

I risarcimenti punitivi
Scuola Forense
14 giugno 2018

Materiale di studio

Cass., S.U., 5 luglio 2017 n. 16601
Corte Cost., 23 giugno 2016, n. 152

Partiamo da una definizione molto generale: per *danni punitivi* (la traduzione più corretta è in effetti quella di risarcimenti punitivi) si intendono quelle somme liquidate nel caso di illecito aquiliano (ma nell'esperienza statunitense non sono mancate estensioni anche al caso dell'inadempimento contrattuale) non (solo) al fine di compensare o risarcire la vittima, ma con l'ulteriore scopo di sanzionare o dissuadere sia il responsabile sia le persone che svolgono lo stesso genere di attività dal ripetere analoghe azioni in futuro.

Dunque essi assolvono una funzione non riparatoria, ma sanzionatoria/deterrente.

Nascono in Inghilterra (ma ammessi solo quando c'è dolo e quando l'illecito riguarda la persona; quasi in ausilio di un sistema penale che tutela il patrimonio più che gli individui), ma la loro più ampia diffusione la ricevono negli Stati Uniti, soprattutto a partire dagli anni '60. Impiegati soprattutto nelle *class action* per responsabilità da prodotto (difettoso, pericoloso ecc.) cominciano anche a crescere drammaticamente. Non assicurabili. Spesso si preferisce sottrarsi al giudizio e transigere. Causano problemi di *Overdeterrence*, ovvero rischio uscita dal mercato delle imprese coinvolte

Solo in tempi più recenti cambia l'atteggiamento delle corti, per cercare di mettere un freno (proprio a partire dal caso BMW Gore, in cui per la prima volta si afferma che il risarcimento non deve essere eccessivo e che non deve superare più di 5 volte il valore del risarcimento compensativo)¹.

Tenere ancora presente che sono comminati da una giuria (giudici non professionisti).

in America Restatement of Torts § 908 (1979):

¹ 1996 storica sentenza Gore vs. BMW. una donna ha scoperto che la BMW appena acquistata come nuova era stata invece ridipinta e la BMW ha confessato di procedere alla vendita di macchine danneggiate come nuove quando il danno è minimo. Condanna della BMW a 4000 dollari per risarcimento (compensatory damages) e 4 milioni di dollari per punitive damages (poi ridotti alla metà in sede d'appello)

*Punitive damages are damages, other than compensatory or nominal damages, awarded against a person to **punish** him for his outrageous conduct and to **deter** him and others like him from similar conduct in the future*

Un saggio di Calabresi individua diverse ipotesi di risarcimenti punitivi:

- a) *socially compensatory damages*, ovvero relativi a quei casi che eccedono la compensazione individuale, allo scopo di aumentare la deterrenza per tutte le occasioni di violazioni che sfuggono al *public enforcement*.

E' ad esempio il caso del diritto antitrust (il comportamento anticoncorrenziale sfugge al controllo pubblico, ma torna ad entrare nel mirino delle sanzioni in seguito al pregiudizio lamentato ad esempio da un concorrente che è stato escluso).

Proprio con riferimento al caso del diritto antitrust esiste in America un meccanismo di danno triplo, ma che noi siamo soliti considerare fuori dalla sfera dei p.d. veri e propri. Tra l'altro anche le competenze sono diverse (giudici federali, non giuria).

Il diritto europeo è sempre stato cauto rispetto a *private enforcement*, puntando soprattutto sul *public enforcement*. Poi sentenza *Courage* (2001) ha aperto all'azione risarcitoria privata (una delle ragioni di tale apertura consisteva proprio nella insufficienza delle sanzioni amministrative). Da lì Libro bianco e una serie di proposte che inizialmente prevedevano anche danno non triplo ma doppio. Alla fine non è stato accolto.

