CORSO SU ‘LE NUOVE FRONTIERE DEL RISARCIMENTO DEL DANNO’

Roma, 1 – 2 febbraio 2017

FOCUS SUI DANNI PUNITIVI

Sommario: 1. I tre livelli del discorso sui ‘danni punitivi’ (con una precisazione terminologica). 2. Il dibattito sulle funzioni della responsabilità civile. 3. La funzione punitiva – sanzionatoria della responsabilità di diritto civile ed i suoi punti di emersione. 4. Danni punitivi, ordine pubblico e delibazione della sentenza straniera recante condanna per questo titolo: il ruolo del principio di effettività. 5. Conclusioni: consistenza della situazione giuridica soggettiva, modalità dell’offesa, efficienza della scelta rimediaria e giudizio di delibazione della condanna per danni punitivi.

Abstract

Il problema della possibilità - avuto riguardo al parametro normativo dell’ordine pubblico (*ex* art. 64, co. 1° lett. g) L. 218/1995) – di delibare una sentenza straniera recante condanna al risarcimento per un titolo di danni punitivi sollecita una riflessione circa le funzioni che la responsabilità civile è chiamata a svolgere nel tempo presente. Al riguardo, l’impostazione tradizionale nel senso della funzione prevalentemente, se non esclusivamente, riparatoria – compensativa dell’istituto aquiliano appare ormai difficile da sostenere, in presenza di numerosi punti di emersione normativa di una curvatura funzionale sanzionatoria del medesimo, e che trovano spiegazione, oltre che giustificazione sistematica, nell’esigenza di arricchire lo strumentario della tutela civile dei diritti. Quest’esigenza risulta particolarmente accentuata nei casi, assai diversi tra di loro, nei quali la condanna al risarcimento del danno in funzione puramente riparatoria risulti inadeguata allo scopo. Può trattarsi, innanzi tutto, della difficoltà di ravvisare (o quanto meno di provare) una perdita di utilità patrimoniali o personali di vita che sia conseguenza dell’illecito; può trattarsi, ancora, della circostanza che la concreta determinazione del danno risarcibile, in quanto largamente inferiore al profitto conseguito dall’autore dell’illecito, non sia in grado di svolgere un’apprezzabile funzione dissuasiva; può trattarsi, infine, delle modalità assunte dalla condotta del candidato responsabile che, per la loro accentuata gravità, reclamino una reazione ordinamentale anche sul versante del diritto privato, reazione destinata ad esprimersi con il tipico strumento rimediario proprio di quest’ultimo: e cioè la costituzione di un’obbligazione avente ad oggetto il pagamento di una somma di danaro a carico del responsabile del fatto lesivo di una situazione giuridica soggettiva ed a beneficio del titolare di quest’ultima. La constatazione di questa linea evolutiva del sistema fornisce un primo elemento significativo per la soluzione, in senso affermativo, del problema della delibazione della sentenza straniera, soprattutto ove si consideri che si tratta di uno sviluppo perfettamente conforme ad un principio di rango altresì costituzionale, qual è quello che impone al legislatore di predisporre rimedi effettivi per le situazioni giuridiche soggettive che esso discrezionalmente riconosca. Naturalmente, anche in questa materia viene in rilievo il carattere intrinsecamente bilaterale del giudizio di responsabilità civile, con il corollario che l’istanza di protezione effettiva della situazione giuridica da tutelare dovrà essere bilanciata con il limite del non irragionevole sacrificio del destinatario della condanna risarcitoria con funzione punitiva. Di qui, ancora, la necessità di una valutazione in ordine alla possibilità di delibazione della sentenza calibrata sulla peculiarità della singola situazione giuridica soggettiva e delle modalità della lesione della medesima.

1. Chi intenda cimentarsi con il tentativo di una sistemazione dell’area delle questioni riconducibili al tema dei ‘danni punitivi’ – sistemazione inevitabilmente provvisoria e sulla base dell’attuale ‘stato dell’arte’, in attesa dell’ormai imminente intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione in argomento - è chiamato a

svolgere un discorso imperniato su tre piani, che conviene illustrare qui brevemente, in sede di introduzione al problema.

Si tratta, infatti, ed in primo luogo, di verificare se, all'interno del sistema complessivo della tutela civile dei diritti (e, più specificamente ancora, nel quadro della responsabilità civile), così come disegnato nell'ordinamento giuridico italiano, sia dato ravvisare rimedi che, ove esperiti con successo dal titolare della corrispondente situazione giuridica soggettiva di potere, conducano, in caso di lesione della medesima, alla condanna di un altro soggetto – legato, o meno, da un previo rapporto a chi faccia valere il rimedio¹ – al pagamento di una somma di danaro; pagamento il quale, già perché in ipotesi commisurato a prescindere dalla rilevazione di una corrispondente perdita nel patrimonio dell'attore e tenendo conto invece della modalità anche soggettiva della condotta del convenuto, possa dirsi avere una *nuance* punitivo - sanzionatoria. Da questo punto di vista, dunque, il discorso si svolge sul piano della rilevazione di indici normativi ed intercetta, innanzi tutto, il problema delle funzioni della responsabilità civile, sia pure collocata, quest'ultima, accanto ad altre tecniche di tutela civile dei diritti.

Occorre, poi, verificare – è il secondo piano del discorso² - se una sentenza di un giudice straniero, portante la condanna della parte convenuta in giudizio al pagamento di una somma di danaro a titolo di danni punitivi possa essere “riconosciuta in Italia senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento”³, avuto riguardo ai criteri in questa prospettiva posti dall'art. 64, co. 1° lett. b) e g) L. n. 218/95 e, specificamente, in relazione al limite dell'ordine pubblico, cui si riferisce la seconda delle disposizioni citate. Naturalmente, questo secondo aspetto del discorso presenta quanto meno un profilo di interferenza con il primo. Infatti, l'acquisizione, a livello sistematico della compatibilità (anche) con l'istituto della responsabilità civile di una funzione sanzionatoria o punitiva rende, appunto sul piano sistematico, più sostenibile⁴ l'assunto della possibilità di riconoscere la sentenza straniera recante condanna per un titolo di danni punitivi⁵.

Il terzo piano del discorso si rivolge (ancora di più) al concreto e tenta di chiarire se l'interrogativo circa la possibilità di delibazione delle sentenze di condanna al risarcimento di danni punitivi possa davvero porsi sempre allo stesso modo ovvero non debba ricevere risposte diverse in relazione alle particolarità della singola vicenda processuale e delle situazioni giuridiche o delle condotte che di volta in volta vengano in considerazione.

Risulta, dunque, confermato, già da queste prime considerazioni introduttive, il particolare interesse della riflessione che qui si tratta di svolgere: essa, infatti, interpella il

¹ Vedremo, infatti, che alcune ipotesi di condanna al pagamento di somme di danaro recanti i caratteri richiamati nel testo si inseriscono in contesti di responsabilità da inadempimento di un'obbligazione preesistente.

² Si tratta, naturalmente, di quello più specificamente investito dalla ordinanza della I sezione civile della Corte di Cassazione, n. 9978 del 16 maggio 2016, che ha ritenuto opportuno un intervento delle Sezioni Unite sul problema della riconoscibilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi, così rimettendo gli atti al Primo Presidente appunto per consentire a quest'ultimo di valutare l'eventuale assegnazione alla composizione più autorevole dell'Organo di nomofilachia del ricorso, che implicava l'esame della questione appena evocata.

³ Riprendendo qui la formulazione normativa dell'art. 64, co. 1° L. n. 218/95

⁴ Fermo restando, naturalmente, quanto si dirà tra breve sul fatto che, in quanto tale, la categoria dei danni punitivi, così come delineatasi nel diritto nordamericano della responsabilità civile, presenta caratteristiche che la rendono obiettivamente estranea al nostro sistema normativo.

⁵ Significativa, in questo senso, è la stessa impostazione dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite già menzionata, che muove appunto da un'accurata ricognizione delle ipotesi normative che hanno introdotto “rimedi risarcitori con funzione non riparatoria, ma sostanzialmente sanzionatoria” (così la p. 21 della motivazione); cfr., sul punto, in sede di commento all'ordinanza, anche Ponzanelli, *Possibile intervento delle Sezioni Unite sui danni punitivi*, in *Danno e resp.*, 2016, 838.

giurista sia sollecitandolo alla ricostruzione del sistema, così come esso allo stato è conformato, sulla base del dato normativo e della elaborazione giurisprudenziale del medesimo, sia sfidandolo alla individuazione di quelle che potranno essere, nel futuro, le sue linee di sviluppo applicative. Essa, soprattutto, fa entrare in risonanza, ed in potenziale contrasto, due principi, entrambi dotati di copertura a livello costituzionale: da un lato, il principio di effettività della tutela giurisdizionale, desumibile, com'è noto, tra l'altro, dall'art. 24 Cost. e che, secondo quanto avremo modo di osservare più ampiamente tra breve, può davvero costituire il referente normativo più solido per convincersi della compatibilità con il nostro sistema di quelle che potremmo sinteticamente definire le condanne in funzione punitiva; dall'altro, il principio di libertà, quanto all'esercizio delle situazioni giuridiche soggettive sottostanti all'attività che pure sia lesiva del diritto altrui, nella misura in cui questa libertà possa essere irragionevolmente compressa da una condanna al pagamento di una somma di danaro 'colorata' da una funzione punitiva⁶.

E' proprio per questo che l'argomento che qui ci occupa impone in modo particolare all'interprete di muovere alla ricerca di soluzioni "considerando le cose da tutti i loro lati", per riprendere l'ammonimento di Sofocle⁷, e dunque scansando il rischio delle scorciatoie e la tentazione delle semplificazioni: quali quelle che, nel contesto del problema qui esaminato, trascurino il vincolo discendente dalla norma racchiusa nell'art. 23 Cost. (che, ponendo una riserva di legge quanto ai fatti – fonte dell'obbligo di eseguire una prestazione patrimoniale, preclude la creazione diretta di essi in via pretoria) oppure, sul versante opposto, si chiudano in maniera aprioristica alle prospettive, in termini di tutela, suscettibili di derivare da una più chiara consapevolezza dell'esistenza di rimedi nei quali la condanna del convenuto al pagamento di una somma di danaro abbia una funzione non riparatoria ma, nella sostanza, sanzionatoria.

In questa tensione verso la completezza e l'articolazione del ragionamento può essere utile, in via in un certo senso preliminare, una precisazione (all'apparenza solo) terminologica, sulla quale ha richiamato, ancora di recente, l'attenzione la dottrina che si è soffermata sull'argomento oggetto di questo scritto. E' stato, infatti, osservato che "la prestazione dovuta a titolo di 'danni punitivi' non è risarcimento ed i 'danni punitivi' non sono danni"⁸, dovendosi piuttosto discorrere di "prestazione risarcitoria", disciplinata dalle regole in materia di responsabilità civile, quando si tratti di una prestazione funzionale a riparare il danno effettivamente subito dalla vittima di un fatto illecito; mentre, in presenza di una prestazione intesa a sanzionare una condotta illecita, a prescindere dal danno che ne sia concretamente derivato, il riferimento più proprio sarebbe ad "una 'prestazione sanzionatoria' del tutto estranea alla tematica della responsabilità civile ed alle sue regole"⁹. In altre parole, posto che lì dove vi è risarcimento e, dunque, secondo il significato anche etimologico di questa formulazione,

⁶ Una particolare consapevolezza di questo aspetto del problema palesa la recentissima sentenza della CEDU, *Case of Tavares de Almeida Fernandes and Almeida Fernandes v. Portugal*, resa in data 17 gennaio 2017, dove, muovendo dalla premessa che il riconoscimento di una somma a titolo di risarcimento del danno per diffamazione deve mantenere una ragionevole relazione di proporzionalità con la lesione della reputazione sofferta, si afferma che l'assunto della Corte secondo il quale il risarcimento del danno dovrebbe essere, in questo caso, commisurato all'ammontare medio attribuito al valore della vita sulla base della precedente giurisprudenza della Suprema Corte di Giustizia portoghese, riflette un chiaro intento punitivo.

⁷ Sofocle, *Antigone*, v, 376.

⁸ Così Granelli, *In tema di 'danni punitivi'*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 1761

⁹ Questa conclusione, prospettata da Granelli, *op. loc. cit.*, è ora condivisa anche da Lucchini Guastalla, *La compatibilità dei danni punitivi con l'ordine pubblico alla luce della funzione sanzionatoria di alcune disposizioni normative processualciviltistiche*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 1488 s.

ricostituzione di un bene alterato nella sua integrità strutturale o funzionale, deve necessariamente esservi una corrispondenza integrale tra prestazione posta a carico del responsabile del fatto e somma di danaro necessaria alla ricostituzione di quell'integrità, l'assenza di una commisurazione tra perdita e prestazione a carico del responsabile della medesima farebbe fuoriuscire il rimedio dall'ambito della responsabilità civile.

Si tratta di una precisazione non del tutto persuasiva, nella misura in cui rischia di trascurare il dato che – come diremo tra breve – all'istituto della responsabilità civile non è certamente estranea anche una funzione sanzionatoria. Tuttavia, essa ha sicuramente il merito di enfatizzare l'assunto, oggetto del resto da tempo di un consenso sufficientemente largo nell'elaborazione dottrinale della materia, che l'istituto dei danni punitivi, così come modellato nell'esperienza della *tort law* nordamericana, non è suscettibile di trapianto nel nostro sistema della responsabilità civile, per ragioni che attingono già il piano della struttura profonda del contesto normativo nordamericano. Sono stati condivisibilmente richiamati, in questa prospettiva, tra i tratti di quel sistema, la forte dipendenza dell'illecito civile da quello penale e, dunque, l'assenza di ostacoli di principio a che anche gli istituti del diritto civile espletino largamente una funzione sanzionatoria; il ruolo della giuria, i cui verdetti sono sottratti al vincolo stringente che può derivare da un apparato motivazionale idonei a sorreggerli, e che si pone di fatto, in presenza delle singole vicende di danno, in funzione di supplenza di un carente sistema di sicurezza sociale; la c.d. *american rule*, e cioè l'assenza di una regola che ponga a carico della parte soccombente nel processo il costo delle spese sopportate dalla controparte per la propria difesa, che porta a lievitare l'entità della condanna risarcitoria per renderla tale da coprire anche quei costi¹⁰.

