, I, 92 ss.

PONZANELLI G, *Gli attacchi al principio di integrale riparazione del danno* in Resp. Civ. Prev., 2012, V, 1415B ss.

PONZANELLI G, *La Cassazione bloccata dalla paura di un risarcimento non riparatorio* in Danno Resp., 2012, IV, 609 ss.

PONZANELLI G, *La Cassazione bloccata dalla paura di un risarcimento non riparatorio* in Danno Resp., 2012, VI, 609 ss.

PONZANELLI G, *La quantificazione del danno non patrimoniale* in Dir. economia assicur. (dal 2012 Dir. e Fiscalità assicur.), 2013, II, 149 ss.

PONZANELLI G., *Alcune considerazioni sulla decisione «Scarano»* in Nuova Giur. Civ. Comm., 2014, II, 245 ss.

PONZANELLI G, *Gli ostacoli all'integralità del risarcimento nella determinazione del danno non patrimoniale ingenerale ed in particolare in presenza di una colpa medica* in Contr. Impr., 2015, III, 620 ss

PONZANELLI G, *Novità per I danni esemplari?* in Contr. Impr., 2015, VI. 1195 ss.

PONZANELLI G, *Possibile intervento delle Sezioni Unite sui danni punitivi* in Danno Resp., 2016, VIII-IX, 836 ss.

PONZANELLI G, *L'imperialismo della responsabilità civile* in Danno Resp., 2016, III, 222 ss.

PONZANELLI G, *La responsabilità medica: dal primato della giurisprudenza alla disciplina legislativa* in Danno Resp., 2016, VIII-IX, 816 ss.

PONZANELLI G, *Medical malpractice: la legge Bianco Gelli. Una premessa* in *Danno Resp.*, 2017, III, 268 ss.

PONZANELLI G, *Dalle Sezioni unite solo uno spiraglio per il danno punitivo* in *Quot. Dir.*, 2017 (Rassegna Stampa)

PONZANELLI G, *Polifunzionalità tra diritto internazionale privato e diritto privato* in *Danno Resp.*, IV, 2017, 435 ss.

PRINCIPATO A., *Il danno non patrimoniale e non biologico e la funzione (non) meramente riparatoria del risarcimento del danno* in *Riv. It. Med. Leg.*, 2015, IV, 1623 ss.

PROCIDA MIRABELLI DI LAURO A., *I nuovi danni e le funzioni della responsabilità civile* in *Danno Resp.*, 2003, 461 ss.

PROSSER W., *The assault upon the citadel (Strict liability to the consumer)* in *Yale Law Jour.*, 1960, LXIX, 761 ss.

PROTO PISANI A., *L'Attuazione dei provvedimenti di condanna* in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione*, Napoli, 1989, 55 ss.

PUCELLA R., *Coscienza sociale e tutela risarcitoria del valore-persona: sul ristoro del danno da morte* in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2014, II, 245 ss.

PULVIRENTI A., *Il danno all'integrità psico-fisica (cd. danno biologico) nella più recente sentenza della Corte Costituzionale* in *Giur. It.*, 1987, 396 ss.

QUADRI E., *La responsabilità medica tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato* in *Danno Resp.*, 1999, XII, 1165 ss.

QUADRI R., *Lezioni di diritto internazionale privato*, V Ed., Napoli, 1969

QUARTA F., *La funzione deterrente della responsabilità civile*, Napoli, 2010

QUARTA F., *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, Napoli, 2011

QUARTA F., *Una proposta di rilettura dell'art. 2059 c.c. quale fonte di sanzione civile ultracompensativa*, in R. DI RAIMO, M. FRANCESCA, A. C. NAZZARO (a cura di), *Percorsi di diritto civile. Studi 2009/2011*, Napoli, 2011, 301 ss.

QUARTA F., *Legittimità e operatività dei danni punitivi nell'art. 96, comma 3, c.p.c.* in *Giustiziacivile.com*, 2014, 1 ss.