Certamente può essere considerato un elemento indicativo della scarsa propensione del nostro sistema ad assegnare al *private enforcement* una funzione che vada oltre quella compensativa (come è confermato, del resto, anche dalla versione europea della *class action*). Ma non si può non tenere presente che le ragioni che hanno condotto a negare danni doppi sono tutte interne allo stesso diritto antitrust (legate alle interferenze con i programmi di clemenza). Sul risarcimento del danno antitrust Cfr. NLCC 1/2018 fascicolo dedicato a d.lgs. 19.1.2017, att. dir. 2014/104/UE; v. anche ultimo numero Age (Analisi giuridica dell'economia) e Il volume Maugeri Zoppini

- b) In realtà anche in quei danni punitivi che C. individua come seconda e distinta categoria è dato riscontrare una funzione sociale, data da quello che lui chiama l' *effetto moltiplicatore*: il risarcimento rappresenta la somma di tutti i danni della medesima specie imputabili alla stessa condotta che ha cagionato il danno (l'esempio del casco e in generale dei prodotti difettosi) E' proprio in questo ambito che si sviluppa l'idea che la *malice* possa essere ravvista anche in attività che sono fonte di responsabilità indipendentemente dalla colpa (*strict liability*) e rispetto ai quali accanto alla funzione deterrente viene soprattutto in rilievo la funzione di internalizzazione dei costi sociali della produzione: paghi per tutte le volte in cui non hai pagato, arricchendoti – il settore è quello degli illeciti lucrativi.
- c) Punitive damages in funzione sanzionatoria in senso proprio: cioè correlate ad una condotta particolarmente sgradevole e intollerabile, che genera una reazione che va oltre la pretesa puramente riparatoria – lo stesso Calabresi si esprime in termini di danni punitivi in senso proprio: sanzione, reazione ad una condotta illecita (diversa dalla riparazione del pregiudizio creato).

Da questa rappresentazione emerge visibilmente la distanza – il fatto che si tratti di un istituto "alieno". Per varie ragioni:

- commistione illecito civile/penale; la rc nei sistema di common law si sviluppa nel grembo della responsabilità penale, più in generale tutto il sistema di common law nasce a partire dal diritto pubblico
- la funzione redistributiva della r.c. e il ruolo che a tal fine è chiamata a svolgere la giuria: legata indubbiamente anche al fatto che la rc è chiamata ad assolvere anche ad altre funzioni (mancanza di un sistema di sicurezza sociale; sistema sanitario – questo è proprio quanto lo stesso Calabresi ha detto nell’ultimo incontro, in cui commentava la nostra pronuncia)
- Funzione di incentivo all’azione – anche per gli avvocati che beneficiano della misura esorbitante del risarcimento. Inoltre non esiste principio di soccombenza (chi perde paga le spese – dunque chi agisce in giudizio deve farsi carico di costi che sono anche molto elevati)

Nonostante tutto questo sia chiaro ormai da tempo il dibattito sui *punitive damages* periodicamente viene riesumato.

Il dibattito sui p.d. che è stato sempre presente, a partire dagli anni ’80, ha acquistato nuova vitalità in seguito alla pronuncia della Cassazione (prima lettura suggerita)
Ma in questo dibattito ho l’impressione che nemmeno la Cassazione faccia delle opportune distinzioni e si riferisca indistintamente alle ipotesi b) e c). le quali, comunque, sono accomunate dal fatto che si tratta in entrambe le ipotesi di risarcimenti che trascendono la mera funzione compensativa.

La pronuncia della Corte.

Cass., S.U., 5 luglio 2017 n. 16601 (Pres. Rordorf).

Nel comune sentire avrebbe aperto il nostro sistema ai danni punitivi.

Ma non è esattamente così (e, aggiungo, speriamo che non diventi questo)

Il principio di diritto affermato è che **“non è ontologicamente incompatibile con il nostro ordinamento l’istituto di origine statunitense dei danni punitivi”**.

Ma attenzione l’affermazione di tale principio non deve trarre in inganno.

In realtà è una risposta a Cass., 19 gennaio 2007, n. 1183 (pronuncia molto criticata) – che sempre a proposito di una pronuncia statunitense che riconosceva un danno punitivo, affermava:

“nel vigente ordinamento l’idea della punizione e della sanzione è estranea al risarcimento del danno, così come è indifferente la condotta del danneggiante. Alla r.c. è assegnato il compito precipuo di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto, mediante il pagamento di una somma di denaro che tenda ad eliminare le conseguenze del danno arrecato. E ciò vale per qualsiasi danno, compreso il danno non patrimoniale o morale (che va comunque provato)”. Passaggio ribadito da cass. 2012/1781 (sempre prodotto difettoso, ma relativo a macchinario che aveva poi prodotto danno al lavoratore, dunque incidente da lavoro; peraltro non era espressamente indicato si trattasse di un danno punitivo)

La pronuncia ritiene non delibabile una sentenza di condanna formulata da Corte americana: 1 milioni di dollari per incidente causato da prodotto difettoso (il casco). Dunque *punitive damages* che in realtà rientrerebbero nella categoria rappresentata nel punto b.