Tuttavia, l'assunto dell'insuscettibilità di un trapianto dell'istituto dei danni punitivi¹¹, in quanto tale, all'interno del nostro sistema di responsabilità civile non costituisce affatto premessa alla conclusione secondo la quale la sentenza del giudice straniero recante condanna al pagamento di una somma a titolo di danni punitivi non possa essere deliberata ai fini dell'esecuzione nel nostro ordinamento giuridico¹²: infatti, il

¹⁰ I tre punti richiamati nel testo sono illustrati efficacemente da Ponzanelli, *I danni punitivi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, 26 s., il quale richiama anche il ruolo dell'analisi economica del diritto, nella misura in cui essa imporrebbe “in situazione di *undercompensation*, di trasferire tutte le somme globalmente non risarcite a favore dei soggetti che, per una ragione o per l'altra, sono riusciti ad ottenere il risarcimento”; quest'ultimo argomento appare tuttavia più opinabile, se non altro per la varietà delle soluzioni applicative cui l'accreditamento dell'uno o dell'altro modello ricostruttivo dell'analisi economica del diritto può dare luogo. L'estraneità dell'istituto dei danni punitivi al sistema italiano è affermata, da ultimo, anche da M. Di Marzio, *I danni punitivi, l'elemento psicologico e le impugnazioni*, relazione presentata al Convegno di Lerici del 26 giugno 2015, reperibile sul sito *Persona e danno*. Appare, poi, significativo che un Autore particolarmente impegnato nello sforzo di smentire il postulato dell'indissolubilità della sanzione dall'azione pubblica, come Quarta (del quale cfr., in particolare, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, Napoli, 2013, soprattutto 324 ss.; *Illecito civile, danni punitivi e ordine pubblico*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 1159 ss.), pur affermando che sarebbe un errore ritenere che il tema dell'ultracompenso punitivo sia un'esclusiva dei sistemi di *common law*, non sembra sostenere la tesi del *legal transplant* dei danni punitivi, ricercando pur sempre anch'egli all'interno del sistema italiano le ragioni per un superamento “dell'adagio giurisprudenziale secondo cui la sanzione e la punizione sarebbero estranee alla responsabilità civile”.

¹¹ Il taglio di questo scritto induce a non affrontare direttamente l'argomento – che, del resto, richiede la competenza specifica del comparatista - relativo all'evoluzione della categoria dei danni punitivi nel sistema nordamericano della *tort law* o, più in generale, negli ordinamenti di *common law*. Sul punto, si può, dunque, rinviare alle accurate ricostruzioni offerte, in anni ancora recenti, da Tescaro, *I punitive damages nordamericani: un modello per il diritto italiano?*, in *Contratto e Impresa – Europa*, 2012, 599 ss.; Quarta, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, cit., 243 ss.; M. Di Marzio, *I danni punitivi* etc., cit.

¹² Una posizione analoga è quella espressa da Ponzanelli, *I danni punitivi*, cit., 25, che, pur considerando, come si è visto, i danni punitivi alla stregua di alieni per il nostro sistema normativo esprime delusione per la posizione della sentenza di Cass. 19 gennaio 2007, n. 1183 (tra gli altri luoghi in *Foro It.*, 2007, I, 1461 ss., con annotazione del medesimo Ponzanelli, *Danni punitivi? No grazie*, in *Danno e resp.*, 2007, 1126, con commento di Pardolesi, *Danni punitivi all'indice?*, in *Europa e dir. priv.*, 2007, 1129, con nota di Spoto, *I punitive damages al vaglio della giurisprudenza italiana*), che, com'è noto, è proprio una delle precedenti pronunce della Corte di Cassazione dalle quali l'ordinanza di rimessione del 16 maggio 2016 ha inteso discostarsi. Nello stesso senso, anche Di Marzio, *I danni punitivi* ecc. cit., che, pur considerando anch'egli un alieno rispetto al sistema italiano in materia di responsabilità civile l'istituto nordamericano dei danni punitivi, esprime un

giudizio di delibazione si svolge ontologicamente sul piano della singola sentenza e della vicenda che essa ha deciso, cosicché è della regola che essa ha dettato per il caso concreto che si dovrà valutare la contrarietà, o meno, al parametro dell'ordine pubblico.

Dal canto nostro, e per chiudere il discorso relativo alla precisazione terminologica della quale si diceva, utilizzeremo, per brevità, anche la formula risarcimento dei danni punitivi ovvero quella – più rigorosa e completa – proposta dall'ordinanza interlocutoria della Corte di Cassazione del 16 maggio 2016 n. 9978 di “rimedi risarcitori con funzione non riparatoria ma sostanzialmente sanzionatoria”, pur nella consapevolezza che, quando vengano in considerazione rimedi con funzione sanzionatoria, il termine ‘risarcimento’ appare non del tutto pertinente, implicando lo stesso la ricostituzione dell'unità strutturale e funzionale del bene inciso dal fatto illecito e, dunque, evocando esso una funzione più propriamente riparatoria.

2. Il discorso sulle funzioni della responsabilità civile nel quadro delle tecniche di tutela civile dei diritti costituisce, come si è già osservato, un passaggio fondamentale della riflessione che qui si intende svolgere.

Se, in una prospettiva generale, non occorrono molte parole per rendersi conto della costante centralità dell'approfondimento delle funzioni della responsabilità civile all'interno del dibattito sull'istituto aquiliano¹³, centralità che risulta confermata anche da una rilevazione pur assai superficiale degli sviluppi culturali in altre esperienze giuridiche¹⁴, qualche considerazione ulteriore merita l'individuazione delle ragioni di quello che potremmo definire come un – ormai non più recentissimo, del resto¹⁵ – risveglio di attenzione nei confronti della funzione preventiva o deterrente della

dissenso integrale rispetto alle decisioni della Corte di Cassazione che avevano negato la possibilità di delibare sentenze straniere recanti condanna al risarcimento di danni punitivi.

¹³ Sono ancora fondamentali, sull'argomento, i contributi di Salvi. Si vedano, in particolare, di questi: *Il paradosso della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, 123 ss.; *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Napoli, 1985, in particolare 90 ss. La centralità del tema delle funzioni della responsabilità civile deve essere affermata, anche in presenza della precisazione, di recente operata in dottrina, secondo la quale l'enfasi attribuita alle funzioni della responsabilità civile, che pure potrebbe sembrare un'apertura della dogmatica giuridica ad approcci funzionalistici al diritto ed alla sua interpretazione, rischia di rimanere, di per sé presa, “un mero espediente retorico, la posizione di una premessa del ragionamento nella quale sono stati previamente introdotti i presupposti delle conclusioni che si propone di raggiungere”: così M. Barcellona, *Il danno extracontrattuale*, Torino, 2011. Infatti, osserva questo Autore, la rilevazione delle funzioni astrattamente riferibili all'istituto aquiliano (l'elenco completo proposto dall'Autore del quale stiamo riferendo il pensiero supera la decina) potrebbe risolversi in una mera constatazione sociologica, almeno finché non si dimostri che la disciplina della responsabilità sia conformata in modo tale da perseguire proprio l'esito funzionale di volta in volta preso in considerazione e cioè che questo scopo sia incorporato nella regola al punto da determinarne in tutto o in parte il contenuto. Tuttavia, come pure è stato notato dallo stesso Autore, la constatazione appena svolta in ordine ai limiti di un approccio ricostruttivo di mera rilevazione delle funzioni della responsabilità civile non delegittima la comprensione funzionale di quest'ultima né esclude che, a partire dalla funzione, si possa innescare un circolo interpretativo virtuoso. A ben vedere, è proprio l'argomento oggetto di questo scritto che dimostra l'utilità di un approccio al problema della responsabilità civile attento alle funzioni dell'istituto: infatti, la rilevazione di una polifunzionalità della responsabilità civile, comprensiva anche di quella sanzionatoria, costituisce – lo si è già osservato incidentalmente - una delle premesse alla conclusione della possibilità di delibare la sentenza straniera recante condanna per il titolo dei danni punitivi.

¹⁴ Si veda per un recente, brillante contributo in argomento Hershovitz, *What does tort law do? What can it do?*, in *Val. U. L. Rev.*, (47), 2012, 99 ss., il quale, secondo una linea di tendenza che, come vedremo nel testo, trova significativi punti di emersione anche all'interno della dottrina italiana, accredita una visione della funzione dell'istituto aquiliano fortemente imperniata sul profilo sanzionatorio, resa evidente dalla formulazione secondo la quale, pur non essendo un'azione giudiziale in tort un atto di vendetta, essa ha la stessa funzione di un atto di vendetta e cioè ricollocare vittima e responsabilità su un piano di parità. Una panoramica del dibattito nordamericano in materia emerge anche da alcuni passaggi della recente conversazione di N. Brutti con Calabresi: N. Brutti, *Una conversazione con Guido Calabresi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 29 ss. Interessanti sono anche gli spunti che si colgono nel dibattito dottrinale francese: cfr., in particolare, Ge. Viney, *Rapport de synthèse, Responsabilité civile et assurances. La responsabilité civile à l'aube du XXI siècle: bilan prospectif*, 2001, 85, la quale sottolinea la necessità di collocare, accanto alla funzione indennitaria della responsabilità civile, la *fonction punitive* e la *fonction preventive* della medesima.

¹⁵ In questa prospettiva, deve essere richiamato, innanzi tutto, *Le pene private*, a cura di Busnelli e Scalfi, Milano, 1985, volume che raccoglieva gli atti di un convegno pisano del 1984. Più di recente, vedi poi, e si tratta pure in questo caso degli atti di un convegno (tenutosi a Siena nel 2007), *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*, a cura di Sirena, Milano, 2011.

responsabilità civile e, dunque, anche della coloritura sanzionatoria che la medesima può assumere.

Volendo anticipare subito una delle conclusioni del discorso, queste ragioni di fondo sembrano attenere, in maniera più o meno consapevole, nel quadro del pensiero dei singoli autori, all'esigenza di dotare lo strumentario della tutela civile dei diritti di un rimedio idoneo ad assicurare l'effettività della loro protezione¹⁶, tutte le volte che la condanna al risarcimento del danno in funzione puramente riparatoria risulti inadeguata allo scopo. Questa inadeguatezza è suscettibile di ricollegarsi a fattori assai diversificati tra di loro. Può trattarsi, innanzi tutto, della difficoltà di ravvisare (o quanto meno di provare) una perdita di utilità patrimoniali o personali di vita che sia conseguenza dell'illecito; può trattarsi, ancora, della circostanza che la concreta determinazione del danno risarcibile, in quanto largamente inferiore al profitto conseguito dall'autore dell'illecito, non sia in grado di svolgere un'apprezzabile funzione dissuasiva¹⁷; può trattarsi, infine, delle modalità assunte dalla condotta del candidato responsabile che, per la loro accentuata gravità, reclamino una reazione ordinamentale anche sul versante del diritto privato, reazione destinata ad esprimersi con il tipico strumento rimediale proprio di quest'ultimo: e cioè la costituzione di un'obbligazione avente ad oggetto il pagamento di una somma di danaro a carico del responsabile del fatto lesivo di una situazione giuridica soggettiva ed a beneficio del titolare di quest'ultima.

In presenza della crescente importanza assunta dalla funzione sanzionatoria della responsabilità civile deve ritenersi ormai definitivamente acquisito, e non certo da epoca recente, il superamento della concezione monofunzionale della responsabilità civile. Infatti, è sicuramente vero, per riprendere le parole con cui, ormai più di trenta anni fa, si concludeva un'indagine di fondamentale importanza sul problema del danno extracontrattuale, che “vi sono più cose nel cielo dei conflitti sociali, di quante possa comprendere la filosofia aquiliana”¹⁸, e che, dunque, detto con altre parole, non si può pensare di attribuire all'istituto aquiliano funzioni radicalmente diverse rispetto a quelle che discendono dalla disciplina normativa del medesimo, nel tentativo di offrire una risposta complessiva alle istanze di regolazione dei rapporti sociali e di tutela degli interessi che emergono nella realtà. Tuttavia, è, del pari, innegabile che l'evoluzione del sistema normativo nel suo complesso¹⁹ può dare al singolo istituto una curvatura diversa rispetto a quella che, di esso, era tradizionalmente propria: soprattutto, ed ancora una

¹⁶ Sia pure senza un esplicito richiamo al principio di effettività, già Ponzanelli, *I danni punitivi*, cit., 25, osservava di avere “più volte sottolineato l'insufficienza dei rimedi riparatori e che l'arsenale degli stessi dovesse necessariamente e preferibilmente dimagrire, così permettendo l'emersione di nuove figure non riparatorie”.