- QUARTA F., *Tutela civilistica della vita e risarcimento del danno non patrimoniale. Questioni comuni e questioni specifiche dell danno tanatologico* in Corti Sal., 2014, II, 214 ss.
- QUARTA F., *Diritti inviolabili, gravità dell'offesa e rimedi civilistici* in Danno Resp., V, 2015, 511 ss.
- QUERCI A., *Le evoluzioni della responsabilità sanitaria, fra Riforma Balduzzi, disegni di legge e novità giurisprudenziali* in Nuova Giur. Civ. Comm., II, 2014, 15 ss.
- RABOIN B., *Punish the crown, but protect the government: a comparative analysis of state tort liability for exemplary damages in England and punitive damages in united States* in Cardozo J. Int'l & Comp. Law, 2015, 261 ss.
- REGLERO CAMPOS F., *Lecciones de Responsabilidad Civil*, Madrid, 2013
- REGLERO CAMPOS F., *Tratado de responsabilidad Civil*, I TOMO - Parte General, Madrid, 2014
- RUIZ GARCÍA J. A., *Otra vuelta de tuerca a los daños punitivos* in In Dret, II, 2007, 49 ss.
- RESCIGNO P., *Nuove prospettive di ricerca nello studio del danno alla salute* in Resp. Civ. Prev., II, 195 ss.
- RHEER J., *A financial economic theory of Punitive damages* in Michigan Law Review, 2012, 33 ss.
- RICCIO, *I danni punitivi non sono, dunque, in contrasto con l'ordine pubblico interno* in Contr. Impr., 2009, IV- V, 854 ss.
- RICCIUTO V., *Nuove prospettive del diritto privato economico* in E. PICOZZA E V. RICCIUTO (a cura di), *Diritto dell'economia*, Torino, 2013
- RIGGS, *Constitutionalizing punitive damages: the limits of due process* in Ohio State Law Journal, 1991, 859 ss.
- RIVERDITI M., *L'illecito civile punitivo ex d.leg. n. 7 del 2016: una prima ricostruzione* in Stud. Iuris, 2016, 667 ss.
- RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964
- ROIATI A., *Linee guida, buone pratiche e colpa grave: vera riforma o mero placebo?* In Dir. Pen. Proc., 2013, II, 216 ss.

ROLFI F., Il nesso di causalità nell'illecito civile: la cassazione alla ricerca di un modello unitario (Nota a Cass., sez. III, 18 aprile 2005, n. 7997, Angelini c. Asl 4, L'Aquila) in *Corriere giur.*, 2006, 263.

ROMANO M. R., *Tra deterrenza e furore: condanne multiple ai danni punitivi* in *Foro It.*, 1990, IV, 78 ss.

ROMANO M. S., *Danni punitivi ed eccesso di deterrenza: gli (incerti) argini costituzionali* in *Foro it.* 1990, IV, c. 174 ss.

ROMBOLA F., *Un primo commento alla riforma della disciplina sanzionatoria di cui al d. legisl. 15 gennaio 2016, n. 8* in *Stud. Iur.*, 2016, V, 529 ss.

RONCALI D., *Le linee-guida e le buone pratiche: riflessioni medico-legali a margine della legge Gelli-Bianco* in *Danno Resp.*, 2017, III, 280 ss.

ROPPO V., *Responsabilità oggettiva e funzione deterrente. Note sparse* in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2008, 288 ss.

ROSSELLO B., *Responsabilità contrattuale ed aquiliana: il punto sulla giurisprudenza* in *Contr. Impr.*, 1996, I, 642 ss.

ROTONDI G., *Dalla lex aquilia, all'art. 1151 cod. civ.: ricerche storico-dogmatiche* in *Riv. Dir. Comm.*, I, 1916, 942 ss.

RUSSO P., *I danni esistenziali*, Torino, 2014

SALVI C., *Il paradosso della responsabilità civile* in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1983, I, 123 ss.