La Cass. ritiene che il giudizio di r.c. ha una esclusiva funzione riparatoria e che le sono estranee finalità punitivo deterrenti (da qui la contrarietà all’ordine pubblico di pronunce che prendono in considerazione la posizione del danneggiante, senza connessione col danno effettivamente patito).

Molto favorevole a questa pronuncia Castronovo.

Anche se, in effetti, l'affermazione della Corte è fin troppo lapidaria e si comprende il recente *revirement* ...

Anche Rossetti critica questa sentenza perché riduce troppo il ruolo e la funzione della r.c., troppo lapidaria, deve riparare e basta le è lontana ogni altra logica. Pur condividendo la logica guardinga contro i danni punitivi.

Stavolta (nel 2017) la Cass. ritiene che la funzione della r.c. non sia sempre e soltanto quella. Ed individua una serie di disposizioni in cui è dato individuare una funzione altra (sanzionatoria, deterrente).

Ma da questa analisi non consegue affatto la conclusione per cui i giudici potranno a loro piacimento e tutte le volte che lo riterranno opportuno innalzare l'entità del risarcimento, non patrimoniale e patrimoniale, a fronte di condotte particolarmente gravi e riprovevoli.

La sentenza, al contrario, è chiara nell'affermare che ogni iniziativa del giudice è preclusa dalla riserva di legge e dal principio di legalità previsti dalla nostra Costituzione (artt. 23 e 25) e dalla CEDU.

la conclusione della stessa sentenza è:

ciò non significa che l'istituto aquiliano abbia mutato la sua essenza e che questa curvatura deterrente/sanzionatoria consenta ai giudici italiani che pronunciano in materia di danno extracontrattuale, ma anche contrattuale, di imprimere soggettive accentuazioni ai risarcimenti che vengono liquidati.

Dunque, le liquidazioni aventi una finalità sanzionatoria/punitiva potranno aversi solo allorché vi sia una legge che lo preveda (non si può far dire a questa sentenza che la Cass. avrebbe riconosciuto un rimedio punitivo dotato di valenza generale).

Un'altra premessa:

Non è vero che, nell'ambito della nostra tradizione giuridica, la r.c. ha sempre avuto funzione compensativa: già nel diritto romano l' *actio furti*, il *damnum iniuria datum*, ecc., davano luogo all'irrogazione di sanzioni civili sostitutive di quelle penali, all'origine circoscritte agli illeciti contro lo Stato e la pace nel regno.

Senza bisogno di andare così lontano nel tempo il nostro sistema, quello descritto dagli artt. 2043, solo a partire dagli anni '70 è stato letto come un sistema improntato ad una logica "ripristinatoria" (Rodotà). Prima prevaleva una concezione sanzionatoria.

Anche il requisito dell'ingiustizia veniva ad essere ricollegato non al danno ma al fatto (o meglio all'atto, alla condotta; sinonimo o duplicato rispetto al dolo o alla colpa, ingiusto in quanto colpevole e dunque meritevole di sanzione).

Aver chiarito la funzione compensativa è a mio avviso compito meritevole, concezione più evoluta – funzione della r.c. non attributiva ma, per cos' dire, di chiusura del sistema (reintegrazione delle situazioni giuridiche violate).

Nello stesso tempo, spostare l'attenzione sulla funzione compensativa non ha significato affatto dimenticare la funzione deterrente: il pagamento di una somma come conseguenza delle proprie azioni svolge comunque una funzione deterrente, che dovrebbe indurre a riflettere prima di compierla (ma questo dipende ovviamente anche da quanto si deve... lo vedremo tra un attimo). Dal punto di vista sociale il risarcimento del danno non cancella il danno stesso ma lo sposta, da chi lo ha subito a chi lo ha generato – e nella scelta di compiere questo ulteriore trasferimento c'è anche l'idea di sanzionare e prevenire per il futuro, non c'è dubbio.

Funzione compensativa comunque in linea con le disposizioni in materia di risarcimento (danno emergente – lucro cessante), volte a rimuovere la perdita (diminuzione patrimoniale – mancato guadagno) che l'atto illecito ha cagionato nel patrimonio di chi lo ha subito.