¹⁷ Il problema è analizzato, da ultimo, con riferimento pressoché esclusivo all'area del danno contrattuale, da Maggiolo, *Microviolazioni e risarcimento ultracompensativo*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, I, 1092, il quale si sofferma appunto sui casi in cui “il fatto illecito è...scarsamente pericoloso per i potenziali danneggiati e proprio per questo si può definire microviolazione. Ma questa microviolazione ha nel contempo due caratteristiche fondamentali, le quali danno ragione dell'interesse a commetterla non meno che della esigenza di un'adeguata tutela contro di essa. La prima caratteristica sta nel fatto di generare un lucro per l'autore, un vantaggio in linea di massima corrispondente al danno provocato...La seconda caratteristica è che la microviolazione è un comportamento ripetuto, la cui reiterazione comporta un effetto moltiplicativo del lucro, che viene così a concentrarsi in capo all'autore dei molteplici fatti dannosi, mentre il danno è ripartito tra tutti i numerosi fruitori di beni o servizi seriali”. In un contesto del genere, osserva l'Autore, “la reazione individuale contro la microviolazione non è in alcun modo incentivata perché la prospettiva è quella di ottenere un risarcimento pari al danno, e il danno compensabile è scarso in confronto al costo della reazione, elevato in termini monetari e di tempo. Il singolo danneggiato, in base ad un'elementare analisi di costi e benefici, è quindi indotto a subire la perdita senza darsi ulteriore pena. Il giudizio – anche collettivo – sul comportamento microviolativo è invece severo”.

¹⁸ Il riferimento è a Salvi, *Il danno extracontrattuale*, cit.

¹⁹ Nei termini dei quali si riferirà al § 3.

volta, quando questa lettura sia suggerita da un valore o principio costituzionale, qual è quello di effettività²⁰.

Ricondotto il discorso all'interno della prospettiva delle funzioni della responsabilità civile, sembra, dunque, potersi dire che anche in questa materia si sia ormai consumata la fine del tempo delle grandi ricostruzioni dell'istituto aquiliano, di quelle che, a voler utilizzare un termine ormai entrato fin troppo largamente nell'uso corrente, potrebbero essere definite le grandi narrazioni: e cioè il tentativo di ricostruire l'istituto aquiliano attorno ad un presupposto unificante, che si tratti dell'illecito, del rischio di impresa, così come della stessa categoria del danno e della correlativa esigenza di ripararlo, collocata al centro del sistema aquiliano all'esito della rimediazione dell'istituto da parte della civilistica italiana degli anni '60 del secolo scorso²¹.

In questa prospettiva, la riflessione sulle funzioni della responsabilità civile entra, per così dire, in pieno nel tempo della postmodernità e deve farsi dunque umile, laica presa d'atto della densità ed articolazione delle medesime nel complessivo disegno della tutela civile dei diritti, che, a sua volta, non può dirsi esaurito dalla tutela aquiliana, almeno nei termini in cui la stessa si è delineata per lunghi decenni²².

Né si deve trascurare che la concezione monofunzionale della responsabilità civile restava confutata già dal rilievo della intrinseca ed insuperabile differenza tra le funzioni che lo strumento della condanna risarcitoria è destinato ad assumere in relazione alla natura – patrimoniale o non patrimoniale - del pregiudizio che esso mira a riparare²³. Un risarcimento inteso – secondo la già richiamata etimologia del termine – come un 'rimettere insieme' l'unità strutturale e funzionale del bene, incisa dal fatto lesivo non è neppure in astratto configurabile quando il bene soppresso o alterato sia intrinsecamente refrattario a quest'operazione e, più in generale ancora, quando il pregiudizio che si è verificato non è immediatamente riconducibile ai circuiti valutativi propri di un'economia di mercato e, dunque, non può trovare in essi componimento.

Questa ragione di fondo, che osta all'affermazione della monofunzionalità della responsabilità civile, si presta, poi, ad essere rafforzata, per quel che specificamente concerne l'area del danno patrimoniale²⁴, dall'argomento, da tempo proposto nella riflessione dottrinale in materia, ed anche da ultimo richiamato con forza, secondo il quale la giustificazione dell'inesco del meccanismo della responsabilità civile non è

²⁰ In questa prospettiva, paiono del tutto condivisibili le notazioni finali di Busnelli, *Deterrenza, responsabilità civile*, in *Europa dir. priv.*, 2009, 921 s. nonché in Sirena, a cura di, *La funzione deterrente* ecc. cit., laddove questi osserva che "in un sistema dominato dalla compensazione sopravvive (se ci si riferisce all'art. 2059 nel suo raccordo privilegiato con l'art. 185 c.p.) o nasce (se ci si riferisce al nuovo art. 709 ter c.p.c., correttamente interpretato o alle recenti norme che prevedono misure giudiziarie in materia di tutela giurisdizionale contro la discriminazione) una prospettiva di deterrenza. Dilatarne la portata, fino a suggerire frettolose equazioni con i *punitive damages* del sistema nordamericano, è atteggiamento culturalmente sconsiderato oltre che operativamente improvido. Valorizzarne gli effetti appare invece senz'altro opportuno, anche perché 'una responsabilità civile che non accarezzi la deterrenza non è una vera responsabilità civile'".

²¹ Da questo punto di vista, appare ispirata ad una lettura dell'istituto aquiliano e delle sue funzioni quanto meno un po' datata la pure assai recente sentenza delle Sezioni Unite della Suprema Corte in materia di danno tanatologico 22 luglio 2015 n. 15350 (vedila, tra l'altro, in *Corr. Giuridico*, 2015, 1203 ss.), laddove questa pone l'accento su "l'esigenza (oltre che consolatoria) di riparazione (e redistribuzione tra i consociati, in attuazione del principio di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost.) dei pregiudizi delle vittime di atti illeciti", così ravvisando "il momento centrale del sistema... (nel) danno, inteso come 'perdita cagionata da una lesione di una situazione giuridica soggettiva' (Corte Cost. n. 372 del 1994)".

²² Cfr., con riferimento all'area di problemi oggetto del presente scritto, quanto si osserverà alla nota 80 in ordine alle possibilità offerte dall'istituto dell'arricchimento senza causa.

²³ Questo aspetto del discorso è stato, a suo tempo, approfondito in maniera particolarmente suggestiva da Salvi: vedi, in particolare, *Il danno extracontrattuale*, cit.

²⁴ E' infatti proprio per il danno patrimoniale che vale l'assunto secondo il quale il danno, una volta prodottosi nella realtà giuridico – economica, non può essere posto nel nulla, ma solo traslato dalla sfera della vittima a quella del responsabile, per mezzo dell'operare del meccanismo dei criteri di imputazione.

quella di accordare in ogni caso alla vittima del danno un ristoro, bensì quella di “rendere costoso per l’agente la produzione del danno”, determinando l’internalizzazione a carico del medesimo dei costi delle sue azioni e consentendo di raggiungere l’obiettivo di prevenzione del costo sociale degli incidenti²⁵.

Volendo ragionare nella prospettiva del dato normativo costituzionale, è, dunque, l’effettività²⁶ il valore o principio costituzionale che viene, a nostro avviso, in considerazione come possibile fondamento sistematico di scelte interpretative che (all’interno del limite tracciato dalla riserva di legge, desumibile – in questa materia – prima ancora dall’art. 23 Cost.²⁷, come si è anticipato, che non dall’art. 25 Cost.²⁸), possono enfatizzare la funzione sanzionatoria della responsabilità civile ovvero rappresentare il referente di opzioni normative tali da introdurre senz’altro “prestazioni sanzionatorie” dell’illecito civile, destinate a coordinarsi variamente con la prestazione risarcitoria propriamente intesa²⁹.

Da questo angolo visuale, e cioè all’interno di un discorso calibrato sui termini di riferimento costituzionale di una possibile curvatura sanzionatoria della condanna risarcitoria, non sembra invece condivisibile la recente opinione, specificamente riferita al problema del danno discendente dalle c.d. microviolazioni,³⁰ secondo la quale il percorso argomentativo utile, almeno in astratto, al fine di superare la regola che, commisurando il risarcimento del danno patrimoniale a quello effettivamente patito, nega l’ammissibilità del risarcimento ultracompensativo, dovrebbe transitare attraverso il riferimento ai doveri costituzionali di solidarietà sociale. In particolare, secondo questa impostazione, si potrebbe ritenere che “la solidarietà verso la vittima di una microviolazione – fatto illecito da reprimere in ossequio alla funzione anche punitiva o sanzionatoria della responsabilità civile, in ragione della sua connotazione particolarmente maliziosa o profittatoria -,...voglia l’incentivo a reagire per la vittima delle microviolazioni, perché senza incentivo la vittima resterebbe inerte sopportando il pregiudizio provocato da un comportamento gravemente antisociale e quindi in radicale conflitto con i doveri di solidarietà”³¹.

Senonché, i doveri inderogabili di solidarietà, sanciti – com’è ben noto - dall’art. 2 Cost., non paiono in grado di offrire indicazioni interpretative sufficientemente univoche nella materia della tutela civile dei diritti. Basti considerare, al riguardo, che quei doveri, i quali nella dottrina sulla responsabilità civile degli anni ’60 del secolo

²⁵ Il brano virgolettato nel testo è di Monateri, Commento a Cass. 16 maggio 2016, ord., n. 9978, in *Danno e resp.*, 2016, 832, il quale sottolinea che “è rendendo costose le azioni colpose o dolose che provocano un danno ingiusto che la RC produce un ordine spontaneo delle attività umane: cioè che consente determinate attività purché si prendano le precauzioni necessarie a minimizzarne i costi sociali. Se vogliamo proibire determinate attività non bisogna ricorrere alla RC ma ad altri strumenti come la regolazione amministrativa”.

²⁶ Un richiamo all’effettività – benché in una prospettiva non del tutto coincidente con quella proposta nel testo - è anche quello del quale si legge in Quarta, *Illecito civile, danni punitivi e ordine pubblico*, cit., 1167, con particolare riferimento al possibile ruolo dell’azione dei privati, dall’angolo visuale dell’art. 2059 c.c., “nel controllo diffuso sull’effettività dei principi fondamentali”; cfr. anche, del medesimo Autore, *Risarcimento e sanzione nell’illecito civile* etc. cit., 216 ss.

²⁷ Si veda, sul punto, Busnelli, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito e danni punitivi*, in *Europa dir. priv.*, 2009, 909 ss. (ed altresì in Sirena, a cura di, *La funzione deterrente della responsabilità civile* ecc. cit.), il quale osserva che “le premesse costituzionali, legittimanti il concetto di ‘pena privata’ potrebbero ravvisarsi, piuttosto che sul piano della portata estensiva degli artt. 25, co. 2° e 27 Cost., direttamente in un riferimento all’art. 23 Cost.”, menzionando, in questa prospettiva, anche il pensiero di Bricola, *La riscoperta delle pene private*, in Busnelli – Scalfi, a cura di, cit., 50 ss.

²⁸ Nel quadro di una riflessione della quale si riferirà criticamente tra breve nel testo, Maggiolo, *Microviolazioni e risarcimento ultracompensativo*, cit., 1093 ss. ravvisa, invece, il punto di emersione costituzionale della regola secondo la quale la misura punitiva della ultracompensazione non può essere riconosciuta in casi non previsti dalla legge al principio dell’art. 25, co. 2° Cost.

²⁹ Secondo la già rammentata proposta di Granelli, *In tema di ‘danni punitivi’*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, cit. 1760..

³⁰ Calibrata, come si è già rammentato, sullo specifico problema delle c.d. microviolazioni.

³¹ Così Maggiolo, *Microviolazioni e risarcimento ultracompensativo*, cit., loco cit.

scorso³² costituivano la chiave di volta di un sistema che si voleva tutto imperniato sull'esigenza di riparare il danno subito dalla vittima del fatto illecito, si sono visti successivamente affidare, all'interno di una sistemazione complessiva del problema del danno non patrimoniale³³ il compito di una delimitazione rigorosa delle pretese risarcitorie apprezzabili³⁴, dando così corpo ad una linea ricostruttiva di segno radicalmente opposto alla precedente. Ed in effetti, in relazione alla valutazione dell'impostazione complessiva e del tracciato evolutivo del sistema normativo fatta propria dal singolo interprete, il richiamo ai doveri di solidarietà, per la relazione bilaterale che gli stessi istituiscono, si presta altrettanto bene ad una concretizzazione di essi che ponga l'accento sulla posizione della vittima del fatto lesivo così come ad una loro lettura attenta alla natura ed alla consistenza della situazione giuridica soggettiva sottostante alla condotta lesiva.

Non pare del resto casuale che proprio l'Autore, il quale pure assai di recente ha ravvisato nei doveri di solidarietà la possibile chiave di volta per ammettere risarcimenti ultracompensativi a fronte di danni patrimoniali, dia infine atto, essenzialmente sulla base di argomenti in termini di efficienza economica del sistema, dell'inopportunità di una soluzione che accrediti i medesimi³⁵. Infatti, ed anche nell'ambito in cui, da parte della dottrina della quale si sta riferendo il pensiero, più frequenti sarebbero le ipotesi di fatti dannosi definibili come microviolazioni, e cioè i comportamenti della Pubblica Amministrazione, si perviene alla conclusione secondo la quale “nell'auspicio di un risarcimento ultracompensativo che debba andare a beneficio della collettività, il fatto di imporre un risarcimento ultracompensativo a carico della Pubblica Amministrazione avrebbe il significato di addossarne il costo alla collettività stessa, che lo sosterebbe mediante il prelievo fiscale per poi eventualmente beneficiarne dove il risarcimento fosse impiegato a suo vantaggio”³⁶. Tuttavia, e lasciando da parte l'opinabilità della premessa, che ascrive all'area degli eventuali comportamenti illegittimi della Pubblica Amministrazione la gran parte delle ipotesi di microviolazioni³⁷, e la controvertibilità della conclusione³⁸, un argomento che, muovendo da una norma di rango costituzionale,

³² Il riferimento è, ovviamente, all'opera di Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964.

³³ Nell'impostazione delle sentenze delle Sezioni Unite dell'11 novembre 2008 nn. 26972 – 5: vedile, tra i tantissimi altri luoghi, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 4 ss.

