

IL DANNO PUNITIVO IN PROSPETTIVA DIACRONICA E  
SINCRONICA

*PUNITIVE DAMAGE IN A DIACHRONIC AND SYNCHRONIC  
PERSPECTIVE*

*Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 18, febrero 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 502-517*



Serafino  
MADEO

ARTICOLO CONSEGNATO: 11 de octubre de 2022

ARTICOLO APPROBATO: 5 de diciembre de 2022

**ABSTRACT:** Il saggio muove da un'analisi critica della 16601/2017. La chiave di lettura di essa orientata alla "legalità costituzionale" pone in rilievo un'attività interpretativa sistematica ed assiologica, ma nello stesso tempo profili di criticità. L'obiettivo risiede nel comprendere l'area di operatività della funzione punitivo-deterrente della responsabilità civile; la tecnica interpretativa più adeguata per giungere all'irrogazione di un risarcimento sanzionatorio; una nuova accezione del principio di legalità e di riserva di legge.

**PAROLE CHIAVE:** Punitive damages; area di operatività del risarcimento sanzionatorio; principio di legalità e di riserva di legge; bilanciamento; ragionevolezza; proporzionalità; differenziazione.

**ABSTRACT:** *The essay starts from a critical analysis of 16601/2017. The interpretation of it oriented to the doctrine of "constitutional legality" highlights a systematic and axiological interpretative activity, but at the same time critical profiles. The goal lies in understanding the area of operation of the punitive-deterrent function of civil liability; the most appropriate interpretative technique to arrive at the imposition of a sanctioning compensation; a new meaning of the principle of legality and legal reserve.*

**KEY WORDS:** *Punitive damages; area of operation of sanctioning compensation; principle of legality and legal reserve; balancing; reasonableness; proportionality; differentiation.*

**SOMMARIO.- I. LA SENTENZA 16601/2017: TRA LUCI ED OMBRE.- II. AREA DI OPERATIVITÀ DELLA FUNZIONE PUNITIVO DETERRENTE.- III. IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ E DI RISEVA DI LEGGE.- IV. IL BILANCIAMENTO: TRA RAGIONEVOLEZZA, PROPORZIONALITÀ, DIFFERENZIAZIONE.- V. CONCLUSIONI.**

## I. LA SENTENZA 16601/2017: TRA LUCI ED OMBRE.

Il 2017 ha rappresentato per gli studiosi della responsabilità civile una stagione densa di ripensamenti, ritorni al passato, fughe verso l'avvenire. La Suprema Corte di Cassazione ha posto fine all'annosa questione delle sentenze straniere riguardanti *punitive damages*<sup>1</sup>. Le opinioni della comunità scientifica oscillano tra consensi verso e orientamenti di cautela verso lo stesso. Lo sguardo dello studioso rivolto al sistema, all'assiologia, alla "legalità costituzionale"<sup>2</sup>, consente di cogliere apprezzabili argomentazioni ma anche reali criticità. Gli interpreti hanno saldato ad unità e senza diaframmi i diversi indici normativi punitivo- deterrenti. Una visione che dal particolare" è transitata verso il " generale", senza alimentare "frantumi del mondo" e "micro- sistemi"<sup>3</sup>. Il cultore della "interpretazione evolutiva" dei fenomeni giuridici<sup>4</sup> coglie una accezione di ordine pubblico aderente ad un ordinamento complesso ma unitario. La Corte di Cassazione ha preso atto della relatività e storicità della clausola generale in parola<sup>5</sup>. L'ordine pubblico infatti non costituisce

- 1 La produzione scientifica si rivela essere sterminata. Sulle opere monografiche in materia si consenta il rinvio a BENATTI, F.: *Correggere e punire dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, Giuffrè, Milano, 2008; CARABETTA, S.: " *Punitive damages*" e teoria della responsabilità civile. *La funzione compensativa del risarcimento punitivo*, Giappichelli, Torino, 2020; DE MENECH, C.: *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie. Per uno studio sui danni punitivi*, Cedam, Padova, 2020; GRONDONA, M.: *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale. Contributo al dibattito sui risarcimenti punitivi*, Esi, Napoli, 2017; LASSO, A.: *Riparazione e punizione nella responsabilità civile*, Esi, Napoli, 2018; MALOMO, A.: *Responsabilità civile e funzione punitiva*, Esi, Napoli, 2018; QUARTA, F.: *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, Esi, Napoli, 2013.
- 2 Sul punto ma senza tuttavia pretese di esaustività si consenta il rinvio a GROSSI, P.: " Il diritto civile nella legalità costituzionale", *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 917 ss; PERLINGIERI, P.: " La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale", *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 497 ss; PENNASILICO, M.: " Legalità costituzionale e diritto civile", *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 857 ss.
- 3 Rammenta come uno dei deficit dell'odierna scienza giuridica consista nella conoscenza " particolare" e non "generale" CATERINI, E.: *L'intelligenza artificiale sostenibile ed il processo di socializzazione del diritto civile*, Esi, Napoli, 2020, p. 80.
- 4 Sull' ermeneutica evolutiva immemorabili sono le pagine di BETTI, E.: *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Giuffrè, Torino, 1971, p. 123; ID., *Teoria generale dell'interpretazione*, Giuffrè, Torino, 1990, p. 817.
- 5 Per una critica alla immutabilità della portata dei concetti giuridici sono note le pagine di ASCARELLI, T.: *Norma giuridica e realtà sociale*, Giuffrè, Milano, 1959, p. 431. Sulla stessa scia ORESTANO, R.: *Azione, diritti soggettivi e persone giuridiche*, Il Mulino, Bologna, 1978, p. 173- 178. Per una dottrina più recente Cfr PERLINGIERI, G.: "Venticinque anni della Rassegna di diritto civile e la " polemica sui concetti giuridici" ", *Tem e problemi della civilistica contemporanea* ( a cura di P.PERLINGIERI), Esi, Napoli, 2013, p. 543. ss; ID., " Il controllo di meritevolezza degli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.", *Foro. nap.*, 2014, p. 56; PALUMBO, C.: " Il pensiero sui concetti giuridici: perché una ' polemica' in Salvatore Pugliatti", *Tigor*, 2014, p. 47; SERRA, B.: " Crisi della legge e aporie della scienza del diritto positivo: il dialogo fra Giorgio del Vecchio e Arturo Carlo Jemolo tra le due Guerre", *Stato Chiese e pluralismo confessionale*, 2014, p. 15 ss.