La logica sottesa agli artt. 1223-1227 è duplice:

- a) Il risarcimento deve essere integrale – deve cioè coprire l'intero valore di spettanza del danneggiato (la diminuzione patrimoniale e il mancato guadagno);
- b) Il risarcimento non deve esorbitare in un arricchimento del danneggiato (il punto è stato sottolineato più volte proprio da Trimarchi) – il danno non deve costituire un'occasione di arricchimento (la r.c. non è attributiva di ricchezza, ma svolge una funzione ripristinatoria e, in questo senso, di chiusura del sistema).

A partire da questa premessa i problemi che si pongono, legati alla pronuncia delle SU, rimangono comunque molteplici:

- a) La ricostruzione del sistema (in quali casi e a quali *rationes* rispondono le disposizioni che prevedono corresponsioni di somme di danaro con funzioni diverse da quella compensativa)
- b) La delibabilità di sentenza straniera che prevedono risarcimenti punitivi

In realtà con riferimento ad entrambe le questioni la tanto nominata sentenza della Cass. appare confusa.

Cominciamo dal punto b): la delibabilità

Il principio di diritto affermato secondo cui “non è ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto di origine statunitense dei risarcimenti punitivi” è formulato proprio al fine della potenziale riconoscibilità.

Riconoscibilità che deve comunque soddisfare il requisito che la pronuncia sia resa nell'ordinamento straniero su basi normative che corrispondono al nostro principio di legalità e di tipicità della condanna. Ed ai limiti quantitativi che comunque sono ormai presenti nel sistema statunitense che sta virando nel senso del contenimento dei *punitive damage*. Entro questi termini potrebbe soddisfare i parametri utili per definire il limite di ordine pubblico. Non mi sembra una risposta. Può valere per risolvere il problema se il giudice (italiano) possa condannare a un danno punitivo, ma non è un criterio rispetto a sentenze straniere.

La Cass. non mi sembra dia una risposta chiara e univoca: non dice “dato il riscontro nel nostro sistema di una funzione della r.c. che va oltre quella compensativa i d.p. sono senz'altro ammessi”, ma vincola il riconoscimento a tutta una serie di presupposti che invero non sono dati (in sede di regole che governano la delibabilità delle pronunce straniere).

Qui, la regola è una (anche se difficile da definire in concreto): la non contrarietà all'ordine pubblico.

Rispetto a questo Cass. dice qualcosa di interessante e che condivido.

Interessante l'idea che la nozione di ordine pubblico debba oggi essere definita pensando ad un “ordine pubblico europeo”. In seguito a fenomeno di comunitarizzazione/europeizzazione diritto internazionale privato. Sono d'accordo e questo vale anche quando si tratta di dare ingresso a sentenze (o a provvedimenti di riconoscimento di status) non europei (anzi direi a maggior ragione, proprio nel tentativo di edificare un diritto europeo).

Ritengo che la giurisprudenza sotto questo profilo più interessante riguardi proprio gli status (v. quelle su figli nati all'estero). Riguardano però prevalentemente profili relativi ai diritti umani.

Qui credo che la questione centrale da porsi sia:

il principio per cui il risarcimento non si può trasformare in occasione di guadagno può essere un considerato un principio di ordine pubblico (europeo)?

La Cass. non ha dato risposta (del resto nessuno credo che abbia mai posto la questione in questi termini).

Ritengo però che male abbia fatto a relegare del tutto in secondo piano un principio che si evince da un importante regolamento europeo (uno di quei regolamenti che ha contribuito alla creazione di un diritto internazionale privato europeo).

regolamento (CE) n.864/2007 (Roma II) sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali. Si afferma infatti nel *Considerando* 32 che: “*considerazioni di pubblico interesse giustificano, in circostanze eccezionali, che i giudici degli Stati membri possano applicare deroghe basate sull’ordine pubblico o sulle norme di applicazione necessaria. In particolare, l’applicazione di una disposizione della legge designata dal presente regolamento che abbia l’effetto di determinare il riconoscimento di danni non risarcitori aventi carattere esemplare o punitivo di natura eccessiva può essere considerata contraria all’ordine pubblico del foro.*”.