SALVI C., *Il danno extracontrattuale, modelli e funzioni*, Napoli, 1985

SALVI C., *Il risarcimento integrale del danno non patrimoniale, una missione impossibile. Osservazione sui criteri per la liquidazione del danno non patrimoniale* in *Eur. Dir. Priv.*, 2014, II, 517 ss.

SANDERS S. M., *Uncle Sam and the partitioning Punitive problem: a federal split recovery statute or a federal tax* in *Pepperdine Law Rev.*, 2013, 785 ss.

SCALFI G., *Reminescenze dogmatiche per il cd. danno alla salute: un ripensamento della Corte costituzionale* in *Resp. Civ. Prev.*, 1986, II, 533 ss.

SCALFI G., *Esigenze e contenuto di un giudizio equitativo nella liquidazione del cd. danno alla salute* in *Resp. Civ. Prev.*, 1988, I, 220 ss

SCALISI V., *Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile* in Riv. Dir. Civ., 2005, 40 ss.

SCALISI V., *Regola e metodo del diritto civile della post-modernità* in Riv. Dir. Civ., 2005, 286 ss.

SCALISI V., *Illecito civile e responsabilità: fondamento e senso di una distinzione* in Riv. Dir. Civ., 2009, VI, 657 ss.

SCERNI M., *Voce Ordine Pubblico* in Nuovo Digesto Italiano, 1939, XVII, Torino, 317 ss.

SCHEMBRI M., *The right to compensation in maltese economy: reference to maltese case law* in Back Vall. Rev., 2009, 48 ss.

SCHWARTZ G. T. E BEHRENS M. A., *Punitive damages reform-state legislatures can and should meet challenge issued by the supreme court of the United State in Haslip* in *The American Univ. Law Rev.*, 1993, 1369 ss.

SCHWARTZ G. T., *Symposium: punitive damages: comment: deterrence and punishment in the common law of punitive damages: a comment* in *Southern Cal. L. Rev.*, 1982, 135 ss.

SCHWARTZ T. M., *Punitive damages and regulated products* in *American Univ. Law Review*, 1993, 1135 ss.

SCIACCA S. E SCOVAZZO S., *Nozione di danno e perimetro risarcitorio in tema di responsabilità medica* in *Danno Resp.*, 2010, XI, 989 ss.

SCIARRATTA, *La Cassazione su astreinte, danni punitivi e (funzione della) responsabilità civile* in *Dir. civ. cont.*, 7 luglio 2015

SCIBETTA V., *La tutela aquiliana del possesso* in *Contr. Impr.*, 1998, 1174 ss.

SCOCA F. G., *Natura e funzione dell'astreinte nel processo amministrativo* in *Corr Giur.*, 2014, XI, 1406 ss.

SCOGNAMIGLIO C., *Danno morale e funzione deterrente della responsabilità civile* in *Resp. Civ. Prev.*, 2007, 2469 ss.

SCOGNAMIGLIO C., *Ingiustizia del danno e tecniche attributive di tutela aquiliana (le regole della responsabilità civile ed il caso Cir c. Fininvest)* in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, II, 2014, 360 ss.

SCOGNAMIGLIO C., *Il danno tanatologico e le funzioni della responsabilità civile* in Resp. Civ. Prev., 2015, V, 1430B ss.

SCOGNAMIGLIO C., *I danni punitivi e le funzioni della responsabilità civile* in Corr. Giur., 2016, VII, 912 ss.

SCOGNAMIGLIO C., *Il nuovo volto della responsabilità del medico: verso il definitivo tramonto della responsabilità da contatto sociale?* in Resp. Med., 2017, 35 ss.

SCOGNAMIGLIO C., *Le sezioni unite ed i danni punitivi: tra legge e giudizio* in Resp. Civ. Prev., 2017, IV, p. 1109B ss

SCOGNAMIGLIO R., *Il danno morale*, in Riv. Dir. Civ., 1957, I, 277 ss.