### • Serafino Madeo

Dottorando di Ricerca in " Teoria e Prassi del Diritto" Università della Calabria.  
Specializzando in Diritto Civile Università degli Studi di Camerino.  
serafino.madeo@unical.it.

esclusivamente limite all'applicazione della legge straniera, né il solo "complesso dei principi fondamentali che caratterizzano la struttura etico- sociale della comunità nazionale in un determinato periodo storico, e nei principi inderogabili immanenti nei più importanti istituti giuridici", ma alla tradizionale funzione di "filtro" di figure che possano "minare la coerenza interna dell'ordinamento giuridico" viene affiancarsi una funzione "promozionale dei valori tutelati, che mira ad armonizzare il rispetto di questi valori, essenziali per la vita e la crescita dell' Unione". Esso non muta il ruolo di baluardo a garanzia della conservazione della struttura sociale e dei consociati, ma si sostanzia di valori che riflettono un ordinamento dinamico. Le tradizionali accezioni di c.dd "ordine pubblico materiale" ed "ordine pubblico ideale" cedono così il passo all' "ordine pubblico internazionale". Tuttavia " la sentenza straniera che sia applicativa di un istituto non regolato dall'ordinamento nazionale, quand'anche non ostacolata dalla disciplina europea, deve misurarsi con il portato della costituzione e di quelle leggi che, come nervature flessibili, fibre dell'apparato sensoriale e delle parti vitali di un organismo, innervano l'ordinamento costituzionale". Di conseguenza " Costituzioni e tradizioni giuridiche con le loro diversità costituiscono un limite ancora vivo: privato di venature egoistiche, che davano loro 'fiato corto', ma reso più complesso dall'intreccio con il contesto internazionale in cui lo Stato si colloca. Non vi potrà essere perciò arretramento del controllo sui principi essenziali della ' lex fori' in materie, come per esempio quella del lavoro, che sono presidiate da un insieme di norme di sistema che attuano il fondamento della Repubblica". Gli interpreti hanno fatto proprio l'orientamento " monista" degli ordinamenti giuridici<sup>6</sup>, ma senza rinunciare al " controllo" ed alla "conformazione" del provvedimento giurisdizionale straniero con i principi identificativi costituenti l'identità nazionale del sistema<sup>7</sup>. I passaggi argomentativi sottolineati persuadono. Il compito dello studioso critico consiste nel verificare la corrispondenza della *ratio decidendi* di una decisione al sistema, sì da farne emergere eventuali discrasie rispetto ad esso. L' attenta analisi del principio di diritto e di ulteriori snodi argomentativi pongono in superficie criticità e moniti per il futuro. "Nel vigente ordinamento, alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, poiché sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria. Non è quindi ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto di origine statunitense dei risarcimenti punitivi". Gli interpreti hanno cristallizzato l' acquisizione dottrinale della " muti funzionalità dell'illecito"<sup>8</sup>.

6 L'orientamento monista è stato notoriamente sposato da Kelsen, K.: *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Enaudi, Torino, 2000.

7 Più in generale sulla tematica del controllo e della conformazione degli atti di autonomia negoziale Perlingieri, P.: "Controllo e conformazione degli atti di autonomia negoziale", *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 817. Sul rispetto dei principi identificativi degli ordinamenti Id., "Il rispetto dell'identità nazionale nel sistema italo-europeo", *Foro nap.*, 2014, p. 449 ss. Sui riflessi applicativi del rispetto delle identità nazionali da parte delle Alte Corti Alpinì, A.: *Diritto italo-europeo e principi identificativi*, Camerino- Napoli, 2018, p. 11 ss.

8 Per la dottrina più significativa Perlingieri, P.: " Le funzioni della responsabilità civile", *Rass.dir.civ.*, 2011, p. 155. ss; Monateri, P.G.: "Responsabilità civile ( diritto comparato)", *Dig.disc.priv.sez.civ.*, Utet, Torino, 1998,

La primazia della mono funzionalità abbandona la scena per dar spazio ad una concezione dell'illecito completa<sup>9</sup>. Un passaggio motivazionale inversamente produce scarsa efficacia: “ i danni punitivi sono configurabili nell'ordinamento italiano ma, pur essendo riconosciuti dal sentire giuridico comune ( tanto da trovare riconoscimento in alcune norme), non possono considerarsi immanenti al sistema della responsabilità civile di cui all'art. 2043 c.c e non trovano applicazione *tout court* , costituendo ancora un'eccezione”. La regolarità, specialità, eccezionalità di una disposizione normativa non costituiscono un *prius*, bensì un *posterius*, prodotto dell'ermeneutica sistematica ed assiologica<sup>10</sup>. L'interprete deve raffrontare il contenuto della singola disposizione normativa con i principi generali dell'ordinamento per poterne identificarne la relativa qualificazione. Una buona parte delle fattispecie punitive individuate sono espressione di reazioni risarcitorie dell'ordinamento a garanzia di interessi costituzionalmente tutelati. Basti pensare all'art 12 della l. 47 del 1948. Il legislatore prevede la possibilità del danneggiato di chiedere una ulteriore riparazione che tenga conto della “ gravità dell'offesa e della diffusione dello stampato”. Il fondamento assiologico- costituzionale consiste negli artt. Una carica valoriale analoga si coglie nell'art. 4 del d.l 22 settembre 2006 n 259 ( convertito con modifiche in l. 20 novembre 2006 n 281 ( disposizioni urgenti per il riordino della normativa in materia di intercettazioni telefoniche ) ). L' art 709 *ter* , comma 2, c.p.c dispone come il giudice nelle controversie per l' esercizio della responsabilità genitoriale o per le modalità di affidamento dei figli possa, in caso di gravi inadempienze, o per atti che cagionino un pregiudizio al minore, o, ancora, per atti che ostacolino il corretto svolgersi dell'affidamento: a) ammonire il genitore inadempiente; b) disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti del minore; c) disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti dell'altro; d) condannare il genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria, da 5.000 euro a favore della Cassa delle ammende. Lo scopo della misura afflittiva consiste nello stigmatizzare condotte dei genitori che possono arrecare danni allo sviluppo ed alla personalità del minore. Le parole della Giurisprudenza di Legittimità offrono significative sollecitazioni per la comunità scientifica: “non è dunque puramente teorica la possibilità che viene schiusa con la revisione giurisprudenziale che le Sezioni Unite stanno adottando”. L'affermazione ad oggi è rimasta relegata nel limbo delle buoni intenzioni, poiché non ha trovato un fattivo seguito nella prassi applicativa.