Una valenza potrebbe avere anche una Raccomandazione della Commissione europea (atto non vincolante) dell’11 giugno del 2013 (2013/396/EU) relativa a principi comuni per i meccanismi di ricorso collettivo di natura inibitoria e risarcitoria ... che si esprime chiaramente contro i p.d

– ma il discorso meriterebbe maggiori approfondimenti, anche in relazione al modo in cui altri ordinamenti decidono in merito alla delibabilità di simili pronunce (casi di sicuro veto mi constano in Francia e Germania – basati sul principio per cui la r.c. assolve a funzione compensativa e al principio dell’ingiustificato arricchimento). In alcuni ordinamenti (Svizzera il divieto di far ricorso a d.p. e a dare ingresso a normative straniere che li prevedono è espressamente sancito dalla legge con riferimento ai danni da prodotti difettosi).

Ovviamente raccomandazione che esprime un principio molto criticato da chi è invece a sostegno dei p.d., e a sostegno delle proprie idee mette in evidenza come esistano tante eccezioni alle regole (esattamente come SU) Anche in ambito europeo tuttavia non mancano gli studi volti a mettere in evidenza come al di là di tali principi aumentino le ipotesi in cui si finisce con l’utilizzare la r.c. anche in chiave sanzionatoria. Come esempi vengono riportati il danno morale (che sinceramente lascerei fuori); violazione della privacy in cui si mette l’accento sulla condotta particolarmente riprovevole (anche in Italia, Trib. Milano, 2012, n. 9749, danno e resp., 2013, 51 e 309); proprietà intellettuale (ma come si dirà più avanti qui si pongono problemi di diversa natura); sanzioni civili (come il caso della lite temeraria o in caso di comportamenti discriminatori) – v. danno e resp. 2012, 585 – vari esempi di sanzioni civili, anche nella legislazione svizzera per discriminazioni di tipo sessuale, ma anche per cessazione rapporti di lavoro²

Ma l’aspetto più debole dell’argomentazione delle SU attiene a mio avviso al punto

a): la ricostruzione del sistema.

Cass. fa proprie sintesi che aveva già fatto Cass. nella pronuncia di delibazione sentenza belga su *Astreintes* (problema completamente diverso). Entrambi comunque peccano nell’operare una ricostruzione del sistema in cui mettono insieme fattispecie tra loro completamente diverse, senza inquadrarne le diverse *rationes*

² AAVV, *Punitive Damage in Europe and Plea for the Recognition of Legal Pluralism*, *EBLR*, 2016, 137

Vediamo allora quali sono *i principali strumenti di deterrenza adoperati nell'ambito del diritto civile* che, in maniera confusa, vengono richiamate dalle pronunce in oggetto (e vediamo cosa c'entrano e se c'entrano col problema dei risarcimenti punitivi)

- 1) Sanzioni pecuniarie indipendenti dalla prova del danno arrecato dalla condotta illecita e commisurate a condotte già specificamente vietate da un provvedimento giurisdizionale.
È il caso delle *astreintes*

Cass. su *Astreinte* (comminate da Tribunale belga), 23 febbraio 2015 n. 7613

Fa benissimo la cass. a ritenere non contraria all'ordine pubblico e non assimilabile ai danni punitivi l'*astreinte*, anche alla luce di quanto introdotto da art. 614 bis c.p.c.

Con il provvedimento di condanna all'adempimento di obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro il giudice, salvo che ciò sia manifestamente iniquo, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento. Il provvedimento di condanna costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza. Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano alle controversie di lavoro subordinato pubblico o privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'articolo 409.

Il giudice determina l'ammontare della somma di cui al primo comma tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile.

Induzione all'adempimento – non c'entra nulla con i danni punitivi e tutela il diritto del creditore

1) Tale norma è stata inserita dalla legge 69/2009 che ha previsto uno strumento di coercizione indiretta al fine di incentivare l'adempimento spontaneo degli obblighi che non risultano facilmente coercibili. La norma, infatti, prevede in capo al soggetto inadempiente l'obbligo di pagare una somma di denaro, al fine di indurlo a realizzare la sua obbligazione.

(2) Il giudice, previa richiesta della parte, unitamente al provvedimento di condanna ad un fare o a un *non facere*, fissa una somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento, al fine di esercitare una pressione psicologica sulla parte obbligata in modo tale da indurlo all'adempimento spontaneo.

(3) Nel determinare la somma dovuta per ogni violazione, il giudice dovrà tenere conto di alcuni parametri come il valore della controversia, la natura della prestazione, il danno quantificato o quello prevedibile, le condizioni personali e patrimoniali delle parti, accanto ad ogni altra circostanza utile. Tali parametri rappresentano dunque un limite alla discrezionalità del giudicante.