³⁴ In particolare, è nota l'affermazione delle Sezioni Unite, nelle decisioni citate alla nota precedente, secondo la quale “il risarcimento del danno non patrimoniale è dovuto solo nel caso in cui sia superato il livello di tollerabilità ed il pregiudizio non sia futile”, poiché “pregiudizi connotati da inutilità ogni persona inserita nel complesso contesto sociale li deve accettare in virtù del dovere della tolleranza che la convivenza impone”.

³⁵ Infatti, secondo il pensiero di quest'Autore - ad avviso del quale “il principio solidaristico, il solo che per ipotesi potrebbe giustificare un risarcimento ultracompensativo, consiglia nel contempo che una parte dell'ultracompenzazione attribuita dal giudice venga trasferita dal danneggiato a beneficio dell'intera collettività, in ossequio al principio della giustizia distributiva” - si perverrebbe ad uno scenario “il quale è attualmente in parte congetturale e in parte immaginario: è cioè congetturale là dove si voglia ammettere che la solidarietà costituzionale possa volere la ultracompenzazione dei danni provocati da microviolazioni; ed è immaginario là dove si suggerisce invece che la ultracompenzazione dovrebbe essere in parte ritrasferita sulla collettività o almeno sui fruitori di beni o servizi forniti dall'autore delle microviolazioni” (così Maggiolo, *Microviolazioni e risarcimento ultracompensativo*, cit., 1095).

³⁶ Così ancora Maggiolo, *Microviolazioni e risarcimento ultracompensativo*, cit., 1102.

³⁷ L'opinabilità della premessa riferita nel testo emerge, del resto, già dal rilievo che essa è affidata non ad argomenti logici né statistici, ma alla auto – percezione di ciascuno, che, secondo l'Autore in questione, deporrebbe appunto in tal senso: in questo modo, si finisce tuttavia per introdurre un criterio – appunto, quello della percezione soggettiva – insuscettibile di una verifica sul piano scientifico.

³⁸ Mantenendosi sul piano degli argomenti di opportunità o efficienza economica, è, infatti, tutto da dimostrare che il soggetto privato, in ipotesi autore delle microviolazioni, possa traslare sul prezzo dei prodotti il costo del risarcimento ultracompensativo, che sia condannato in ipotesi a pagare, senza rischiare di andare incontro alla conseguenza di una propria espulsione dal mercato di riferimento; sul versante dei comportamenti della Pubblica Amministrazione in ipotesi tali da determinare microviolazioni, poi, non si può trascurare che un meccanismo di automatica traslazione del costo del risarcimento ultracompensativo sul carico fiscale sarebbe con ogni verosimiglianza ostacolato, se non dall'operare degli strumenti di controllo politico sull'operato della Pubblica Amministrazione, dalla possibilità di affermare la responsabilità per danno erariale dei titolari degli organi della medesima Amministrazione cui fossero ascrivibili i

si lasci confutare da semplici rilievi in termini di efficienza economica dimostra inevitabilmente la propria intrinseca debolezza.

La tenuta sistematica, per così dire, della scelta di ricondurre il discorso relativo ai c.d. danni punitivi sul piano del principio dell'effettività della tutela risulta confermata anche dalla considerazione del rilievo che un approccio attento a quest'ultimo principio ha assunto nella elaborazione giurisprudenziale e nella riflessione dottrinale più recenti.

In particolare, e com'è noto, la Corte Costituzionale, muovendo dal coordinamento degli articoli 2, 3 e 24 della Costituzione, ha senz'altro, e da tempo, affermato il diritto ad una tutela sostanziale effettiva³⁹. Dal canto suo, la Corte di Cassazione⁴⁰ ha posto l'accento, sul "diritto ad un rimedio adeguato al soddisfacimento del bisogno di tutela di quella specifica, unica, talvolta irripetibile situazione sostanziale di interesse giuridicamente tutelato", diritto del quale la medesima Corte di Cassazione ha colto i più precisi contorni all'interno di un ordinamento internazionale "nel quale il moltiplicarsi di accenti sul diritto al rimedio effettivo che emerge dalla lettura degli artt. 8 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo...e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea", ricostruendolo come diritto alla misura appropriata alla soddisfazione del bisogno di tutela.

Queste indicazioni hanno trovato un riscontro puntuale in dottrina, allorché si è osservato che "la riflessione sul tema (n.d.r.: dei rimedi) presuppone l'esistenza di un interesse protetto, sicché l'approccio rimediale non incide sull'*an* della protezione, ma solo sulle modalità di applicazione della tutela più efficiente", con il corollario che "il rimedio non si sostituisce al diritto o all'obbligo sostanziale ma intende fornire uno strumento di tutela adeguata, in presenza di violazione di interessi e diritti, specie in presenza di forme complesse e fondamentali e di nuovi beni da tutelare"⁴¹.

E', dunque, proprio in questa direzione – e cioè sul versante della concreta verifica circa l'utilità dello strumento del riconoscimento dei danni punitivi nella prospettiva del reperimento della tutela davvero effettiva delle situazioni giuridiche soggettive - che dovrà dipanarsi l'ulteriore sviluppo del discorso; questo sarebbe tuttavia sicuramente monco se non rendesse conto già ora, e nel solco di un accenno operato da principio, dell'eventuale conflitto che si possa innescare tra il principio di effettività ed altri principi o valori, essi pure, in ipotesi, dotati di rilevanza costituzionale. La struttura intrinsecamente bilaterale di ogni giudizio di responsabilità civile (e, più in generale, di ogni vicenda nella quale il diritto privato sia chiamato a dispiegare la propria tipica funzione regolatrice delle situazioni di conflitto tra i soggetti dell'ordinamento) rende in altre parole necessario, a questo punto, individuare se vi sia, ed in caso affermativo quale sia, il valore o principio costituzionale antagonista rispetto a quello di effettività, riguardato, quest'ultimo, secondo la premessa assunta, quale possibile fondamento

comportamenti lesivi (con conseguente effetto deterrente nei confronti di coloro che subentrassero nella titolarità dei medesimi organi quanto al tenere gli stessi comportamenti).

³⁹ Cfr. Corte Cost. sentenza n. 238 del 2014, in *Foro it.*, 2015, I, 1152

⁴⁰ Cfr. Cass. 17 settembre 2013 n. 21255, *Corriere giur.*, 2014, 489 ss., con note di Bona, Boccagna e di chi scrive.

⁴¹ Così G. Vettori, *Il contratto europeo fra regole e principi*, Torino, 2015, 23.

dell'apertura del nostro sistema normativo ai “rimedi risarcitori con funzione non riparatoria, ma sostanzialmente sanzionatoria”⁴².

Si è già anticipato ⁴³ che, a nostro avviso, il principio o valore antagonista è rappresentato, in prospettiva generale, dal principio di libertà e, più specificamente ancora, dall'ambito di protezione (e, dunque, appunto di libertà) che si possa ritenere assegnato alla situazione giuridica soggettiva sottostante alla condotta lesiva; si viene, dunque, a delineare un problema di bilanciamento di interessi, che finisce per essere particolarmente delicato e complesso proprio nelle ipotesi in cui tratti di situazioni giuridiche soggettive dotate di una protezione affidata a norme di rango equivalente.

Qui il discorso deve inevitabilmente scendere nel concreto e misurarsi con la rilevazione – condotta a partire dalle scelte di volta in volta adottate dal legislatore - di tutte le circostanze che possano indurre a privilegiare l'esigenza di assicurare una tutela effettiva della situazione giuridica soggettiva lesa, dischiudendo la strada ad una condanna risarcitoria che possa assumere anche una funzione sanzionatoria ovvero, ed al contrario, a ritenere che una condanna di questo contenuto determini una compressione irragionevole della sfera di libertà del candidato responsabile: rilevazione che, a sua volta, potrà ricevere un contributo decisivo dalla ricognizione delle ipotesi individuate dal legislatore, e dunque proprio perché tali sicuramente conformi al paradigma dell'art. 23 Cost., di condanne risarcitorie dotate pure di una funzione sanzionatoria.

3. La ricognizione, svolta all'interno dell'ordinamento giuridico italiano e tanto in contesti di responsabilità extracontrattuale che contrattuale, di ipotesi di “rimedi risarcitori con funzione non riparatoria, ma sostanzialmente sanzionatoria”, costituisce un passaggio ineludibile di tutti i contributi che hanno affrontato, anche in epoca antecedente all'ordinanza della Corte di Cassazione n. 9978/16⁴⁴, la questione della compatibilità con l'ordine pubblico di una condanna al pagamento di una somma di danaro per un titolo di danni punitivi⁴⁵.

⁴² Per riprendere ancora una volta la formulazione dell'ordinanza di remissione alle Sezioni Unite della questione relativa alla delibabilità delle sentenze straniere recanti condanna al risarcimento per un titolo di danni punitivi.

⁴³ Cfr. *supra* § 1,

⁴⁴ Quest'ultima, a sua volta, dedica una considerazione molto accurata anche a questo aspetto del problema. I riferimenti proposti dall'ordinanza, a titolo dichiaratamente esemplificativo (e sulla possibilità di ravvisarne anche altri, all'interno del sistema, si avrà modo di tornare tra breve), l'art. 12 della legge 8 febbraio 1948 n. 47, che, nel caso di diffamazione a mezzo stampa, prevede il pagamento di una somma “in relazione alla gravità dell'offesa ed alla diffusione dello stampato”; l'art. 96, co. 3° c.p.c., così come aggiunto dall'art. 45 della legge 18 giugno 2009 n. 69, che prevede la condanna della parte soccombente al pagamento di una “somma equitativamente determinata” in funzione sanzionatoria dell'abuso del processo, così come l'analoga formulazione contenuta nell'art. 26 co. 2° del d. lgs. 2 luglio 2010 n. 104; l'art. 709 *ter* c.p.c., in base al quale nelle controversie tra genitori circa l'esercizio della responsabilità genitoriale o le modalità di affidamento della prole, il giudice ha il potere di emettere pronunce di condanna al risarcimento dei danni con una chiara valenza punitiva; gli artt. 158 della L. 633/1941 e l'art. 125 del d. lgs. 10 febbraio 2005 n. 30, laddove riconoscono al danneggiato un risarcimento corrispondente ai profitti realizzati dall'autore del fatto, connotato da una funzione preventiva e deterrente, nel caso in cui l'agente abbia lucrato un profitto di maggiore entità rispetto alla perdita subita dal danneggiato; l'art. 187 *undecies*, comma 2 del d. lgs. 24 febbraio 1998 n. 58, che prevede, nei procedimenti penali per i reati di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato che la Consob possa richiedere, a titolo di riparazione dei danni cagionati dal reato all'integrità del mercato, una somma determinata dal giudice, anche in via equitativa, “tenendo comunque conto della offensività del fatto, delle qualità del colpevole e dell'entità del prodotto o del profitto conseguito dal reato”; il decr. lgs. 15 gennaio 2016 n. 7, il quale, agli artt. 3 e 5, ha abrogato varie fattispecie di reato previste a tutela della fede pubblica, dell'onore e del patrimonio, e, se i fatti sono dolosi, ha previsto, accanto al risarcimento del danno, accordato in favore della parte lesa, l'irrogazione di sanzioni pecuniarie civili, caratterizzate da una funzione sia preventiva che repressiva, la cui concreta quantificazione è disposta dal giudice sulla base di parametri come la gravità della violazione, la reiterazione dell'illecito, l'arricchimento del soggetto responsabile, l'eventuale attività posta in essere dall'agente per l'eliminazione o l'attenuazione delle conseguenze dell'illecito, la personalità dell'agente e le condizioni economiche del medesimo.

⁴⁵ Un quadro assai analitico di ipotesi analoghe a quelle rilevate dall'ordinanza di remissione è quello offerto da M. Di Marzio, *I danni punitivi* etc. cit., il quale si sofferma anche su alcuni casi di pene private rinvenibili già all'interno del sistema del codice civile: dall'art. 129 – *bis* c.c., laddove questa norma, anche a prescindere dalla prova di un danno subito, riconosce, a favore del coniuge di buona fede, una congrua indennità posta a carico del coniuge al quale sia imputabile la nullità del matrimonio, alla disciplina della clausola penale, dall'art.

In particolare, e nell'ambito delle più recenti riflessioni sul tema, sembra acquisire un ruolo significativo la considerazione del contenuto precettivo, e delle prospettive applicative, dell'art. 96, co. 3° c.p.c.⁴⁶, anche alla luce di una recentissima decisione della Corte Costituzionale⁴⁷. Quest'ultima ha, infatti, disatteso la questione di illegittimità costituzionale di quella disposizione, laddove essa prevede che la condanna della parte soccombente al pagamento, oltre che delle spese di lite, di un'ulteriore somma equitativamente determinata, sia adottata in favore della parte vittoriosa, e non dell'erario; ed ha formulato questa conclusione sulla premessa che “la novella del 2009 che ha esteso, con marginali varianti, a tutti i gradi di giudizio lo strumento deflattivo prima dettato per la sola fase di legittimità, non ha connotati di irragionevolezza ma riflette una delle possibili scelte del legislatore che non è costituzionalmente vincolato nella sua discrezionalità nell'individuare la parte beneficiaria di una misura che sanziona un comportamento processuale abusivo e che funga da deterrente al ripetersi di siffatta condotta”.