---

p. 24. ss; Id., :“Le Sezioni Unite i danni punitivi e la polifunzionalità della responsabilità civile”, *Dann e resp*, 2017, p. 437; PONZANELLI, G.: “ Polifunzionalità tra diritto internazionale privato e diritto privato”, *ivi*, 2017, p. 435 ss; PERRIELLO, L.E.: “ Polifunzionalità della responsabilità civile e atipicità dei danni punitivi”, *Contr e imp*, 2017, p. 432. ss.

9 Sono nette le prese di posizione in merito alla mono funzionalità di BARCELLONA, M.: “ Funzione compensativa della responsabilità ( e private enforcement della disciplina antitrust)”, *Funzioni del diritto privato*, *ivi*, 2017, p. 312 ss; Id., “ Strutture della responsabilità e “ ingiustizia” del danno ”, *Europa e dir. priv*, 2000, p. 401. ss.

10 Sul punto PERLINGIERI, P.: *Manuale di diritto civile*, Napoli, 11 ed, 2022, p. 35.

Lo studioso del diritto per non ridurre la funzione sanzionatoria ad una mera petizione di principio deve verificarne le concrete ricadute applicative.

## II. AREA DI OPERATIVITÀ DELLA FUNZIONE PUNITIVO- DETERRENTE.

Le ultime affermazioni della Suprema Corte di Cassazione costituiscono il punto di partenza per una analisi organica. Esse pongono sullo sfondo una delle tematiche “classiche” dell’intera scienza giuridica: il rapporto tra teoria e prassi. I rapporti tra le scienze sono osmotici, complementari, unitari, circolari, con l’intento comune di fornire soluzioni congrue ai problemi della comunità<sup>11</sup>. La responsabilità civile rappresenta il settore del diritto privato maggiormente contrassegnato da un crescente incedere della prassi. I consociati aspettano che gli interpreti comuni forniscano risposte rimediali risarcitorie adeguate in base ai differenziati bisogni di tutela manifestatesi dalla società<sup>12</sup>. La *law in books* ha il compito di verificare la sfera applicativa della funzione punitivo- deterrente della responsabilità civile<sup>13</sup>. Un simile obiettivo muove dalla c.dd “effettività della tutela” quale principio generale dell’ordinamento Italo- Europeo. La prospettiva risiede nel comprendere per quali situazioni soggettive il risarcimento sanzionatorio sia la soluzione più efficiente. La refusione dei pregiudizi e l’accertamento degli stessi hanno assunto per lungo tempo le vesti di una “operazione di sussunzione sillogistica somigliante nel suo rigido automatismo alle operazioni aritmetiche”<sup>14</sup>. Un primo stadio evolutivo della responsabilità extracontrattuale ha visto il consolidarsi di una concezione di danno “materialistica” e “patrimonialistica”. La lesione è stata concepita come alterazione materiale del bene concreto, ovvero come privazione del rapporto tra il soggetto ed il bene della vita<sup>15</sup>. Nella quantificazione del pregiudizio la prassi applicativa ha privilegiato la c.dd “teoria differenziale”<sup>16</sup>: operazione algebrica tra patrimonio netto e patrimonio dopo l’evento lesivo<sup>17</sup>. Sì che “al vuoto della risorsa sottratta

11 La tematica ha interessato i più grandi Giuristi di ieri. Per le posizioni tra di esse discostanti si vedano i classici contributi di ASCARELLI, T.: *Problemi giuridici*, Giuffrè, Milano, 1959 p. 140 e 154; BOBBIO, N.: *Scienza e tecnica del diritto*, Torino, 1934, p. 41 ss; CALAMANDREI, P.: *La crisi della giustizia*, in *La crisi del diritto*, Cedam, Padova, 1953, p. 157 ss.; PUGLIATTI, S.: *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Grammatica e diritto*, Giuffrè, Milano, 1978, p. 101 ss; ID, *Crisi della scienza giuridica*, ivi, p.194 ss. Più di recente invece PERLINGIERI, P.: “Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare”, *Riv. dir. comm.*, 1969, p.455; ID., *Tendenze e metodi della civilistica italiana*, Esi, Napoli, 1979, p. 9 ss;

12 E’ nota l’ affermazione come “ diritto della società mista “ di CALABRESI, G.: “ The law of a mixed society”, *Law. Texas. Rew.*, 1979, p. 519. Sull’incedere costante di nuovi interessi della realtà sociale RODOTÀ, S.: “ Le difficili vie della ricerca civilistica”, *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, p. 340. Sulla stessa scia del precedente autore LASSO, A.: “ La responsabilità civile tra antichi dogmi e dinamismo della giurisprudenza”, *La nozione di sussidiarietà tra teoria e prassi* ( a cura di G. CALABRO- P.B. HELZEL), Cedam, Torino, 2010, p. 109 ss.