Alla stessa logica rispondono:

Art. 124, c. 2 dlgs 30/2005, codice della proprietà industriale (ribadito in art.131)

Pronunciando l'inibitoria, il giudice può fissare una somma dovuta per ogni violazione o inosservanza successivamente constatata e per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento.

Art.140 cod.cons. (azioni collettive a tutela dei consumatori), c.7:

7. Con il provvedimento che definisce il giudizio di cui al comma 1 il giudice fissa un termine per l'adempimento degli obblighi stabiliti e, anche su domanda della parte che ha agito in giudizio, dispone, in caso di inadempimento, il pagamento di una somma di denaro da 516 euro a 1.032 euro, per ogni inadempimento ovvero giorno di ritardo rapportati alla gravità del fatto. In caso di inadempimento degli obblighi risultanti dal verbale di conciliazione di cui al comma 3 le parti

possono adire il tribunale con procedimento in camera di consiglio affinché, accertato l'inadempimento, disponga il pagamento delle dette somme di denaro. Tali somme di denaro sono versate all'entrata del bilancio dello Stato per essere riassegnate con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze al fondo da istituire nell'ambito di apposita unità previsionale di base dello stato di previsione del Ministero dello sviluppo economico, per finanziare iniziative a vantaggio dei consumatori.

Ma anche alcune previsioni in materia di diritto di famiglia (art. 709 ter c.p.c.: in caso di gravi inadempienze rispetto ai provvedimenti adottati per la soluzione di controversie in materia di responsabilità genitoriale il giudice può disporre risarcimento dei danni – verso l'altro coniuge o verso il figlio) – credo ricorra la stessa logica, induzione all'adempimento

- 2) Rimedi che non hanno nulla a che fare col risarcimento dei danni, ma nulla hanno a che fare anche con la logica sanzionatoria, perché la loro ratio è piuttosto quella della “restituzione” (del profitto conseguito in seguito alla condotta illecita)

In Italia il primo autore ad aver focalizzato l'attenzione sul tema del profitto conseguito mediante la condotta illecita è stato Sacco, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959)
Il tema è ripreso da Trimarchi, *L'arricchimento derivante da fatto illecito*, Scritti in onore di Sacco, 1994

Troviamo questa figura nel diritto industriale, nelle lesioni ad alcuni diritti della personalità (tutti i casi in cui nell'ammontare es. lesione diritto autore è contemplato l'ammontare del compenso risparmiato dall'autore dell'illecito)

Es. art. 125 codice proprietà industriale

Il risarcimento dovuto al danneggiato e' liquidato secondo le disposizioni degli articoli 1223, 1226 e 1227 del codice civile. Il lucro cessante e' valutato dal giudice anche tenendo conto degli utili realizzati in violazione del diritto e dei compensi che l'autore della violazione avrebbe dovuto pagare qualora avesse ottenuto licenza dal titolare del diritto.

Ma anche

art. 12 l. stampa - una somma a titolo di riparazione commisurata (oltre che alla gravità dell'offesa alla diffusione dello stampato – dunque ai guadagni che ho conseguito per effetto di quella diffusione)

tutto questo non c'entra con un ampliamento delle funzioni del risarcimento – è piuttosto una funzione restitutoria – assimilabile all'obbligo di restituire i frutti per il possessore di mala fede. E se è così per questi non vale il principio di legalità, la riserva di legge propria delle sanzioni.

Non si è posto nessun caso in concreto, ma nessuna obiezione vedrei alla delibabilità di pronunce che prevedono questo tipo di “risarcimento”. Qui conta l'elemento soggettivo. L'intenzionalità.

È stata introdotta nel vecchio art. 18 (il profitto conseguito tra i criteri di liquidazione equitativa del danno ambientale)

Trimarchi: nelle ipotesi in cui l'atto illecito procura a chi lo commette un profitto superiore al danno della vittima, la minaccia della r.c. non può svolgere appieno una funzione deterrente, perché lascia sussistere un guadagno (pari alla differenza tra quanto sono costretto a dare per risarcire e quanto posso trattenere)

Ritrovo in T. tutto quello che avrei voluto dire io:

- a) Attenzione che l'illecito non si risolva in un affare per qualcuno, fuori da ogni rapporto con il danno
- b) Restituzione arricchimento necessaria per attività dolosa; se si tratta di danni indifferenziati (ambiente) risarcimento a vantaggio di tutti, in quel caso ente esponenziale
- c) La misura della restituzione: non punitiva, ma calcolo delle spese risparmiate evitando di adottare quelle misure che avrebbero reso l'attività non dannosa (se l'attività non poteva proprio essere svolta pari all'intero profitto)

Rimedio utilizzato soprattutto nell'ambito dei diritti di esclusiva, diritti di autore: problema della restituzione del sovrapprezzo.