Al riguardo, e tanto più in presenza del contenuto della sentenza della Corte Costituzionale appena citata, è sicuramente condivisibile l'orientamento che ravvisa nella condanna *ex art. 96, 3° co. c.p.c.* un istituto con funzione sanzionatoria, scorrendosi di una sorta di sanzione civile a carico del soccombente, anche se vanno considerate con cautela, se non altro dal punto di vista della precisione concettuale e terminologica⁴⁸, le argomentazioni che lo configurano come una forma di “danno punitivo diretto a scoraggiare l'abuso del processo e degli strumenti forniti dalla legge alle parti”⁴⁹. Non pare, invece, percorribile con altrettanta facilità l'ulteriore passaggio del discorso, pure svolto da un assai recente orientamento dottrinale, secondo il quale potrebbe essere accreditata proprio dalla disposizione in questione l'esistenza di “una sanzione civile ultracompensativa parametrata al livello di repressibilità (anche extragiudiziale) delle condotte lesive, da ritenersi operante finanche in ipotesi di contumacia del convenuto”. Ne discenderebbe, ad avviso di questo orientamento dottrinale, il corollario che l'art. 96, 3° co. c.p.c., nato “per scoraggiare impieghi controfunzionali del processo, sembra in grado di assurgere a sede normativa dei danni punitivi, applicabili ogni volta che l'autore abbia fornito evidenze circa la malafede o la colpa grave del convenuto nella causazione dell'evento lesivo, magari con l'aggravante di un contegno processuale particolarmente disdicevole”⁵⁰. Al riguardo, si deve osservare che il riconoscimento di una pluralità di

70 disp. att. c.c., che prevede la possibilità del regolamento di condominio di contemplare sanzioni a carico del condomino che violi una delle prescrizioni del medesimo, sanzioni che si aggiungono al risarcimento del danno in favore degli altri condomini o del medesimo condominio, all'art. 1224 c.c., laddove, in materia di obbligazioni pecuniarie, rimette al creditore la scelta fra il risarcimento del danno, eventualmente eccedente la misura degli interessi legali, ed il riconoscimento degli interessi legali, senza necessità di dimostrare di avere effettivamente subito un danno e restando preclusa al debitore inadempiente la possibilità di provare l'inesistenza di danni ovvero l'esistenza di danni di entità inferiore.

⁴⁶ Sul punto vedi, soprattutto, Quarta, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, cit., 180 ss.; Id., *Illecito civile, danni punitivi e ordine pubblico*, cit., 1165 s.; Lucchini Guastalla, *La compatibilità dei danni punitivi* ecc. cit., 1483 ss.

⁴⁷ Si tratta, com'è noto, di Corte Cost., 1° giugno 2016 n. 152, pubblicata, tra gli altri luoghi, in *Corr. Giuridico*, 2016, 1586 ss. con nota di Asprella; in *Foro It.*, 2016, I, 2639 ss.

⁴⁸ In relazione alle argomentazioni esposte al § 1 e cioè per la non trapiantabilità dell'istituto dei danni punitivi in quanto tale nel nostro sistema normativo, rispetto al quale esso si configura, in effetti, come un 'alieno'.

⁴⁹ Sembra invece incline a leggere la previsione in esame in chiave di danni punitivi Lucchini Guastalla, *op. cit.*, 1487: “l'istituto in esame presenta effettivamente tutti i caratteri dei danni punitivi, consistendo nella condanna alla corresponsione di una somma liquidata indipendentemente dalla dimostrazione del danno subito”.

⁵⁰ Questa è la posizione di Quarta, *Illecito civile, danni punitivi e ordine pubblico*, cit., 1166 nonché, prima ancora, Id., *Risarcimento e sanzione*, cit., 395 ss., dove si legge un'ancora più articolata illustrazione dell'assunto, e Id., *Legittimità e operatività dei danni punitivi nell'art. 96, 3° co. c.p.c.*, in *Giustizia civile.com*, 14 febbraio 2014.

luoghi, all'interno del vigente sistema normativo, nei quali la condanna del responsabile di un illecito al pagamento di una somma di danaro in favore della vittima del medesimo si veda attribuita una funzione sanzionatoria, se è argomento sicuramente di particolare rilievo sul piano della valutazione di compatibilità con l'ordine pubblico della sentenza straniera che rechi una condanna al pagamento di danni punitivi, non consente di superare il limite discendente dall'art. 23 Cost. e, dunque, di costruire un obbligo di eseguire una prestazione patrimoniale di natura sanzionatoria in difetto di una corrispondente previsione di legge; e questo tanto più ove si consideri che, anche dal punto di vista dell'enunciato linguistico per mezzo del quale si esprime l'art. 96, co. 3° c.p.c., questa disposizione non appare davvero esportabile al di fuori dell'ambito processuale nella quale si trova inserita.

Se non avrebbe, dunque, una particolare utilità, essendo stato questo compito svolto con accuratezza anche di recente, ripercorrere ancora una volta tutti i luoghi del sistema nei quali emergono ipotesi di "rimedi risarcitori con funzione... sostanzialmente sanzionatoria", un cenno meritano tuttavia, in relazione alle conclusioni che essi consentiranno di svolgere, alcuni spunti desumibili da disposizioni nelle quali viene in considerazione la tutela di situazioni giuridiche soggettive del lavoratore subordinato a fronte di inadempimenti datoriali (e, dunque, in contesti normativi di responsabilità contrattuale). Si pensi all'art. 18, co. 5° L. n. 300/70 che, in materia di tutela a fronte del licenziamento con riferimento al quale il giudice abbia accertato la non ricorrenza degli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro, prevede che il contenuto della sentenza sia tale da "dichiara(re) risolto il rapporto di lavoro con effetto dalla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata tra un minimo di dodici ed un massimo di ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, in relazione all'anzianità del lavoratore e tenuto conto del numero dei dipendenti occupati, della dimensione dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti, con onere di specifica motivazione al riguardo": si tratta, infatti, di una condanna risarcitoria che prescinde totalmente dalla individuazione di un danno, che potrebbe anche mancare del tutto, come accade nell'ipotesi in cui il lavoratore, subito dopo il licenziamento, abbia trovato un'occupazione alternativa, che potrebbe essere in ipotesi anche maggiormente remunerativa. Non è, dunque, forzato ravvisare in questa previsione una valenza sanzionatoria di un comportamento datoriale che, in quanto tale da ledere il diritto del lavoratore subordinato a prestare la propria opera, interrompendo in ipotesi illegittimamente la continuità del rapporto di lavoro, palesa un grado elevato di disvalore sociale, a prescindere dal danno che quel comportamento sia in grado di creare.

Una valenza *lato sensu* sanzionatoria può ravvisarsi anche nella previsione dell'art. 28, co. 2° decr. Lgs. 81/2015, in materia di tutela del lavoratore assunto a tempo determinato con contratti nulli quanto alla clausola del termine, secondo la quale "nei casi di trasformazione del contratto a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato, il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del danno a favore del lavoratore, stabilendo un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'articolo 8 della legge n. 604 del 1966". Infatti, anche questa indennità prescinde dalla prova di

qualsiasi profilo di danno, benché la precisazione secondo la quale “la predetta indennità ristora per intero il pregiudizio subito dal lavoratore, comprese le conseguenze retributive e contributive relative al periodo compreso tra la scadenza del termine e la pronuncia con la quale il giudice ha ordinato la ricostituzione del rapporto di lavoro” lasci intendere che nella predetta indennità prevale probabilmente la funzione di contenimento e forfettizzazione dei molteplici profili di danno che un lavoratore, il quale sia stato appunto assunto con contratti a termine illegittimi, può lamentare⁵¹.

Disponiamo, a questo punto, di tutti gli elementi per (tentare di) individuare le ragioni sottostanti alle scelte normative che assegnano una funzione sanzionatoria al meccanismo tipicamente privatistico della costituzione di un rapporto obbligatorio avente ad oggetto il pagamento di una somma di danaro da parte dell'autore dell'illecito ed in favore del soggetto protetto dalla norma che per mezzo dell'illecito sia stata violata. In particolare, sembra possibile ribadire, così confermandosi un'ipotesi ricostruttiva già abbozzata, che quelle ragioni attengano alla presa d'atto, da parte del legislatore, che, nel caso concreto, una tutela imperniata esclusivamente sul rimedio risarcitorio compensativo sarebbe inadeguata rispetto all'esigenza di una tutela effettiva. In alcuni casi, la percezione di non effettività della tutela si ricollega alla speciale rilevanza, nel quadro dei valori protetti dal sistema normativo nel suo complesso, della situazione giuridica incisa dal fatto illecito⁵²; altre volte essa si spiega per la difficoltà di provare, nel caso concreto, l'esistenza di un danno, inteso come perdita⁵³; altre volte ancora essa discende dalla consapevolezza che una condanna del responsabile ad una prestazione risarcitoria parametrata al solo danno subito dalla vittima sarebbe priva di qualsiasi efficacia deterrente, per essere il profitto dell'autore della violazione assai maggiore⁵⁴; in ulteriori casi, infine, essa si riannoda all'esigenza di reagire con peculiare intensità, e dunque giustapponendo alla tutela compensativa anche una tutela genuinamente sanzionatoria, ad ipotesi di illeciti connotati da un elemento soggettivo particolarmente qualificato⁵⁵.

⁵¹ In quest'ordine di idee, accenni ad un aspetto sanzionatorio della condanna risarcitoria si colgono anche nella recentissima sentenza delle Sezioni Unite 14 marzo 2016 n. 4914 in materia di risarcimento del danno in favore del lavoratore assunto a termine illegittimamente nel settore del pubblico impiego.

⁵² Si pensi agli esempi appena proposti in materia di valenza sanzionatoria della reazione avverso gli illeciti del datore di lavoro che comprimano variamente il diritto al lavoro del lavoratore subordinato; alle misure previste dall'art. 709 *ter* c.p.c., con riferimento alle quali è stato osservato che esse sono volte ad esercitare “una pressione psicologica sul genitore per indurlo a non perpetrare le condotte lesive e ad ottemperare alle statuizioni giudiziali per la migliore realizzazione dell'interesse del figlio” (cfr., in questo senso, La Rosa, *Il nuovo apparato rimediario introdotto dall'art. 709 ter c.p.c. I danni punitivi approdano in famiglia?*, in *Fam. e Dir.*, 2008, 60 ss.); all'art. 96, co. 3° c.p.c. ed all'art. 26, co. 2° del D. Lgs. 104/2010, dove la tutela della parte del processo che patisce l'altrui comportamento abusivo si salda con l'esigenza di portata generale di precludere appunto abusi del processo.

⁵³ In questo ordine di idee debbono essere considerati, in particolare, ed oltre alle disposizioni in materia di abuso del processo anche da ultimo menzionate, l'art. 12 della legge 8 febbraio 1948 n. 47, in materia di diffamazione a mezzo stampa. Si argomenterà, *infra*, nel testo che in questa prospettiva deve essere letto anche l'art. 2059 c.c., in considerazione della valenza fortemente sanzionatoria e deterrente, che, come si dirà, assume la condanna risarcitoria in presenza di un danno non patrimoniale.

⁵⁴ Questa sembra dover essere la spiegazione sottostante agli artt. 158 della L. 633/1941 e 125 del d. lgs. 10 febbraio 2005 n. 30, in materia di riconoscimento al danneggiato di un risarcimento corrispondente ai profitti realizzati dall'autore del fatto, in chiara prospettiva di prevenzione e di deterrenza, nel caso in cui l'agente abbia lucrato un profitto di maggiore entità rispetto alla perdita del danneggiato. Da ultimo, su ipotesi del genere, vedi anche Corte Giust. V Sezione, sentenza del 25 gennaio 2017 nella causa C – 367/15. Una ragione analoga pare, almeno in parte, quella sottesa alla previsione dell'art. 187 *undecies* co. 2° del decr. lgs. 58/98, sia pure con la peculiarità che, in questo caso, la somma “a titolo di riparazione dei danni cagionati dal reato all'integrità del mercato... determinata dal giudice, anche in via equitativa, tenendo comunque conto dell'offensività del fatto, delle qualità personali del colpevole e dell'entità del prodotto o del profitto conseguito dal reato” deve essere corrisposta alla Consob.

⁵⁵ Segnatamente, in termini di dolo. In questa prospettiva, si debbono collocare, in particolare, gli artt. 3 – 5 del decr. lgs. 15 gennaio 2016 n. 7. Si sofferma, da ultimo, sui danni aggravati dalla condotta, Monateri, *Commento* alla ordinanza di Cass. 9978/2016, il quale tenta di argomentare, a partire dalla considerazione delle disposizioni dell'art. 1225 c.c., in materia di responsabilità contrattuale, e dell'art. 2056 c.c., in tema di responsabilità extracontrattuale, un principio generale, argomentato essenzialmente sulla base di considerazioni attente al piano dell'analisi economica del diritto, secondo il quale “i casi di dolo vanno trattati diversamente da quelli di colpa”: infatti, tra le

Naturalmente, e poiché spetta pur sempre al legislatore determinare il tipo di rimedio da predisporre a fronte della lesione di una situazione giuridica soggettiva, la mera circostanza che la natura delle utilità che quest'ultima attribuisce al titolare renda auspicabile una tutela (anche) di tipo sanzionatorio della medesima, non è sufficiente ad orientare in questo senso la soluzione, ove non sia vulnerato il principio di effettività. Significativa è, in questo senso, la materia del risarcimento del danno da violazione della disciplina *antitrust*, dove, ad una più risalente giurisprudenza della Corte di Giustizia⁵⁶, che rimetteva sostanzialmente alle singole discipline nazionali di valutare, in conformità alle regole vigenti in ciascuno degli Stati membri, l'introduzione anche di rimedi a carattere punitivo, ha fatto seguito, invece, una scelta di netta chiusura nei confronti di questi ultimi da parte della Direttiva 2014/104/UE⁵⁷ e, conseguentemente, anche ad opera della recentissima legislazione nazionale d'attuazione⁵⁸.