13 E’ noto il passo di HALPERIN, J.L.: “ Law in books and law in action: the problem of legal change”, *Law. Rew.*, 2011, p. 45 ss.

14 È una nota affermazione di BETTI, E.: *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit, p. 283.

15 Le ricostruzioni sono in ordine rispettivamente di SCOGNAMIGLIO, R.: “ Appunti sulla nozione di danno”, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, p. 500 ss; CARNELUTTI, F.: *Il danno e il reato*, Cedam, Padova, 1969, p. 12.

16 Essa è notoriamente ascrivibile a MOMMSEN, F.: *Zur lehre von dem interesse*, Braunschweig, 1855, 3 ss.

17 Per la dottrina tradizionale e meno recente che si è orientata in questa direzione BETTI, E.: *Teoria generale delle obbligazioni*, Giuffrè, Milano, 1953, p. I ss; BIANCA, C.M.: *Dell’ inadempimento delle obbligazioni*,

al danneggiato si risponde a quel vuoto tramite la risorsa pecuniaria<sup>18</sup>. L'obiettivo consiste nella "ricostruzione del patrimonio tramite il ricorso a strumenti di riattribuzione della ricchezza"<sup>19</sup>. Una dottrina ha criticamente affermato come "l'attenzione alla sola dimensione solidaristica/riparatoria della responsabilità civile ha finito per accreditare la tesi secondo cui il danno sia sempre uguale sotto ogni cielo e che di questo si possa parlare solo al cospetto di una perdita traducibile in una comprovabile alterazione di poste contabili del patrimonio della vittima misurabili " con il trabucco e con la squadra"<sup>20</sup> ". Le esigenze di innovazione dogmatica risultano necessarie. La funzione compensativa e la concezione economica del risarcimento assumono rilievo pratico solo per i pregiudizi patrimoniali. Il ripristino dello *status quo ante* del danneggiato può essere realizzata, poiché è possibile rinvenire sul mercato un c.dd " surrogato" del bene leso. Lo scenario non è prospettabile per le lesioni ai valori supremi. Ontologicamente per essi non esiste un mercato in quanto in fungibili. Il risarcimento per equivalente monetario non sarà in grado di riportare il soggetto leso nella posizione antecedente all'evento lesivo. La lesione spesso si caratterizza altresì per un elevato tasso di gravità ed antisocialità. Basti pensare, a mero titolo di esempio, alla morte di un uomo, il fenomeno del *mobbing* reiterato sistematicamente e per lungo tempo, morte dei lavoratori per la mancanza di sicurezza sul luogo di lavoro, i disastri ambientali, le condotte dei medici altamente negligenti. La gravità della condotta del danneggiante deve valutarsi in base alla centralità che gli interessi lesi rivestono nella gerarchia dei valori dell'ordinamento<sup>21</sup>: " Pertanto, l'atto illecito, è tanto più illecito, quando più ascende nella potenzialità lesiva delle situazioni giuridiche maggiormente protette"<sup>22</sup>. Una misura compensativa assumerebbe la mera veste di consolazione- palliativo. L'interesse del danneggiato risiede non nel " riportare ad eguaglianza le relazioni", bensì nel " ri-consolidare il consenso verso valori condivisi, sulla cui densità si struttura la comunità"<sup>23</sup>. L'area di operatività del risarcimento sanzionatorio sono i valori supremi. Una conferma significativa deriva dalle aree giuridiche di *common law*. I *punitive damages* sono oggi comminati per garantire una solida reazione risarcitoria ai valori della persona umana. Basti

---

*Commentario codice civile* (a cura di SCIALOJA e BRANCA), IV, *Delle obbligazioni*, art 1218 e 1229, Bologna-Roma, 1979, p. 246; PATTI, S.: " Danno patrimoniale", *Dig.disc.priv.sez.civ.*, Utet, Torino, 1989, p. 23; SALVI, C.: *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Jovene, Napoli, 1985, p 24; VENEZIAN, G.: *Danno e risarcimento fuori dai contratti*, Roma, 1919, p. 19 ss.

- 18 Sono parole di DI MAJO, A.: " La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente", *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 256.
- 19 Così MESSINETTI, D.: " Pluralismo dei modelli risarcitori: il criterio di ingiustizia tradito", *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, p. 555.
- 20 E' un'affermazione di SIMONE, R.: " Dalla polifunzionalità della responsabilità civile ai risarcimenti punitivi", *Quest. giust.*, 2018, *passim*.
- 21 Sulla gerarchia dei valori PERLINGIERI, P.: " Valori normativi e la loro gerarchia. Una precisazione dovuta a Natalino Irti", *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 797 ss.
- 22 Così CATERINI, E.: *Sostenibilità e ordinamento giuridico. Per una riproposizione della questione sociale*, Esi, Napoli, 2018, p.133.
- 23 In tal modo PALOMBELLA, G.: " Il risarcimento del danno tra giusto e bene", *Dir. quest. pubb.*, 2018, p.264.

pensare ai *sexual harassment cases*. Le lavoratrici subiscono licenziamenti illegittimi per aver denunciato le molestie sessuali sul luogo di lavoro al proprio datore. Le società produttrici di tabacco e le società produttrici di amianto sono condannate per aver provocato la morte dei consumatori o dei soggetti esposti all'uso del materiale tossico. Le famiglie delle vittime di attacchi terroristici sono risarcite dagli Stati in cui risiedono le associazioni resesi protagoniste dei crimini.