SCOGNAMIGLIO R., *Appunti sulla nozione di danno* in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1969, 464 ss.

SCOGNAMIGLIO R., *Risarcimento del danno*, in Nss. Dig. Ital. XVI, Torino, 1969, 4 ss.

SEBOK A. J., *Symposium: private law, punishment and disgorgement: what did punitive damages do? Why misunderstanding the history of punitive damages matters today* in Chicago- Kent. Rev., 2003, 163 ss.

SEBOK A. J., *Punitive damages: from myth to Theory* in Iowa Law Rev., 2007, 1010 ss.

SECCHI E., *L'art. 3, legge Balduzzi e il sistema di responsabilità civile medica: riflessioni critiche* in Med. Dir., 2014, I, 28 ss.

SEDGWICK T., *A Treatise on the measure of damages*, Baker, Woorhis & co. New York, 2d Ed., 1852

SELLA M., *Il lucro cessante* in P. CENDON (a cura di), *La prova e il quantum*, Milano, 2014, 43 ss.

SERENI A., *La depenalizzazione nella società di massa tra logica liberale e logica economica* in Riv. Trim. Dir. Pen. Econ., III, 2015, 557 ss.

SGOBBO R., *Materiali per lo studio della responsabilità medica* in Dir. Giur., 1987, 817 ss.

SHAVELLE POLINSKY, *Punitive damages: an economic analysis* in Harvard law review, 1998, 869 ss.

SHAVELL, *Fondamenti dell'analisi economica del diritto*, Torino, 2007.

SHEILA B., *Two words collide: how the Supreme Court's recent punitive damages decisions affect class action* in *Baylor Law Review*, 2008, 881 ss.

SHEUERMAN E FRANZE, *Instructing juries on punitive damages: due process revisited after Philip Morris v. Williams* in *Journal of constitutional law*, 2008, 1147 ss.

SILVESTRI, *Punitive damages: ultimo atto? La sentenza Exxon Shipping Co. V. Baker (in margine a U. S. Supreme Court, 25 giugno 2008)* in *Int'l Lis*, 2008, IV-V, 166 ss.

SIMONE R., *Il danno riflesso e il danno dei congiunti della vittima* in *Danno Resp.*, 2008, XI, 1079 ss.

SIMONE R., *La responsabilità civile non è solo compensazione: punitive damages e deterrenza* in *Foro It.*, 2017, IX, 2644 ss.

SIRENA P., *Il risarcimento dei cd. Danni punitivi e la restituzione dell'arricchimento senza causa* in *Riv. Dir. Civ.* 2006, I, 531 ss.

SIRENA P., *Illecito (diritto civile)*, in *Encicl. giur. Dir.*, Milano, 2007, vol. VII, 242 ss.

SIROTTI GAUDENZI A., *Brevi note in tema di danni punitivi* in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it)

SLADIČ, *La Corte Suprema slovena si confronta con I danni punitivi* in *Danno e responsabilità*, 2014, I, 18 ss.

SMORTO G., *I criteri di determinazione del danno nelle model rules e nel diritto comune europeo* in *Eur. Dir. Priv.*, 2011, 223 ss.

SMORTO G., *Il significato dei rimedi* *Eur. Dir. Priv.*, 2014, 154 ss.

SPENCER, *Due process and punitive damages: the error of federal excessiveness jurisprudence* in *Southern Cal. Law Review*, 2005, 1084 ss.

SPILLARE F., *I danni punitivi tra mito e realtà* in *Studium iuris*, 2014, XII, 1407 ss.

SPINA G., *Depenalizzazione e abrogazione di reati 2016. I nuovi illeciti con sanzioni pecuniarie civili: tutela sostanziali e strategie processuali* in *Nuova Proc. Civ.*, III, 2016, 1 ss.