Ovvero: ti devo pagare perché non ho acquistato il tuo diritto di privativa; ma se sono stato così bravo da far fruttare quel diritto di privativa in una maniera che tu titolare non saresti riuscito a fare il mio guadagno non te lo devo restituire (è frutto dei miei meriti).

Progetto di riforma della r.c. del legislatore francese (presentato a marzo del 2017)

Prevede che l'autore di un illecito civile commesso deliberatamente a scopo di lucro può essere condannato nell'ambito di un'azione di r.c. al pagamento, oltre al risarcimento del danno, di una multa (civile), proporzionata alla gravità della colpa, alla facoltà contributiva dell'autore e ai profitti che ha tratto dalla sua condotta illecita (fino a un massimo del decuplo).

Tale rischio non è assicurabile.

La somma non è devoluta a colui che ha agito in giudizio, ma a un fondo di compensazione attinente (ad esempio in America per il dieselgate una somma è stata destinata all'EPA)

- 3) Situazioni in cui la quantificazione del danno è correlata non al pregiudizio economico inflitto dall'illecito ma alla riprovevolezza della condotta del suo autore (qui l'esempio della lite temeraria).

Corrispondono alla lettera c

Un esempio, da poco introdotto nel nostro sistema è quello della Lite temeraria

Il danno da lite temeraria

Art. 96 c.p.c., nel quale il legislatore ha inserito un terzo comma che consente al giudice di condannare d'ufficio la parte che abbia agito con mala fede o colpa grave «al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata».

Ricordo inoltre l'attuale testo dell'articolo 26, primo comma, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (codice del processo amministrativo), secondo cui:

— il giudice, oltre a provvedere sulle spese del giudizio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, in favore della controparte, di una somma equitativamente determinata, comunque non superiore al doppio delle spese liquidate, in presenza di motivi manifestamente infondati;

— il giudice condanna d'ufficio la parte soccombente al pagamento di una sanzione pecuniaria, in misura non inferiore al doppio e non superiore al quintuplo del contributo unificato dovuto per il ricorso introduttivo del giudizio, quando la parte soccombente ha agito o resistito temerariamente in giudizio.

Si tratta chiaramente di pene private

Dibattito anche questo emerso nel nostro ordinamento a partire dagli anni '80

Sanzione/ bene tutelato: il sistema generale di amministrazione della giustizia; il danno che quella condotta crea al sistema³.

Ma se si tutela un interesse generale perché il risarcimento deve andare alla controparte, beneficiandolo?

Su questo Corte Cost., 23 giugno 2016, n. 152

Trib Firenze ha sollevato questione legittimità costituzionale limitatamente al fatto che la condanna è prevista a favore della controparte e non dell'erario.

La Corte ha ritenuto la questione non fondata.

Condivide l'idea che la finalità non sia risarcitoria (o, comunque non solo), ma soprattutto sanzionatoria.

Il fatto che la sanzione vada a beneficio della controparte "riflette una delle possibili scelte del legislatore, non costituzionalmente orientato nella sua discrezionalità, nell'individuare la parte beneficiaria di una misura che sanziona un comportamento processuale abusivo e che funge da deterrente al ripetersi di una siffatta condotta".

Con ogni probabilità – è il ragionamento della Corte – ha deciso in tal senso per a) assolvere comunque ad una funzione indennitaria, visto che prima vittima della lite temeraria è comunque la controparte (oltre che il sistema nel suo complesso) e b) ha inteso perseguire l'obiettivo di una maggiore effettività della tutela, poiché il privato – a differenza del pubblico erario – in termini più brevi e sicuri provvede alla riscossione della somma.

Rimane il fatto che Trib. Firenze ha posto una questione importante: perché mai il vantaggio dovrebbe andare su un soggetto?