### III. IL PRINCIPIO DI LEGALITA' E DI RISEVA DI LEGGE.

Le prospettazioni delle pagine precedenti incontrano significative resistenze con taluni passaggi dell' *Obiter dictum*. La Suprema Corte di Cassazione ha accolto il c.dd principio di stretta legalità<sup>24</sup>. Gli interpreti hanno specificato la necessità che i risarcimenti sanzionatori godano di una previa "intermediazione legislativa". L' esigenza garantista è stata dettata dal timore di precludere fenomeni di "incontrollato soggettivismo giudiziario". I consociati vantano il pieno diritto ad essere resi edotti in ordine alla " precisa perimetrazione della fattispecie ( tipicità) " ed alla "puntualizzazione dei limiti quantitativi delle condanne irrogabili ( prevedibilità)". La forte carica di politica del diritto risulta palese. Il *nullum crimen sine legge* rappresenta un principio generale a presidio della libertà dei consociati. L'art. 23 Cost intende garantire la tutela della libertà e della proprietà dei consociati dal potere esecutivo. Il " metodo " adottato è stato invece ispirato dal c.dd " formalismo interpretativo". Gli interpreti hanno tentato di riconsolidare alcuni pilastri dello stato di diritto che la modernità pone in forte discussione. La scienza giuridica, gli istituti tradizionali, le categorie della tradizione, sono segnati da un profondo ed a tratti irreversibile processo di crisi. La società " liquida"<sup>25</sup> e l' iper trofismo normativo minano alla certezza del diritto<sup>26</sup>. L'interprete così assiste alla " crisi della fattispecie ed al suo momento validante"<sup>27</sup>. Se è vero che il tempo in cui viviamo consegna allo studioso un "diritto incalcolabile"<sup>28</sup>, altrettanto vero è come egli dovrà ricercare una soluzione per conferire nuova stabilità e sicurezza al sistema. I principi informatori dell'ordinamento su cui si fonda il vivere civile costituiscono una congrua risposta: la legalità è sostanziale e costituzionale. Una simile direttrice ermeneutica getta le basi per una " legalità giusta" che muove

24 In questa direzione pare inequivocabilmente orientato l'orientamento maggioritario in letteratura. BIANCA, C.M.: " Qualche necessaria parola di commento all'ultima sentenza in tema di danni punitivi", *Giust. civ.*, 2018, p.2 ss; FRANZONI, M.: "Danno punitivo e Ordine pubblico", *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 298; PONZANELLI, G.: "Polifunzionalità tra diritto internazionale privato e diritto privato", cit, p. 435;

25 BAUMAN, Z.: *Modernità liquida*, Laterza, Torino, 2011, *passim*

26 Ritieni come oggi la tematica in oggetto sia tornata all'attenzione degli studiosi per le caratteristiche dell'odierna società ALPA, G.: *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006, p. 12. Senza tempo, tuttavia, sono rispettivamente note pagine di CARNELUTTI, F.: *La certezza del diritto ( 1943)*, Cedam, Padova, 1953, p. 16 ss. Ed anche di LOPEZ DE ONATE, F.: *La certezza del diritto ( 1942)*, trad.it, a cura di G. Astuti, Giuffrè, Milano, 1948.

27 Sono parole di IRTI, N.: " La crisi della fattispecie", *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 2.

28 È il titolo di una nota opera di IRTI, N.: *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino, 2016, *passim*.



dal fatto concreto, interessi, valori in gioco, e relativizza la regola da applicare in funzione di esso. La responsabilità civile, inoltre, non è avulsa da contenuti assiologici e valoriali. L'art 2 Cost è stato individuato quale fondamento dell'intero universo aquiliano. Le applicazioni in tutti i settori dell'illecito non precludono che esso possa divenire altresì il fondamento della funzione punitiva della responsabilità. La letteratura, infine, ha prestato poca considerazione all'art. 23 cost<sup>29</sup>. Gli studiosi hanno sottolineato la sola funzione di presidio di esso alle libertà dei consociati. La natura di riserva di legge relativa consente altresì all'autonomia privata la possibilità di disporre convenzionalmente del proprio potere punitivo<sup>30</sup>.

#### IV. IL BILANCIAMENTO: TRA RAGIONEVOLEZZA, PROPORZIONALITÀ, DIFERENZIAZIONE.

L'attenzione deve focalizzarsi su quale sia la tecnica interpretativa più adeguata per giungere all'irrogazione di un risarcimento punitivo- deterrente. Il ragionevole bilanciamento costituisce la strada da percorrere. Le disposizioni normative della responsabilità civile e la vicenda dannosa richiedono all'interprete di coniugare, bilanciare, comporre, risolvere vicende di conflittualità. Basti pensare agli artt. 2043, 2045, 2056, 2058 c.c. Una buona parte della dottrina tendenzialmente converge nel qualificare l'art. 2043 come clausola generale<sup>31</sup>. La sensibilità dell'interprete viene chiamata a dover selezionare gli interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico ed a circoscrivere atti e comportamenti concreti<sup>32</sup>. Nell'art 2045 il legislatore ha effettuato *ex ante* un bilanciamento di interessi e valori non patrimoniali<sup>33</sup>: l'ordinamento giuridico consente alla persona umana la realizzazione di un atto altrimenti vietato per la salvaguardia della propria incolumità<sup>34</sup>. L'art 2056 c. c costituisce una fattispecie normativa dal contenuto complesso. La struttura composita deriva non solo dal rinvio alle norme in materia

29 Muove una critica alla civilistica in ordine alla " scarsa considerazione" sulla tematica delle riserve di legge PERLINGIERI, P.: " Il principio di legalità nel diritto civile", *Rass. dir. civ*, 2010, p. 194 ss.

30 Ritene come i risarcimenti punitivi convenzionali siano conformi all'art 23 poiché risultato di una autolimitazione frutto dell'accordo tra gli interessati MAISTO, F.: " Circa l'opportunità della distinzione tra risarcimenti punitivi convenzionali e clausola penale", *Riv. dir. off*, 2020, p. 7 e 8.