SPINELLI FRANCALANCI A., *Diritto alla vita e danno tanatologico - Quale futuro?* in *Dir. Fam.*, 2015, 456 ss.

STANZIONE P., *Responsabilità medica e nesso di causalità* in E. DEL PRATO (a cura di), *Studi in onore di Antonino Cataudella*, Napoli, 2013.



STRAUSBERG, *A road map through malice, actual or implied: punitive damages in torts arising out of contract in Maryland* in *University of Baltimore Law Rev.*, 1984, 275 ss.

SULLIVAN T. J., *Punitive damages in the law of contract: the reality and the illusion of legal change* in *Minnesota L. Rev.*, 1977, 207 ss.

TARUFFO M., *Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione* in *Riv. Crit. Dir. Priv.* 1986, 143 ss.

TARUFFO M., *La prova del nesso causale* in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2006, I, 101 ss.

TASSONE B., *La ripartizione di responsabilità nell'illecito civile - Analisi giuseconomica e comparata*, Napoli, 2008

TESCARO M. V., *I punitive damages nordamericani: un modello per il diritto italiano?* In *Contr. Impr.*, 2012, 599 ss.

THIENE A., *Rimedio risarcitorio e condotta del danneggiante: tramonto o riscoperta dell'ingiustizia del danno?* in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2002, II, 205 ss.

THIENE A., *Onere della prova e liquidazione* in S. PATTI (diretto da), S. DELLA MONACA (a cura di), *Responsabilità civile. Danno non patrimoniale*, Torino, 2010, 151 ss.

TILBURY M. E LUNTZ H., *Punitive Damages in Australian Law* in *Loy. L. A. Int. 'l & Comp. L. J.*, 1995. 772 ss.

TOCCI M., *Il danno punitivo in prospettiva comparatistica*, Bologna, 2008

TODD S., *Treatment Injury in New Zealand* in *Chicago-Kent. Law Rev.*, 2011, 1210 ss.

TOLONE AZZARITI, *Punitive damages e breach of contract* in *Il danno contrattuale*, Torino, 2014

TOMARCHIO V., *Non risarcibilità dei danni punitivi. Anche la Cassazione esclude il risarcimento dei danni punitivi* in *Giur. It.*, 2007, XII, 2724 ss.

TOMMASETTI A., *L'astreinte nel processo amministrativo: natura, ambito oggettivo, portata e limiti alla luce della più recente giurisprudenza* in *Gazz. Amm.*, 2012, I, 1 ss.

TOSCHI VESPASIANI F., *Il danno da "lite temeraria" è... morto? Lunga vita all'art. 96 c.p.c.!* in *Resp. Civ.*, 2008, IV. 307 ss.

TRAVAGLINO G., *Giurisdizione e illecito aquiliano (Nota a Corte giust. Comunità europee, 19 settembre 1995, n. 364/93, Marinari e Corte giust. Comunità europee, 7 marzo 1995, n. 68/93, Shevill c. Presse Alliance S A)* in *Danno e Resp.*, 1996, 47 ss.

TRAYNOR, *The Ways and Meanings of Defective Products and Strict Liability in Tennessee* *L. Rev.*, XXXII, 1964, 365 ss.

TRIMARCHI P., *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961

TRIMARCHI P., *Causalità giuridica e danno* in G. VISINTINI (a cura di), *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1984, 1 ss.

TUNC, *La responsabilità civile*, II ed., Parigi, 1989

TUOZZO M., *Il danno non patrimoniale da lite temeraria alla ricerca della copertura costituzionale* in *Resp. Civ. IV*, 2009, 339 ss.

TURCO G., *Brevi considerazioni sul principio di prevedibilità del danno come profilo distintivo tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale* in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1987, I, 93 ss.

UCCI S., *Le sezioni Unite della Cassazione sulle sorti delle statuizioni civili nel giudizio di impugnazione a seguito della depenalizzazione operata con i decreti legislativi n.7 e n. 8 del 2016: un punto di arrivo?* in *Diritto penale contemporaneo*, I, 2017, 171 ss.