4. I risultati da ultimo acquisiti, appunto nel senso della configurabilità, all'interno del sistema normativo italiano, di ipotesi di "rimedi risarcitori con funzione non riparatoria, ma sostanzialmente compensativa", debbono essere ora utilizzati nella prospettiva della concretizzazione del parametro normativo specificamente rilevante al fine della delibazione di una sentenza straniera recante condanna al pagamento di una somma a titolo di danni punitivi: e cioè, in relazione all'art. 64, 1° co. lett. g), appunto il concetto di ordine pubblico.

Qui il termine di riferimento del discorso è, inevitabilmente, proprio la più volte citata ordinanza n. 9978/16, e, in particolare, l'evoluzione del concetto di ordine pubblico⁵⁹ della quale essa dà atto: dall'ordine pubblico "inteso originariamente come espressione di un limite riferibile all'ordinamento giuridico nazionale, costituito dal complesso dei principi che, tradotti in norme inderogabili o da queste desumibili, informano l'ordinamento giuridico e concorrono a caratterizzare la struttura etico – sociale della società nazionale in un determinato momento storico", all'ordine pubblico internazionale "da intendersi come complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, ma fondati su esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi orientamenti e desumibili, innanzi

circostanze del caso del quale il giudice dovrebbe tenere conto, con equo apprezzamento, in sede di determinazione del lucro cessante, verrebbe in considerazione anche l'esistenza, o meno, di un contegno doloso. Su questa ricostruzione si veda quanto si dirà *infra* nel testo. Un discorso diverso, da tempo assunto al livello di piena consapevolezza dottrinale grazie al contributo di Cendon, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Torino, 1976, è quello dell'esistenza di fatti illeciti che si qualificano come tali in quanto la corrispondente condotta dell'agente è sorretta da un elemento psicologico in termini di dolo.

⁵⁶ Il riferimento è, ovviamente, alla decisione nella causa C – 298/04 (cause riunite C- 295/04; C – 297/04; C – 298/04) del 13 luglio 2006, secondo la quale, sulla premessa che "in conformità del principio di equivalenza una forma particolare di risarcimento, qual è il risarcimento esemplare o punitivo, deve poter essere riconosciuta nell'ambito di azioni fondate sulle regole comunitarie di concorrenza, qualora possa esserlo nell'ambito di azioni analoghe fondate sul diritto interno", si era pervenuti alla conclusione che "in mancanza di disposizioni di diritto comunitario in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro, stabilire i criteri che consentono la determinazione dell'entità del risarcimento del danno causato da un'intesa o da una pratica vietata dall'art. 81 CE, purché siano rispettati i principi di equivalenza e di effettività". E' noto che, dal canto suo, il Libro verde della Commissione sulle azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, Bruxelles, 9 dicembre 2005, aveva previsto, tra le altre misure, il rimedio della condanna al doppio del danno subito in favore della parte danneggiata da un cartello orizzontale, ma la regola era stata eliminata dal successivo Libro bianco del 2008.

⁵⁷ L'art. 3, co. 3° della medesima, infatti, prevede che "il pieno risarcimento ai sensi della presente direttiva non conduce ad una sovracompenrazione del danno subito, sia sotto forma di risarcimento punitivo che di risarcimento multiplo o di altra natura".

⁵⁸ Il riferimento è ovviamente al decr. lgs. 19 gennaio 2017 n. 3, il quale, all'art. 1, co. 2° afferma che "il risarcimento comprende il danno emergente, il lucro cessante e gli interessi e non determina sovracompenrazioni".

⁵⁹ Il punto è ben colto, in particolare, nella riflessione dottrinale sull'ordinanza, da Lucchini Guastalla, *La compatibilità dei danni punitivi*, etc. cit., 1474 s. e, soprattutto, da Grondona, *L'auspicabile 'via libera' ai danni punitivi, il dubbio limite dell'ordine pubblico e la politica del diritto di matrice giurisprudenziale (a proposito del dialogo tra ordinamenti e giurisdizioni)*, in *Dir. civ. cont.*, 31 luglio 2016.

tutto, dai sistemi di tutela approntati a livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria”. Secondo l’ordinanza, un’evoluzione di questa portata del concetto di ordine pubblico configura un “progressivo e condivisibile allentamento del livello di guardia tradizionalmente opposto dall’ordinamento nazionale all’ingresso di istituti giuridici e valori estranei, purché compatibili con i principi fondamentali desumibili, in primo luogo, dalla Costituzione ma anche dai trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea e, indirettamente, dalla Convenzione Europea dei diritti dell’uomo”; e punti di emersione di questa evoluzione sono ravvisati anche nella disciplina normativa comunitaria⁶⁰, nella giurisprudenza comunitaria⁶¹ e nella stessa giurisprudenza di legittimità⁶².

Su queste premesse, la Corte di Cassazione, nell’ordinanza più volte richiamata, afferma che “l’ordine pubblico non si identifica con quello esclusivamente interno, poiché, altrimenti, le norme di conflitto sarebbero operanti solo ove conducessero all’applicazione di norme materiali aventi contenuto simile a quelle italiane, cancellando la diversità tra i sistemi giuridici e rendendo inutili le regole del diritto internazionale privato” e, nello sforzo di descrivere ancora meglio il contenuto del concetto di ordine pubblico rilevante ai fini del giudizio di delibazione, osserva che “se il legislatore è libero di atteggiarsi come meglio ritiene, allora potranno avere libero ingresso prodotti giudiziali stranieri applicativi di regole diverse, ma comunque non contrastanti con i valori costituzionali essenziali o non incidenti su materie disciplinate direttamente dalla Costituzione”. In altre parole, “il giudice della delibazione, al quale è affidato il compito di verificare preventivamente la compatibilità della norma straniera con tali valori, desumibili direttamente da norme e principi sovraordinati (costituzionali e internazionali) dovrà negare il contrasto in presenza di una mera incompatibilità (temporanea) della norma straniera con l’assetto normativo interno, quando questo rappresenti una delle diverse modalità di attuazione del programma costituzionale, quale risulti dall’esercizio della discrezionalità del legislatore in un determinato momento storico⁶³”.

Qui si innesta, nel percorso argomentativo dell’ordinanza, il passaggio che assume maggiore interesse ai fini delle considerazioni qui svolte: e cioè l’assunto secondo il quale “non dovrebbe considerarsi pregiudizialmente contrario a valori essenziali della comunità internazionale (e, quindi, all’ordine pubblico internazionale) l’istituto di origine nordamericana dei danni non risarcitori, aventi carattere punitivo”, potendo pervenirsi,

⁶⁰ In quest’ordine di idee, l’ordinanza fa riferimento all’esclusione del riconoscimento nei soli casi di contrarietà manifesta all’ordine pubblico, così come previsto dall’art. 34 del reg. CE 22 dicembre 2001 n. 44, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale; l’art. 26 del reg. CE 11 luglio 2007 n. 864, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali; l’art. 22 e 23 del reg. CE 27 novembre 2003 n. 2201, in tema di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e della responsabilità genitoriale; l’art. 24 del reg. CE 18 dicembre 2008 n. 4/2009, in materia di obbligazioni alimentari.

⁶¹ In questa prospettiva, viene menzionata la pronuncia della Corte Giust. UE, 4 ottobre 2012, C – 249/11, per giustificare le deroghe alla libera circolazione delle persone invocabili dagli Stati membri)

⁶² Al riguardo, l’ordinanza rammenta le precedenti pronunce della Suprema Corte secondo le quali “il rispetto dell’ordine pubblico debba essere garantito, in sede di controllo della legittimità dei provvedimenti giudiziari e degli atti stranieri, avendo riguardo non già all’astratta formulazione della disposizione straniera o alla correttezza della soluzione adottata assumendo come criterio di riferimento l’ordinamento straniero o quello italiano, bensì ai suoi effetti, “in termini di compatibilità con il nucleo essenziale dei valori del nostro ordinamento”. In questa prospettiva, si precisa, da parte dell’ordinanza, che “le norme espressive dell’ordine pubblico sono quelle fondamentali e non coincidono con quelle, di genere più ampio, imperative o inderogabili” da ciò traendosi il corollario che “il contrasto con queste ultime non costituisce, di per sé solo, impedimento all’ingresso del provvedimento straniero” e si menzionano i precedenti di Cass. n. 4040/2006, 13928/1999, 2215/1984.

⁶³ L’ordinanza precisa, sul punto, che “si tratta di un giudizio simile a quello di costituzionalità, ma preventivo e virtuale, dovendosi ammettere il contrasto con l’ordine pubblico soltanto nel caso in cui al legislatore ordinario sia precluso di introdurre, nell’ordinamento interno, una ipotetica norma analoga a quella straniera, in quanto incompatibile con i valori costituzionali primari”.

ad avviso dell'ordinanza, ad un giudizio di contrarietà di una condanna al pagamento di danni punitivi “solo quando la liquidazione sia giudicata effettivamente abnorme, in conseguenza di una valutazione, in concreto, che tenga conto delle ‘circostanze del caso di specie e dell'ordinamento giuridico dello stato membro del giudice adito’”⁶⁴.

Superato l'ostacolo derivante dalla sussistenza del limite dell'ordine pubblico, l'ordinanza si volge ad esaminare le ragioni sottostanti ai precedenti orientamenti giurisprudenziali della Suprema Corte che avevano escluso la possibilità di delibare sentenze straniere contenenti statuizioni di condanna al pagamento di danni punitivi e che erano pervenute a questa conclusione proprio sull'assunto della tipica funzione dell'istituto aquiliano di restaurazione della sfera patrimoniale del soggetto vittima della lesione ed invece della estraneità al sistema dell'idea della punizione e della sanzione del responsabile civile, con la conseguente indifferenza della valutazione, a questo fine, della sua condotta⁶⁵: e, dunque, all'esito di un discorso tutto imperniato sulla prospettiva funzionale dell'istituto.

L'impostazione critica adottata dall'ordinanza nei confronti di questo orientamento giurisprudenziale è assai persuasiva ed è condotta secondo due linee motivazionali. In primo luogo, e questo passaggio intercetta in pieno il discorso sulle funzioni della responsabilità civile⁶⁶, viene revocata in dubbio dall'ordinanza la perdurante attualità dell'assunto secondo il quale la funzione riparatorio – compensativa, benché prevalente nell'ambito del nostro sistema normativo, possa essere considerata l'unica attribuibile al rimedio risarcitorio, oltre che tale da assurgere ad un valore costituzionale essenziale ed imprescindibile, così da non essere consentito neppure al legislatore ordinario derogarvi, ponendosi, al tempo stesso, l'interrogativo se sia suscettibile di essere esclusa qualsiasi coloritura punitiva/deterrente nel rimedio aquiliano⁶⁷. In secondo luogo, si osserva, da parte della medesima ordinanza, essere

⁶⁴ In questa prospettiva, l'ordinanza cita, ed è il brano inserito a sua volta tra virgolette nel testo virgolettato dell'ordinanza, il considerando 32 del reg. CE 11 luglio 2007 n. 864 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali, aggiungendo anche una serie di puntuali riferimenti di giurisprudenza di altri sistemi giuridici europei: dalla pronuncia della Corte Costituzionale tedesca del 24 gennaio 2007, a quella del Tribunale Supremo spagnolo del 13 novembre 2001, che hanno escluso un'automatica contrarietà all'ordine pubblico delle pronunce contenenti statuizioni di condanna al pagamento di danni punitivi, alle sentenze della Corte di Cassazione francese – 7 novembre 2012 n. 11 – 23871 e 1° dicembre 2010 n. 90 – 13303, che hanno ritenuto i danni punitivi contrari all'ordine pubblico solo se liquidati in misura effettivamente eccessiva. In questo quadro, appare superata, e non soltanto sotto il profilo diacronico, la precedente decisione del *Bundesgerichtshof* del 4 giugno 1992, che si legge, tra gli altri luoghi, in *Juristenzeitung*, 1993, 261 ss. e che è largamente imperniata sulla premessa della natura soltanto compensativa della condanna risarcitoria.

⁶⁵ In questo senso, in particolare, Cass. 1183 del 2007, cit. secondo la quale, com'è noto, “è incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto dei danni punitivi che, per altro verso, non è neanche riferibile alla risarcibilità dei danni non patrimoniali o morali. Tale risarcibilità è sempre condizionata all'accertamento della sofferenza o della lesione determinata dall'illecito e non può considerarsi provata ‘in re ipsa’. E' inoltre esclusa la possibilità di pervenire alla liquidazione dei danni in base alla considerazione dello stato di bisogno e della capacità patrimoniale dell'obbligato”, Nello stesso ordine di idee, cfr. anche Cass. n. 1781 del 2012 (questa sentenza si può leggere, tra l'altro, in *Danno e resp.*, 2012, 609 ss., con nota di Ponzanelli, *La Cassazione bloccata dalla paura di un risarcimento non riparatorio* e in *Corr. Giur.*, 2012, 1068 ss. con nota di R. Pardolesi, *La Cassazione, i danni punitivi e la natura polifunzionale della responsabilità civile: il triangolo no!*) ed ancora Cass. 15814/2008, che pone l'accento sul fatto che, nell'attuale sistema normativo, il diritto al risarcimento del danno derivante dalla lesione di un diritto soggettivo non è riconosciuto con finalità e caratteristiche punitive, ma in relazione all'effettivo pregiudizio subito dal titolare dell'interesse leso, dovendosi escludere che l'ordinamento possa consentire l'arricchimento di una sfera giuridico patrimoniale in assenza di una causa giustificatrice dello spostamento patrimoniale da una sfera giuridica all'altra.

⁶⁶ Sul punto ci siamo soffermati al § 2 di questo scritto.