31 Negli anni 60 del secolo scorso si è affacciata nel panorama dottrinale italiano la tesi secondo cui la disposizione sia strettamente collegata al principio solidaristico e come clausola generale. Sul punto RODOTÀ, S.: *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 109 ss. Ancor più nette in ordine alla qualificazione di clausola generale sono le posizioni di ALPA, G.: *Il problema dell'atipicità dell'illecito*, Jovene, Napoli, 1979, p. 421. Immemorabili sono le parole di PUGLIATTI, S.: " Alterum non laedere", *Enc. dir*, Milano, 1958, p. 103, il quale ritenne che la norma non debba essere intesa come " sintesi di doveri specifici ma come clausola generale".

32 Per la dottrina tradizionale che reputa l'attività dell'interprete tesa nel valutare gli interessi antagonisti ( danno ed ingiustizia) BUSNELLI, F.D.: *La lesione del credito da parte di terzi*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 67; RODOTÀ, S.: *Il problema della responsabilità civile*, cit, p. 139; TRIMARCHI, S.: " Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale", *Riv. trim. dir. proc. civ*, 1970, p. 97.

33 Ritene come spesso volte le norme siano un bilanciamento di valori PERLINGIERI, P.: " Interpretazione assiologica e diritto civile", *Cort. Sal*, 2016, p. 481.

34 Per una visione moderna sullo stato di necessità CATERINI, E.: " Il " "minimo vitale", lo stato di necessità e il contrasto all' esclusione sociale", *Rass. dir. civ*, 2016, p. 1129 ss.

di responsabilità da inadempimento, ma per i concetti presenti nelle disposizioni stesse. L'art. 1226 prevede la valutazione equitativa del danno qualora esso non possa essere provato nel suo preciso ammontare. La norma conferisce all'interprete una forte responsabilità ermeneutica, in quanto egli sarà chiamato a dover liquidare la misura risarcitoria secondo ragionevolezza e proporzionalità<sup>35</sup>. La giurisprudenza ha chiarito l'obbligo del rispetto dei principi di adeguatezza, proporzione, parità di trattamento, non arbitrarietà<sup>36</sup>. L'art. 1227 c. c. dispone la riduzione del risarcimento per fatto colposo del creditore. La valutazione deve condursi in base alla gravità della colpa ed all'entità del risarcimento. Un simile risultato richiede l'analisi della condotta del soggetto danneggiante ed il danno concreto patito. Un'attenzione particolare merita l'art. 2058 c.c. Il danneggiato ha la possibilità di chiedere il risarcimento del danno in forma specifica; l'interprete ha l'obbligo di disporre il risarcimento per equivalente qualora la misura in forma specifica risulti in tutto o in parte eccessivamente onerosa. La norma presenta implicazioni pratiche sostanziali e processuali che esulano dal mero dato letterale. L'eccessiva onerosità induce ad effettuare riflessioni maggiormente approfondite. La valutazione di essa deve compiersi caso per caso e senza trascurare le concrete caratteristiche dei soggetti coinvolti nella vicenda dannosa. L'autore del danno può incontrare difficoltà nel procurarsi un bene equivalente rispetto al bene distrutto o alterato<sup>37</sup>. Il soggetto leso può avere un interesse anche non patrimoniale al ripristino solo e soltanto di quel bene leso<sup>38</sup>. La sproporzione del rimedio in forma specifica non costituisce un *prius*, bensì un *posterius*, risultato della valutazione dell'interesse del danneggiato e del danneggiante in base al caso concreto. L'esigenza di rintracciare un equilibrio sorge anche in materia di risarcimenti punitivi. La caratteristica tecnica di essi consiste nell'eccezionalità del *quantum* rispetto al danno effettivamente patito. Il rischio consiste nell'alimentare fenomeni di *overcompensation* e di ingiustificati arricchimenti nelle sfere giuridiche dei danneggiati. I rispettivi interventi di legislatore e di giurisprudenza in alcune aree di *civil law* e *common law* hanno tentato di fornire soluzioni alle problematiche. L'art. 1266-I dell' *Avant-projet*

35 Ritieni come l'equità sia "strumento di proporzione e di ragionevolezza" PERLINGIERI, P.: "Equità e ordinamento giuridico", *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 1449 ss.

36 Interessanti sono le sollecitazioni di Cass, III Sez., 11 luglio 2014, 15883, in brocardi.it, ove si legge "In tema di liquidazione del danno l'equità si è infatti in giurisprudenza intesa nel significato di "adeguatezza" e di "proporzione", assolvendo alla fondamentale funzione di "garantire l'intima coerenza dell'ordinamento, assicurando che casi uguali non siano trattati in modo diseguale", con eliminazione delle "disparità di trattamento" e delle "ingiustizie" (così Cass., 7/6/2011, n. 12408: "equità non vuoi dire arbitrio, perché quest'ultimo, non scaturendo da un processo logico-deduttivo, non potrebbe mai essere sorretto da adeguata motivazione. Alla nozione di equità è consustanziale l'idea di adeguatezza e di proporzione. Ma anche di parità di trattamento"). I criteri da adottarsi al riguardo debbono consentire pertanto una valutazione che sia equa, e cioè adeguata e proporzionata (v. Cass., 7/6/2011, n. 12408), in considerazione di tutte le circostanze concrete del caso specifico, al fine di ristorare il pregiudizio effettivamente subito dal danneggiato, in ossequio al principio per il quale il danneggiante e il debitore sono tenuti al risarcimento solamente dei danni arrecati con il fatto illecito o l'inadempimento ad essi causalmente ascrivibile (v., da ultimo, Cass., 23/1/2014, n. 1361)".

37 Così POGLIANI, M.: *Responsabilità e risarcimento da illecito civile*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 669.