URSO, *Recenti sviluppi nella giurisprudenza statunitense e 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, II, 85 ss.

URSO, *I punitive damages tra regole, standard e principi, un'inedita vocazione pubblica di un antico strumento privatistico?* In *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2001, II, 2011 ss.

VACCA L., *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica* (Madrid, 7-10 ottobre 1993), Torino, 1995

VALCAVI G., *Intorno al rapporto di causalità nel torto civile* in *Riv. Dir. Civ.*, 1995, II, 481 ss.

VALCAVI G., *Sulla Causalità giuridica nella responsabilità civile* in *Danno Resp.*, 1998, XI, 1007 ss.

VALDITARA G., *Damnum Iniuria Datum*, II ed., Torino, 2005, 8 s;

VALLONE G., *Le misure coercitive prima e dopo la riforma dell'art. 614 bis c.p.c.* in Riv. Esec. Forz., 2016, 34 ss.;

VALORE P., *Nesso di causalità civile e danno tanatologico* in Corr. Merito, 2008, VII, 803 ss.

VANACORE G., *Lite temeraria: il "canto del cigno" dell'art. 385, 4° co., c.p.c. e la nuova responsabilità aggravata* in Resp. Civ., 2009, XII, 969 ss.

VANDER VELDE L., *The legal ways of seduction* in Stanford Law Rev., 1996, 817 ss.

VANNI, *La class action e la funzione di deterrenza degli illeciti civili in prospettiva comparatistica* in [www.ildirittoamministrativo.it](http://www.ildirittoamministrativo.it)

VARANO V., *Organizzazione e garanzie della giustizia civile nell'Inghilterra moderna* in M. CAPPELLETTI (a cura di), *Studi di diritto comparato*, Milano, 1973, 221 ss.

VERNIZZI, *La Corte di Giustizia ed un caso di volo interrotto contribuito dai referee* in Resp. Civ. Prev., 2012, I, 99 ss.

VESPASIANI F. T., *Il danno da "lite temeraria" è ... morto? Lunga vita all'art. 96 c.p.c.!* in Resp. Civ., 2008, IV, 307 ss.;

VESPASIANI F. T., *La condanna e la liquidazione ex officio del danno da lite temeraria ex art. 96, 3° co., c.p.c.* in Resp. Civ., 2012, V, 365 ss.

VIDMAR N., *Experimental simulation and tort reform: avoidance, error and overreaching in sustein et al.'s Punitive damages* in Duke Law School, 2004, 1359 ss.

VILLA G., *Il tort of negligence nel sistema inglese dei fatti illeciti* in Contr. Impr., 2011, I, 263 ss.

VINCRE S., *Le misure coercitive ex art. 614 bis c.p.c. dopo la riforma del 2015* in Riv. Dir. Proc., 2017, 368 ss.

VIOLA L., *Responsabilità civile della pubblica amministrazione e danni punitivi dopo la l. 69 del 2009* in Riv. Nel diritto, 2010, 93 ss.

VIOLA L., *Le astreintes nel nuovo processo amministrativo* in Urb. Appalti, 2011, II, 152 ss.

VIOLA L., *Nuovi poteri sanzionatori del giudice amministrativo, astreintes e giudizio di ottemperanza* in Riv. Dir. Int. Pub. Com., 2012, III-IV, 579 ss.