⁶⁷ Da questo punto di vista, il riferimento forse più significativo, contenuto anche nell'ordinanza, è a Cass. 15 aprile 2015 n. 7613, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 1899 ss., con nota di Venchiarutti, *Le astreinte sono compatibili con l'ordine pubblico interno. E i punitive damages?*; in *Giur. It.*, 2016, 562 ss. con nota di A. di Majo, *Astreinte. I confini mobili della responsabilità civile*, il quale sottolinea che “l'indirizzo giurisprudenziale, recato dalla sentenza che qui si commenta, è meritevole di attenzione perché diretto a modificare un indirizzo consolidato del nostro sistema giuridico, il quale, con lo scopo di limitare, nei rapporti civili, ogni potere discrezionale del giudice, che vada oltre la esatta commisurazione del risarcimento al danno provocato, ha così negato la possibilità che il risarcimento possa anche costituire una efficace risposta a forme gravi di violazioni di diritti, e ciò a prescindere dal danno da esse provocato. Ma, si ribadisce, già la violazione dei diritti della persona o di valori ad essa riferiti ed il risarcimento del danno ‘non patrimoniale’ (si pensi al c.d. danno esistenziale) hanno preso le

opinabile che al riconoscimento di condanne risarcitorie straniere con funzione sanzionatoria possa effettivamente opporsi un principio di ordine pubblico desumibile da categorie e concetti di diritto interno, con l'esito paradossale di "trattare la sentenza straniera come se fosse una sentenza di merito emessa da un giudice italiano", con un discorso attento, in termini assai suggestivi, alla "dinamicità o polifunzionalità del sistema della responsabilità civile, nella prospettiva della globalizzazione degli ordinamenti giuridici in senso transnazionale, che invoca la circolazione delle regole giuridiche, non la loro frammentazione tra i diversi ordinamenti nazionali"⁶⁸.

I principali svolgimenti argomentativi dell'ordinanza n. 9978, fin qui illustrati, debbono ora essere scrutinati non tanto nella prospettiva della motivazione delle precedenti sentenze della Suprema Corte, delle cui statuizioni di rigetto della richiesta di delibazione di sentenze straniere recanti statuizioni di condanna al pagamento di danni punitivi la medesima ordinanza ha inteso evidenziare i profili di opinabilità⁶⁹, quanto avuto riguardo alle argomentazioni di una non remota pronuncia di merito che aveva in effetti individuato un'articolata serie di obiezioni alla tesi della possibilità di delibare in Italia una sentenza di condanna nordamericana al pagamento di *punitive damages*⁷⁰. In particolare, le considerazioni che, secondo la pronuncia di merito in questione, ostavano alla delibazione di una sentenza straniera in materia di danni punitivi si sarebbero riferite al principio di proporzionalità, che, a sua volta, avrebbe dovuto dirsi ancorato all'art. 3 della Costituzione, e che terrebbe conto, tra l'altro, del concetto di giustizia retributiva, destinato ad informare di sé il diritto al risarcimento del danno; si sarebbero ricollegate, poi, alla distinzione tra diritto civile e diritto penale, al quale soltanto dovrebbe essere riservato il compito di punire e di ammonire i soggetti dell'ordinamento, tanto più per le maggiori garanzie che il processo penale assicura a chi vi sia coinvolto; sarebbero discese, ancora, dalla necessità di evitare che la tutela civile sanzionatoria di interessi già protetti dal diritto penale possa dare luogo alla violazione ad un *bis in idem* ovvero alla violazione del principio nulla *poena sine lege*; si sarebbero ulteriormente fondate sull'assenza di limitazioni determinate ed attendibili delle condanne per danni punitivi nei sistemi normativi in cui sono adottate; ed avrebbero ricevuto maggior forza dalla considerazione, anche da un angolo visuale diverso rispetto a quello in precedenza richiamato, del principio di eguaglianza, per la irragionevole discriminazione che ne deriverebbe tra creditori italiani e creditori stranieri, i quali ultimi, ammettendo l'eseguibilità in Italia di condanne al pagamento di danni punitivi, potrebbero soddisfarsi più facilmente, rispetto ai primi, sui patrimoni dei debitori italiani.

distanze dal ravvisare nel risarcimento la (sola) compensazione di un danno conseguenza". Su questa sentenza si veda anche lo scritto di Francesca Benatti, *Dall'astreinte ai danni punitivi: un passo ormai obbligato*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2015, 679 ss.

⁶⁸ Preziosi sono gli spunti di riflessione al riguardo di Grondona, *L'auspicabile 'via libera' ai danni punitivi, il dubbio limite dell'ordine pubblico e la politica del diritto di matrice giurisprudenziale (a proposito del dialogo tra ordinamenti e giurisdizioni)*, in *Dir. civ. cont.*, 31 luglio 2016, cit. il quale sottolinea che "non sarebbe sostenibile (o sarebbe argomentazione quanto meno assai debole) l'idea che la chiusura dell'ordine nazionale, che si fa scudo di una carta fondamentale, implica a sua volta la chiusura dell'ordine transnazionale, perché se così fosse, in punto di politica del diritto, rimarremmo incagliati nelle secche delle peculiarità nazionali come freno a qualunque cambiamento proveniente dall'esterno. Laddove la riflessione politologica e filosofico – politica oggi prevalente nel dibattito internazionale...guarda con favore a tutti quei cambiamenti funzionali alla concreta attuazione di diritti fondamentali che sono tali in tanto in quanto effettivi e non 'di carta' ovvero come si usa dire giustiziabili".

⁶⁹ Si trattava, infatti, di pronunce impennate essenzialmente, ed in maniera piuttosto autoreferenziale, sulla semplice premessa della funzione integralmente compensativa della responsabilità civile.

⁷⁰ Il riferimento è ad App. Trento, sez. dist. Bolzano, 16 agosto 2008, in *Danno e resp.*, 2009, 92 ss., con nota di Ponzanelli, *Non riconoscimento dei danni punitivi nell'ordinamento italiano: una nuova vicenda*; su questa pronuncia, si vedano anche le ampie considerazioni di Tesaro, *I punitive damages nordamericani* etc. cit., 641 ss.

Si tratta, per la gran parte, di argomentazioni che risentono della premessa, della quale la rilevazione degli indici normativi illustrati al § 3 di questo scritto ha consentito di dimostrare l'inconsistenza, nel senso della totale estraneità di rimedi sanzionatori rispetto al sistema del diritto privato italiano e della correlativa monofunzionalità della responsabilità civile. In particolare, e proprio per la ricchezza del plesso funzionale che ha ormai assunto, nella realtà del sistema, quest'istituto, è decisamente fuori bersaglio invocare, in materia, il principio della giustizia retributiva; così come appare sfocato il richiamo al divieto di *bis in idem*, ove si consideri che quello che potremmo definire il punto di rilevanza rimediabile della condanna sanzionatoria di diritto privato, appuntandosi sulla posizione della vittima del fatto, è comunque diverso rispetto a quello della norma penale. Frutto di un equivoco è, ancora, il dubbio di contrasto con l'art. 3 Cost., posto che il danneggiato, il quale abbia ottenuto, in un ordinamento che conosca l'istituto dei danni punitivi, una condanna poi deliberata in Italia non acquisirà certo una posizione di privilegio rispetto ad un danneggiato 'nazionale'; e questo tanto più ove si consideri che l'argomento basato sul principio di eguaglianza è discutibile già in astratto quando si tratti di una sentenza, chiamata proprio perché tale a decidere di un caso concreto e non certo a disciplinare casi riconducibili a classi omogenee.

Neppure sembra decisiva, almeno come ragione ostativa di carattere generale alla delibazione in Italia di una condanna straniera al risarcimento di un danno punitivo, la considerazione secondo la quale, nelle pronunce statunitensi, difetterebbe spesso, o sarebbe quanto meno succinta, la motivazione relativa ai danni, risultando impossibile distinguere tra danni compensativi e danni punitivi⁷¹. Questo, infatti, è un argomento che può semmai essere plausibilmente utilizzato per escludere la delibabilità di una specifica, concreta sentenza⁷². Precisa, al riguardo, l'ordinanza n. 9978/16 che al giudice della delibazione, ai fini della verifica di compatibilità con l'ordine pubblico interno, si chiede di "conoscere i criteri legali in concreto applicati dal giudice straniero nell'adozione della pronuncia e, segnatamente, con riferimento al tema controverso, quelli seguiti per qualificare la responsabilità e le conseguenti voci di danno ristorabili onde evincere la causa giustificatrice dell'attribuzione, il tutto nella prospettiva del controllo della "ragionevolezza e proporzionalità del liquidato in sede estera in rapporto non solo alla specificità dell'illecito ed alle patite conseguenze, ma anche ai criteri risarcitori interni". Questo, ad esempio, non era accaduto nel caso della sentenza oggetto del giudizio di impugnazione sul quale è intervenuta l'ordinanza di rimessione, perché quella sentenza aveva escluso che la pronuncia straniera contenesse una condanna al pagamento di una

⁷¹ Cfr. Tescaro, *I punitive damages nordamericani*, etc. cit., 643 s.

⁷² Non sembrano, per contro, condivisibili i rilievi di Monateri, *Commento*, cit., 832, secondo il quale sarebbe "il processo italiano, in caso di ammissione dei punitive damages a porre il convenuto nel possibile arbitrio del giudice, onde ne seguirebbe che a) le sentenze americane sono delibabili, proprio perché rese dalla giuria – anche perché altrimenti non si capisce come siano accettabili nel nostro ordinamento le sentenze penali americane basate su un verdetto immotivato per definizione della giuria". Prosegue questo Autore, osservando essere naturale che "la Cassazione confonda la garanzia con la controllabilità della decisione, dal momento che questo è il suo lavoro quotidiano, onde delle decisioni immotivate significano essenzialmente una impossibilità per la Cassazione di controllare quel particolare sviluppo del diritto. Ma questo è infine un modo di sovvertire il sostanziale col formale. La controllabilità della motivazione della decisione non assicura affatto una maggior tutela dei diritti, tant'è che proprio nel campo delle sanzioni i nostri diritti sono decisamente inferiori a quelli degli americani, e non valgono a salvare questo dato chissà quali arzigogolati ragionamenti: nessuno nel mondo preferirebbe la giustizia penale italiana a quella americana, checché si voglia dire e cambiar le carte". Ora, sorvolando sull'evidente gusto del paradosso che è alla base dell'affermazione di preferibilità della giustizia penale americana a quella italiana, è davvero difficile sostenere che l'impossibilità di controllare il fondamento logico – giuridico di una decisione, per un'eventuale carenza di motivazione della medesima, sia irrilevante al fine di garantire i diritti sui quali quella decisione vada ad incidere: e ciò non soltanto per l'esistenza, nel nostro sistema costituzionale, di una norma (l'art. 111, co. 6° Cost.) secondo la quale i provvedimenti giurisdizionali debbono essere motivati.

somma a titolo di danni punitivi, senza tuttavia “verificare la causa dell’attribuzione patrimoniale, le regole legali e/o i criteri applicati dal giudice americano nella liquidazione delle diverse voci di danno (neppure esplicitate) e, in definitiva, la ragionevolezza e proporzionalità del risarcimento”: ciò, in termini ancora più significativi, in considerazione del fatto che l’importo era elevato e che era il risultato di una proposta transattiva del danneggiato, la quale conteneva anche un importo a titolo di danni punitivi.

5. In conclusione, gli unici argomenti che sembrano davvero pertinenti nell’ambito del giudizio di delibazione di una sentenza straniera recante condanna al risarcimento di danni punitivi (e che possono, in tesi, indurre a negarla) sono, da un lato, quello attinente all’eventuale impossibilità di verificare, in relazione alla struttura stessa della motivazione della sentenza della cui delibazione si tratti, la ragionevolezza e la proporzionalità del risarcimento; dall’altro, quello che faccia leva sull’eventuale, irragionevole – perché non giustificato dall’esigenza di una tutela effettiva della situazione giuridica della vittima – sacrificio della posizione del responsabile, che la condanna pronunciata dal giudice straniero possa determinare.

Risulta, dunque, confermato che l’innesto del discorso sui danni punitivi, a livello del dato normativo costituzionale, sul principio di effettività rende possibile fornire, al tempo stesso, un ulteriore argomento a sostegno della soluzione che reputi compatibile con l’ordine pubblico la sentenza di un giudice straniero che rechi la condanna del responsabile al risarcimento di danni punitivi, così come un criterio concorrente di verifica della possibilità di delibare una decisione di questo contenuto: la sentenza del giudice straniero – ferma l’esigenza preliminare di controllo motivazionale della quale si è anche poc’anzi riferito - potrà, appunto, ritenersi certamente suscettibile di delibazione nella misura in cui, nel caso concreto, il riconoscimento del danno punitivo risulti essenziale al fine di apprestare una tutela davvero effettiva della situazione giuridica soggettiva lesa e non determini un sacrificio irragionevole della posizione del candidato responsabile.

Del resto, e sia pure con riferimento ad una questione specifica⁷³, anche la Corte di Giustizia ha ritenuto che, in presenza della disposizione di una direttiva la quale stabilisca che le sanzioni, le quali possono prevedere un risarcimento dei danni, debbono essere effettive, proporzionate e dissuasive, e nell’assenza, all’interno dell’ordinamento dello Stato membro, di una norma che riconosca in via generale l’attribuzione di danni punitivi, “spetta all’ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire i criteri che consentano di determinare l’entità della sanzione, purché i principi di equivalenza e di effettività siano rispettati”: così confermando che il principio di effettività, accanto a quello di proporzionalità della misura adottata, costituisce il termine di riferimento ineludibile di ogni riflessione in argomento⁷⁴.