38 In tal modo CECCHERINI, G.: "Nuove ricerche in tema di risarcimento in forma specifica", *Contr. Imp.*, 1991, p. 89

Català Viney prevede la condanna ad una *amende civile* per la commissione di un *faute lourde* finalizzato ad ottenere un risparmio o un guadagno. Il rimedio deve commisurarsi proporzionalmente in base alla gravità del *faute*, alla capacità patrimoniale dell'autore, all'ingiustificato profitto tratto da questi. Esso viene destinato ad un "*fonds d' indemnsiation*", ovvero in mancanza al "*tesor public*". Il formante di *common law* presenta soluzioni differenti. Le soluzioni di redistribuzione della somma ultra compensativa sono opera del legislatore, ovvero della giurisprudenza. *Federal states* come Alaska, Georgia, Illinois, Indiana, Iowa, Missouri, Oregon, Utah, hanno intrapreso la strada della regolamentazione normativa. Georgia, Indiana, Iowa, prevedono la destinazione del 75% della somma presso fondi costituiti dallo stato. Alaska, Missouri, Utah il 50%, mentre l'Oregon 60%. L' Illinois riconosce alle Corti la discrezionalità di ripartizione della somma punitiva tra attore, avvocato, e Dipartimento per i servizi umani dello Stato. Nel Missouri le somme sono destinate al Tort Victims' Compensation fund; l' Indiana prevede la destinazione presso il Crimes Compensation Fund; l' Iowa presso il Civil Reparations Fund; l'Oregon presso il Criminal Injuries Compensation Account. La Corte Suprema dell'Ohio in *Dardinger v Anthem Blue Cross & Blue Shield* ha destinato una percentuale del *quantum* punitivo ad un fondo della ricerca contro il cancro. Le soluzioni adottate sono leggibili in ottica assiologica. La destinazione delle somme risponde alla realizzazione di un progetto di giustizia sociale, solidarietà, sicurezza sociale. L' obiettivo consiste nell'assicurare alle vittime dell'illecito una tutela effettiva in condizioni di eguaglianza e libertà. Nell'ordinamento italiano la soluzione delle problematiche viene ad oggi devoluta alla sensibilità dell'interprete. L' uso corretto di ragionevolezza, proporzionalità, differenziazione, rappresentano la strada maestra. L'irrogazione di un risarcimento punitivo non costituisce una operazione meccanica e deduttiva, bensì guidata da criteri qualitativi e quantitativi. La ragionevolezza consente di valorizzare le peculiarità del fatto concreto, interessi, e valori coinvolti<sup>39</sup>. Si che, l'angolatura visuale confinata alla sola sfera giuridica del danneggiato offre una prospettiva incompleta: "intanto il danno è ingiusto quando lo è il fatto qualificato come illecito"<sup>40</sup>. L' accezione vittimologica della responsabilità civile è stata ritenuta la reale innovazione rispetto al codice del 1865. L' ingiustizia costituisce il predicato del danno e l'illiceità del fatto assume un ruolo marginale. Il danno è in realtà *contra ius* e la condotta *non in iure*. Quest'ultima non riveste caratteri di neutralità per l'ordinamento in quanto contraria ad esso. Il " fatto illecito" viene d'altro canto espressamente menzionato dalla rubrica dell'art 2043 c.c ed incluso tra le fonti dell'obbligazione dall'art 1173 c. c<sup>41</sup>. Il criterio qualitativo, tuttavia, sarebbe incompleto se non integrato dal principio di

39 Sulla ragionevolezza la letteratura è sterminata. Sul punto esaustiva è l'opera di PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Esi, Napoli, 2015, p. 4 ss.

40 In questi termini CATERINI, E.: *Sostenibilità e ordinamento giuridico. Per una riproposizione della questione sociale*, cit, p 117.

41 Così VOLPE, F.: " Le funzioni della responsabilità civile nell'era dei danni punitivi", *I danni punitivi* ( A CURA DI C.CICERO), Esi, Napoli, 2018, p.115.

proporzionalità. La Suprema Corte di Cassazione nella 16601/2017 ha infatti affermato come “ la proporzionalità del risarcimento, in ogni sua articolazione, è, a prescindere da questo disposto normativo, uno dei cardini della materia della responsabilità civile”. La valorizzazione concreta di essa è avvenuta anche ad opera della giurisprudenza delle aree di *common law*. La Suprema Corte Americana in diversi *leading cases* ha arginato il fenomeno dei c.dd *grossly excessive*. Nel caso EXXON è stata sancita la relazione di 1 a 1 tra danno compensativo e danno punitivo. In *State Farm Mutual Automobile Insurance Co v Inez Precee Cambel* sono stati stabiliti limiti quantitativi- qualitativi: i *punitive damages* non possono eccedere per dieci volte il danno effettivamente patito dalla vittima e devono essere rapportati alla gravità della condotta del danneggiante. Il *quantum damni* punitivo non può eccedere l'entità della lesione effettivamente subita. Il principio di differenziazione, infine, assume un ruolo di non scarsa importanza in ordine ai risarcimenti punitivi. Esso rappresenta una declinazione e specificazione del principio di eguaglianza sostanziale ( art 3, comma 2, cost). L'interprete non può equiparare meccanicamente un determinato caso con una fattispecie legale, ma deve compiere una “ operazione valutativa”, che tenga conto delle peculiarità, degli interessi, e delle circostanze di ogni singola fattispecie concreta<sup>42</sup>. La gravità oggettiva dell'offesa, gli effetti sulla sfera giuridica del danneggiato, la gravità della condotta dell'autore del danno, non possono non comportare se non un differenziato trattamento risarcitorio che superi la soglia della semplice risarcibilità.