Lo strumento risarcitorio finisce in tal modo per arricchire qualcuno, al di là del pregiudizio subitoma la risposta è che il sistema consente il ricorso a pene private

Ci sono tante altre ipotesi sparse

Es. in materia di intermediazione finanziaria (art.187 undecies, c. 2) – abrogate alcune fattispecie di reato previste a tutela della fede pubblica, dell'onore, ecc. se i fatti sono dolosi prevede comunque che sia affiancata al risarcimento del danno una somma ulteriore in favore della parte lesa con funzione sanzionatoria afflittiva

Non diverso da ipotesi in ambito familiare

(stampa, assegni bancario, subfornitura..) con l'intento di affiancare al risarcimento vero e proprio una sanzione vera e propria altra, perché si tratta di comportamenti che vuole scoraggiare, rispetto ai quali però sarebbe troppo confidare nel sistema penale, ecc.

Deflazionare penale – sanzione civile sostitutiva

Riduzione dell'area del penalmente rilevante e favor verso strumenti alternativi alla tutela penale

Secondo una lettura si spiegano anche per deflazionare il ricorso a sistema penale - per l'inflazione penalistica (sistema esautorato.. mi rivolgo alla stessa funzione che può esercitare la pena privata).

Rileva l'intenzionalità

³ (Trib. Piacenza 7 dicembre 2010, in Nuova giur. civ. comm., 2011, I, 435; Trib. Piacenza 22 novembre 2010, in Giur. merito, 2011, 2700; Trib. Milano 4 marzo 2011, in Foro it., 2011, I, 2184; Trib. Varese 23 gennaio 2011, in Resp. civ. prev., 2010, 1828; in Foro it., 2010, I, 2229; Trib. Varese 16 dicembre 2011, www.ilcaso.it; Trib. Varese 30 ottobre 2009, in Giur. merito, 2001, 431; Trib. Rovigo 7 dicembre 2010, in Il Civilista, 2011, 10; Trib. Prato 6 novembre 2009, in Foro it., 2010, I, 2229; Trib. Pordenone 18 marzo 2011, www.ilcaso.it)

Anche stampa

Perché la sanzione è commisurata per certi versi alla distribuzione del giornale (dunque all'utile conseguito) ma per altri alla gravità dell'offesa – quindi collegato al tipo di condotta

Si tratta dunque senza alcun dubbio di sanzioni civili – che rispondono ad una logica diversa dalla r.c. e che abbisognano di una normativa ad hoc

Le ipotesi sono numerose.

Può da questo evincersi un principio generale, nel senso dell'esistenza di un rimedio punitivo generale?

Ovvero, si può a partire da queste disposizioni ritenere che, più in generale, una funzione sanzionatoria possa essere ascritta, sempre e in generale, al sistema della r.c.? dunque che un risarcimento del danno, indipendentemente da una legge che autorizza il giudice a farlo, possa irrogare anche una sanzione?

Direi proprio di no. Secondo alcuni sì (Monateri, secondo cui tale principio troverebbe il suo fondamento nella liquidazione equitativa ex art. 1226 – dice anche il principio di integrale riparazione non ha copertura costituzionale..)

Certamente possono farlo i privati (in ambiti diversi, come quello contrattuale) ma non il giudice nell'ambito della responsabilità extracontrattuale.

Il caso Dieselgate

Ci sarebbe stato posto per un risarcimento punitivo?

È finito nelle maglie antitrust per pratica commerciale scorretta

Danni punitivi e EAL. Livello ottimale di deterrence...

Ma non dimentichiamo che il concetto di sanzione ottimale, pena ottimale si sviluppa soprattutto nell'ambito del diritto penale (già a partire da Beccaria, Dei delitti e delle pene) - il risarcimento del danno tendenzialmente fuori da questa logica perché tende a ripristinare la situazione di prima, nella sfera del danneggiato.

Già in ciò vi è una funzione indirettamente deterrente – sapere di dover pagare le conseguenze delle proprie azioni (che naturalmente in tanto può funzionare il quanto si dia il giusto prezzo al bene leso) Proprio per questo il private enforcement gioca sempre un ruolo complementare (emblematica la materia del diritto antitrust ... la sanzione anche se pesante può non ripristinare le situazioni concorrenziali alterate, guardando ad esempio al singolo concorrente che è stato escluso ... il risarcimento del danno può integrare quella tutela – necessaria complementarietà pubblico e privato)