⁷³ Si trattava, in quel caso, - Corte Giust. IV Sez., sentenza del 17 dicembre 2015 - di una domanda di pronuncia pregiudiziale sull’interpretazione dell’articolo 18 della direttiva 2006/54/CE, riguardante l’attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e di impiego, pronuncia intervenuta nell’ambito di una controversia nella quale una lavoratrice spagnola aveva proposto una domanda di riconoscimento di danni punitivi.

⁷⁴ Un’analoga, e sia pure cauta, apertura verso ipotesi di risarcimento esemplare o punitivo era stata manifestata, in anni più risalenti, dalla Corte di Giustizia, relativamente alla questione delle azioni fondate sulle regole comunitarie di concorrenza qualora analogo riconoscimento fosse possibile nell’ambito di azioni fondate sul diritto interno: lo osserva Busnelli, *Deterrenza, responsabilità civile ecc. cit.*, 914, nota 41,

Queste considerazioni possono, a questo punto, tentare di tradursi in linee guida per i procedimenti di delibazione da esperire di volta in volta. Tenendo conto di esse, le ipotesi di condanna al risarcimento del danno punitivo, adottate da provvedimenti giurisdizionali stranieri, destinate a suscitare i dubbi minori dal punto di vista della possibilità di delibazione dei provvedimenti stessi, saranno quelle nelle quali vengano in considerazione gravi violazioni dei diritti della persona e dei valori a questa più immediatamente riferibili⁷⁵: proprio in quei casi, infatti, la difficoltà di individuare, e di provare, una perdita, suscettibile di innescare il meccanismo della liquidazione del danno secondo le previsioni codicistiche che presiedono allo stesso, potrà rendere particolarmente adeguato, ed appunto effettivo, il rimedio consistente nella condanna del responsabile al pagamento, in favore della vittima, di una somma di danaro quantificata in relazione ai criteri della gravità dell'elemento soggettivo dell'illecito e dell'entità dell'offesa arrecata al valore della persona presidiato dalla norma⁷⁶.

Più problematica risulta la possibilità di apprezzare il principio di effettività della tutela giurisdizionale, di per sé preso, al fine di sancire la delibabilità delle sentenze straniere che rechino statuizioni di condanna al risarcimento di danni punitivi quando venga in considerazione una condotta qualificata da un elemento soggettivo di particolare intensità, come ad esempio il dolo specifico. Infatti, in questo caso, ed in presenza di una norma generale di responsabilità civile, nel nostro ordinamento, qual è l'art. 2043 c.c., che non consente di attribuire autonomamente all'elemento soggettivo della condotta né l'idoneità a qualificare come ingiusto un danno privo di per sé di

⁷⁵ In questa prospettiva, e pur non trattandosi in quel caso della delibazione di una sentenza straniera, si può richiamare la ancora assai recente decisione di Cass. 22 gennaio 2015 n. 1126, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 829 ss., con nota di Citarella, *Identità sessuale, riservatezza e danno non patrimoniale*: questa pronuncia, com'è noto, ha cassato – proprio sotto il profilo della inadeguatezza della liquidazione del danno – una sentenza di merito in un caso in cui veniva in considerazione una lesione particolarmente grave del diritto alla riservatezza, che era stata anche lo strumento per un comportamento discriminatorio della persona in ragione del suo orientamento sessuale. Ad un'ipotesi di discriminazione basata, in quel caso, non sull'orientamento sessuale ma sul sesso si riferisce anche un'ormai remota, ma ancora interessante, pronuncia della Corte di Giustizia (sentenza del 10 aprile 1984 nella causa 14/83), che ha affermato, in una questione pregiudiziale relativa alla direttiva 76/07, che l'indennizzo mediante il quale il singolo stato membro ritenga di reprimere la discriminazione debba comunque essere adeguato ed andare oltre il risarcimento simbolico perché ne siano certi l'efficacia e l'effetto dissuasivo.

⁷⁶ Una ragione analoga a quella evocata nel testo può essere richiamata, proprio per la particolare rilevanza della situazione giuridica soggettiva lesa, anche per quel che concerne, nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato, comportamenti datoriali tali da incidere illegittimamente sul diritto al lavoro del prestatore, come si è visto *sub* § 3. Per un più ampio svolgimento delle ragioni che possono essere addotte a sostegno di una funzione sanzionatoria e deterrente della condanna risarcitoria a fronte di fatti produttivi di un danno non patrimoniale, ci si permetta il rinvio al nostro *Danno morale e funzione deterrente della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 2496 s. (e, poi, in *La funzione deterrente della responsabilità civile ecc.*, cit., a cura di Sirena). In quest'ordine di idee sembra indirizzarsi anche Busnelli, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito e danni punitivi*, cit., 920, laddove questi rileva che “al risarcimento dei danni non patrimoniali, insuscettibili di valutazione economica, si addice una funzione diversa” (rispetto a quella tipicamente compensativa propria del risarcimento del danno patrimoniale) “che convenzionalmente si esprime in termini di funzione satisfattiva”, la quale “può convivere con una funzione sanzionatoria, a seconda dei casi ancillare o trainante”, pur con la – del tutto condivisibile, come si vedrà nel testo – precisazione secondo la quale “è al legislatore, e non al giudice, che compete il potere di prevedere l'innesto di questa funzione sanzionatoria e la giustificazione di una limitata sfera di risarcibilità di danni aventi un connotato *lato sensu* punitivo”. Si veda anche, ancora più di recente, Ponzanelli, *Novità per i danni esemplari?*, in *Contratto e impr.*, 2015, 1195 ss., il quale sottolinea che il settore più importante nel quale possono trovare applicazione i danni non riparatori è quello dei “pregiudizi, soprattutto non patrimoniali, che mal si prestano ad una misurazione oggettiva e, proprio per tale difficoltà operativa, il giudice (e non solo quello non professionale) è portato a valutare per eccesso la lesione dell'interesse compromesso”, prospettando come unica soluzione per ovviare ad una incertezza insostenibile quella che passi attraverso la predisposizione di tabelle. Dal canto suo, di Majò, *Astreinte – i confini mobili della responsabilità civile*, cit., 564, ha osservato che “certamente sul terreno dei diritti della persona, il principio costituzionale della inviolabilità dei diritti (art. 2) esige che la loro tutela non sia limitata alla sola presenza del danno prodotto dalla loro violazione. Detta violazione già reca in sé la presenza di un'offesa alla persona la quale, come tale, non può restare priva di risposta sul terreno della tutela, proprio perché del diritto è predicata la inviolabilità. E l'onda lunga di tale inviolabilità non può non essere una risposta anche sul terreno sanzionatorio e non soltanto su quello del danno compensativo.”. Occorre tuttavia dare atto che non pare muoversi in questa direzione il disegno di legge di riforma del risarcimento del danno non patrimoniale, che, quanto al danno non patrimoniale derivante dalla lesione di interessi della persona costituzionalmente garantiti – art. 2059 *ter* c.c. - rinvia alla determinazione del giudice secondo i criteri di valutazione previsti dalla legge ovvero, in difetto, alla valutazione equitativa del giudice; di maggiore interesse, nella disposizione in esame, la previsione, come ultimo comma di un articolo 84 – *bis* nelle disposizioni di attuazione al c.c., di una raccolta annuale delle sentenze emesse in materia al fine di favorire l'uniformità dei criteri di liquidazione del danno non patrimoniale.

questa qualificazione, né quella ad incidere sull'entità dell'obbligazione risarcitoria, l'affermazione di una valenza sanzionatoria della condanna all'adempimento di quest'ultima dovrebbe pur sempre transitare attraverso l'eventuale qualificazione di rilevanza penale del fatto: quest'ultima, infatti, consentirebbe al giudice, in sede di liquidazione del danno, di tenere conto dell'elemento soggettivo dell'illecito⁷⁷. Proprio per la ragione appena esposta non sembra agevolmente perseguibile, almeno allo stato del nostro sistema normativo, il tentativo di costruire una categoria generale di risarcimenti aggravati dalla condotta⁷⁸; mentre è decisamente forzato l'assunto secondo il quale tra le circostanze del caso, delle quali il giudice deve tenere conto in sede di liquidazione del lucro cessante, secondo la previsione dell'art. 2056 c.c., dovrebbe essere compresa anche la presenza del dolo dell'agente, già per il rilievo che riuscirebbe davvero difficile comprendere perché questo elemento soggettivo dovrebbe essere apprezzato solo ai fini della liquidazione del lucro cessante e non anche del danno emergente.

Ancora una volta meno agevole è il percorso argomentativo per pervenire alla delibazione di sentenze recanti condanna al risarcimento di danni punitivi nell'ambito in parte già evocato, nel quale si verifica il fenomeno efficacemente definito di *undercompensation* e cioè allorché il risarcimento che può essere concretamente domandato dalla singola vittima del fatto lesivo è modesto per essere modesto anche il danno subito⁷⁹. Infatti, in questo caso, la funzionalità del rimedio dei danni punitivi alle esigenze di una tutela effettiva rischia di essere in parte oscurata dalla irragionevolezza di un esito risarcitorio che, al fine di realizzare il risultato della deterrenza, evitando che il responsabile vada esente dalle micropretese risarcitorie dei singoli danneggiati dalla sua condotta, finisce per beneficiare in maniera eccessiva solo uno tra di essi⁸⁰.

Potrà forse dirsi che una verifica circa la suscettibilità di delibazione di una sentenza recante condanna al risarcimento di danni punitivi largamente imperniata sul

⁷⁷ Cfr., sul punto, da ultimo, ancora Ponzanelli, *Novità per i danni esemplari*, cit., 1199.

⁷⁸ Questa idea è, invece, sviluppata da Arnone – Calcagno – Monateri, *Il dolo, la colpa e i risarcimenti aggravati dalla condotta*, Torino, 2014. Un'apertura verso l'incidenza dell'elemento soggettivo della condotta dell'agente in materia di determinazione del danno risarcibile – anche se ovviamente con riferimento implicito alla sola graduazione della colpa – si riscontra tuttavia nel disegno di legge in materia di “sicurezza delle cure e della persona assistita nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie”, che, all'art. 7, co. 3°, attribuisce rilevanza, in sede di determinazione del risarcimento, al fatto che l'esercente la professione sanitaria si sia attenuto alle buone pratiche clinico assistenziali ed alle raccomandazioni contenute nelle linee guida.

⁷⁹ In questi casi, come nota Ponzanelli, *Novità per i danni esemplari*, cit., quali possono essere, tipicamente, quelli nei quali viene in considerazione una responsabilità per danni da prodotto, “il costo della lite, e magari la sua incertezza, sconsigliano decisamente il consumatore – danneggiato dall'intraprendere la lite per il recupero di una somma non interessante”.

⁸⁰ Su questi aspetti, e sulla conseguente preferibilità, in questo ambito, della scelta dello strumento processuale della *class action*, cfr. ancora Ponzanelli, *op. loc. ult. cit.*, nonché Maggiolo, *Microviolazioni e risarcimento ultracompensativo*, cit., 1095. Un problema che deve essere tenuto distinto da quello da ultimo evocato nel testo si delinea nei casi in cui, in presenza di violazioni della proprietà industriale, si tratti di reperire soluzioni argomentative in grado di attribuire al titolare del diritto violato il profitto conseguito dal trasgressore, in presenza di un danno, inteso in senso stretto, di modesta entità o addirittura insussistente. Al riguardo, e come ancora di recente è stato argomentato in dottrina, il problema può trovare soluzione attraverso il ricorso all'istituto dell'arricchimento senza causa: cfr., sull'argomento, per una messa a punto sintetica ma esaustiva, Busnelli, *Deterrenza, responsabilità civile*, ecc. cit., 916. Con riferimento al problema della violazione del diritto di esclusiva spettante all'autore, in relazione all'art. 12 della L. 633/41, la recentissima Cass. 22 giugno 2016 n. 12954 (il cui estensore è il medesimo Consigliere Relatore, Antonio Pietro Lamorgese, cui si deve l'ordinanza di rimessione che ha dato origine a queste riflessioni), ha osservato che “la violazione di un diritto di esclusiva che spetta all'autore, ai sensi della legge n. 633 del 1941, art. 12, analogamente a quella di un diritto assoluto o di un diritto personale, costituisce danno in re ipsa, senza che incomba al danneggiato altra prova che non quella della sua estensione (v. Cass. n. 9854/2012, n. 8730/2011, n. 3672/2001)”, ribadendo che “non è precluso al giudice il potere di commisurare il danno subito dal titolare del diritto di utilizzazione economica di un'opera dell'ingegno, nell'apprezzamento delle circostanze del caso concreto, al profitto che il danneggiante trae dall'attività vietata, assumendolo come utile criterio di riferimento del lucro cessante, nel senso che questi abbia sfruttato a proprio favore occasioni di guadagno di pertinenza del danneggiato, sottraendole al medesimo (v. tra le altre, Cass. n. 4048/2016 e n. 11464/2015: quest'ultima ha precisato che l'applicazione di tale criterio è legittima, ancorché i fatti oggetto di giudizio siano avvenuti in epoca anteriore alla riforma dell'art. 158 L.A., ad opera dell'art. 5 del d. lgs. n. 140 del 2006, che ha espressamente introdotto la possibilità di liquidare il danno per la violazione del diritto d'autore sulla base degli utili percepiti dal danneggiante”.

criterio dell'effettività, per di più da bilanciare con altri valori o interessi, non è tale da soddisfare l'esigenza di prevedibilità, se non addirittura della calcolabilità, delle decisioni che pure sempre più frequentemente si avverte. Ma forse si tratta soltanto di prendere atto che la conclusione che si è venuta in questa sede argomentando non è che un'ulteriore conferma del fatto che, nel tempo presente, secondo la nota formula di Nicola Lipari, "il diritto vive costitutivamente nelle sue applicazioni".

Claudio Scognamiglio