- VISINTINI G., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (una distinzione in crisi?)* in *Rass. dir. civ.*, 1983, 1077.
- VISINTINI G., *I fatti illeciti - I: Ingiustizia del danno - Imputabilità*, Padova, 1987
- VISINTINI G., *Il danno ingiusto* in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1987, 177.
- VISINTINI G., *La tecnica della responsabilità civile nel quadro dei modelli di civil law* in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, II, 1995, 51 ss.
- VISINTINI G., *Causalità giuridica e danno* in *Contr. Impr.*, 2015, II, 263 ss.
- VISINTINI G., *La colpa medica nella responsabilità civile* in *Contr. Impr.*, 2015, III, 530 ss.
- VITANZA R., *Brevi note sul danno morale* in *Nuovo Dir.*, 1981, 363 ss.
- VULLO E., *Note di diritto straniero e comparato. L'esecuzione indiretta tra Italia Francia ed Unione Europea* in *Riv. Dir. Proc.* 2004, 726 ss.
- WADE G. W., *Chief Justice Traynor and Strict tort liability for products* in *Hofstra Law Review*, 1974, II, p 462;
- WELLS M., *A common lawyer's perspective on the European perspective on punitive damages* in *Lou. Law Rev.*, 2010, 557 ss.
- WOLTZ J. C. M., *Excessive Fines Clause Revisited: Punitive Damages after Browning-Ferris Industries v. Kelco Disposal, Inc.* in *Tolosa Law Review*, 1989, XXV, 343 ss.
- Zagari E., *L'economia politica dal mercantilismo ai giorni nostri*, Torino, 2001
- ZAMMIT D. E. E GRIMA C., *Medical Liability and Psychological Damages* in *Maltese Jurisprudence*, Roma, 2014.
- ZAULI F., *Il trauma emozionale: una riflessione sulla causalità nell'illecito* in *La Resp. Civ.*, 2007, 548 ss.
- ZAULI F., *Riduzione della capacità di lavoro specifica e danno da lucro cessante* in *Resp. Civ.*, 2010, II, 121 ss.
- ZECCHIN, *Struttura dell'illecito e danno alla salute fra Italia ed Inghilterra* in *Europa e Diritto Privato*, 2015, I, 21 ss.
- ZENO ZENCOVICH V., *Il problema della pena privata nell'ordinamento italiano: un approccio comparatistico ai punitive damages di common law* in *Giur. It.*, 1985, IV, 12 ss.
- ZENO ZENCOVICH V., *La responsabilità civile in Diritto privato comparato*, Bari, 2008

ZENO ZENCOVICH V., *Una commedia degli errori? la responsabilità medica fra illecito e inadempimento* in Riv. Dir. Civ., V, 2008, 297 ss.

ZENO ZENCOVICH V., *Alcune riflessioni sulla riconoscibilità nell'ordinamento italiano di sentenze statunitensi di condanna ai punitive damages* in *Judicium*, 2016.

ZIMRING F. E., *The multiple middlegrounds between civil and criminal law* in *Yale Law Jour.*, 1992, 1907 ss.

ZIPURSKY, *Palsgraf, Punitive damages and Preemption* in *FLASH*, *Fordham Law Arch. Schol. History*, 2012, 1757 ss.

ZIVIZ P., *Alla scoperta del danno esistenziale* in *Contr. Impr.*, 1994, 845 ss.

ZIVIZ P., *Il danno non patrimoniale. Evoluzione del sistema risarcitorio*, Milano, 2011

ZIVIZ P., *Grandi speranze per il danno non patrimoniale* in *Resp. Civ. Prev.*, 2014, II, 380 ss.

ZOPPINI L., *La pena contrattuale*, Milano, 1991

ZOPPINI L., *La responsabilità e il danno*, Milano, 2009

ZUCCONI GALLI FONSECA E., *Le novità della riforma in materia di esecuzione forzata* in [www.Judicum.it](http://www.Judicum.it), 2010

ZWEIGERT E KOTZ, *Introduzione al diritto comparato, Vol I. Principi generali*, Milano, 1998

AA.VV., *Il ruolo della colpa nell'attuale sistema della responsabilità civile (Atti dell'incontro di studi...)* in *Resp. Civ. Prev.* 1977, 667 ss.

AA.VV., *L'influenza della dottrina sulla giurisprudenza in tema di responsabilità* in *Resp. civ.*, 2015, 1768 ss.