## V. CONCLUSIONI.

La letteratura in materia di risarcimenti punitivi dopo l'intervento delle Sezioni Unite ha raggiunto risultati di ricerca appaganti. Gli studiosi con diverse sensibilità metodologiche hanno effettuato sforzi nel ricercare soluzioni conformi al sistema ed al diritto vigente. Ad oggi, cionondimeno, il cammino verso una effettiva valorizzazione della funzione punitivo- deterrente della responsabilità civile sembra ancora lunga e tortuosa. Le principali resistenze provengono da una prassi applicativa saldamente ancorata ai dogmi della tradizione. Il principio di stretta legalità, l'integrale riparazione del danno, costituiscono limiti invalicabili. L' interprete non può eludere i costrutti classici della scienza civilistica, ma deve nello stesso tempo contribuire ad una innovazione dogmatica. Una analisi attenta dell'esperienza comparata, invero, dimostra come il danno punitivo possa assolvere ad una pluralità di funzioni. I contorni del dibattito dottrinale devono focalizzarsi non esclusivamente sulle caratteristiche tecniche di esso, quanto piuttosto sull'utilità pratica a cui dovrebbe assolvere. Il binomio punizione-deterrenza può apportare un significativo contributo alle offese gravi all'ambiente,

42 CARUSI, D.: “ Principio di differenziazione e categorie giuridiche ( l' Unione europea, l'eguaglianza, il paradigma della legge)”, *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 735.

alla salute dell'uomo, all'integrità del mercato del risparmio. Il danno punitivo, dunque, può costituire una *better rule*, che apporta un significativo contributo ad una modernizzazione della responsabilità civile.

## BIBLIOGRAFIA

ALPINI, A.: *Diritto italo- europeo e princìpi identificativi*, Esi, Camerino- Napoli, 2018, p.11 ss.

ASCARELLI, T.: *Problemi giuridici*, Giuffrè, Milano, 1959, p. 140 e 154.

ALPA, G.: *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006, p.12.

ALPA, G.: *Il problema dell' atipicità dell'illecito*, Jovene, Napoli, 1979, p. 421.

BENATTI, F.: *Correggere e punire. Dalla law of torts all' inadempimento del contratto*, Giuffrè, Milano, 2008.

BETTI, E.: *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Giuffrè, Torino, 1971, p. 123.

BETTI, E.: *Teoria generale dell'interpretazione*, Giuffrè, Torino, 1990, p. 817.

BETTI, E.: *Teoria generale delle obbligazioni*, Giuffrè, Milano, 1953, p. 1 ss.

BAUMAN, Z.: *Modernità liquida*, Laterza, Torino.

BIANCA, C.M.: *Dell'inadempimento delle obbligazioni, Commentario codice civile* ( a cura di SCIALOJA e BRANCA), IV, *Delle obbligazioni*, art. 1218 e 1229, Bologna-Roma, 1979, p. 246.

BIANCA, C.M.: " Qualche necessaria parola di commento all'ultima sentenza in tema di danni punitivi", *Giust. Civ*, 2018, p. 2.

BARCELLONA, M.: " Funzione compensativa della responsabilità ( e private enforcement della disciplina antitrust)", *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato. Le funzioni della responsabilità civile.* ( a cura di A. ZOPPINI e M. MAUGERI), Il Mulino, Bologna, 2009, p. 312 ss.

BARCELLONA, M.: " Strutture della responsabilità e " ingiustizia" del danno", *Europ. e. dir. priv*, 2000, p. 401 ss.

BOBBIO, N.: *Scienza e tecnica del diritto*, Torino, 1934.

BUSNELLI, F.D.: *La lesione del credito da parte di terzi*, Giuffrè, Milano, 1964, p 67.

CARABETTA, S.: " Punitive damages" e teoria della responsabilità civile. *La funzione compensativa del risarcimento punitivo*, Giappichelli, Torino, 2020.

CATERINI, E.: *L' intelligenza artificiale sostenibile ed il processo di socializzazione del diritto civile*, Esi, Napoli, 2020, p. 80.

CATERINI, E.: *Sostenibilità e ordinamento giuridico. Per una riproposizione della questione sociale*, Esi, Napoli, 2018, p. 117.

CATERINI, E.: " "Il minimo vitale", lo stato di necessità e il contrasto all'esclusione sociale", *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 1129 ss.

CALAMANDREI, P.: *La crisi della giustizia*, in *La crisi del diritto*, Cedam, Padova, 1953, p. 157 ss.

CALABRESI, G.: " The law of a mixed society", *Law. texas. rew.*, 1979, p. 519.

CARNELUTTI, F.: *Il danno e il reato*, Cedam, Padova, 1969, p. 12.

CARNELUTTI, F.: *La certezza del diritto ( 1943)*, Cedam, Padova, 1953, p. 16 ss.

CARUSI, D.: " Principio di differenziazione e categorie giuridiche ( l' Unione europea, l'eguaglianza, il paradigma della legge) ", *Rass. dir. civ.*, p. 735.

DE MENECH, C.: *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie. Per uno studio sui danni punitivi*, Cedam, Padova, 2020.

DI MAJO, A.: " La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente", *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 256.

GRONDONA, M.: *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale. Contributo al dibattito sui risarcimenti punitivi*, Esi, Napoli, 2017.

GROSSI, P.: " Il diritto civile nella legalità costituzionale", *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 917.

LASSO, A.: *Riparazione e punizione nella responsabilità civile*, Esi, Napoli, 2018.

MALOMO, A.: *Responsabilità civile e funzione punitiva*, Esi, Napoli, 2018.

MONATERI, P.G.: "Responsabilità civile ( diritto comparato)", *Dig. disc. priv.*, Utet, Torino, 1998, p. 24 ss.

PERLINGIERI, P.: " La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale", *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 497 ss.

PERLINGIERI, P.: "Controllo e conformazione degli atti di autonomia negoziale", *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 817.

PERLINGIERI, P.: " Le funzioni della responsabilità civile", *Rass. dir. civ.*, 2011, p.115 ss.

QUARTA, F.: *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, Esi, Napoli, 2013.