

**UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI MODENA E
REGGIO EMILIA**

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza (D.M. 270/04)

Tesi di laurea in Diritto commerciale

**DANNI PUNITIVI: LESIONE DELLA
PROPRIETA' INDUSTRIALE?**

Relatore

Chiar.mo Prof. Massimo Montanari

Laureanda

Marta Breschi

ANNO ACCADEMICO 2014 - 2015

Azia Katia

INDICE

INTRODUZIONE	6
 CAPITOLO I.....	 12
BREVI CENNI SULLE ORIGINI DELL'ISTITUTO DEI DANNI PUNITIVI IN COMMON LAW	12
 CAPITOLO II.....	 22
PUNITIVE DAMAGES IN USA LAW.....	22
2.1 THE AWARD OF PUNITIVE DAMAGES IN USA	22
2.2 AMERICAN COURT'S DECISIONS ABOUT PUNITIVE DAMAGES	48
2.3 CONCLUSIONS	72
 CAPITOLO III	 74
PUNITIVE DAMAGES IN UK LAW	74
1.1 THE AWARD OF PUNITIVE DAMAGES IN UK LAW	74
1.2. THE DECISIONS OF HOUSE OF LORDS ABOUT PUNITIVE DAMAGES	99

3.3 CONCLUSIONS	129
 CAPITOLO IV	 135
IL NO DELLA CORTE DI CASSAZIONE AI DANNI PUNITIVI IN ITALIA	135
4.1 BREVI CENNI INTRODUTTIVI	135
4.2 CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONE III, SENTENZA N. 1183/2007.....	136
4.3 CORTE DI CASSAZIONE CIVILE, SEZIONE I, SENTENZA N. 1781/2012	164
4.4 CONCLUSIONI	174
 CAPITOLO V	 190
ART. 96 C.P.C.: DANNO DA LITE TEMERARIA O DANNO PUNITIVO?..	190
5.1 ANALISI DELL'ARTICOLO 96 C.P.C. POST-NOVELLA N. 69/2009	190
5.2 ELEMENTI DELL'ARTICOLO 96 COMMA 3 C.P.C.....	209
5.3 LA NATURA DEL DANNO EX ART. 96 COMMA 3 C.P.C.....	218
5.4 ONERE DELLA PROVA	222
5.5 ARTICOLO 96 COMMA 3 C.P.C.: MERA FUNZIONE SANZIONATORIA O VERO E PROPRIO DANNO PUNITIVO?.....	225
5.6 ARTICOLO 96 C.P.C.: RESPONSABILITA' SOLIDALE DELL'AVVOCATO DIFENSORE	235
5.7 CONCLUSIONI	238
 CAPITOLO VI	 240
CGA, SICILIA: SENTENZA N. 26 DEL 22 GENNAIO 2013: IPOTESI DI APPLICAZIONE DI DANNI PUNITIVI?	240
6.1 IL CGA, SICILIA, N. 26 DEL 22 GENNAIO 2013.....	240
6.2 <i>ASTREINTES: SPECIES</i> DI DANNO PUNITIVO?	249

CAPITOLO VII	264
ART. 125 C.P.I.: RETROVERSIONE DEGLI UTILI A CONFRONTO CON I DANNI PUNITIVI	264
7.1 INTRODUZIONE	264
7.2 IL DETTATO NORMATIVO DELL'ART. 125 C.P.I.	271
7.3 LE REVISIONI DEL TESTO DELL'ART. 125 C.P.I.	273
7.4 L'ELEMENTO PSICOLOGICO NELL'ART. 125 C.P.I.	287
7.5. RETROVERSIONE DEGLI UTILI E DANNI PUNITIVI	289
7.6. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE	305
 BIBLIOGRAFIA	 307

INTRODUZIONE

Argomento della presente tesi è l'istituto giuridico dei danni punitivi.

Essi costituiscono uno fra gli istituti più affascinanti ed al contempo controversi e rappresentativi del diritto privato dei Paesi di *common law*.

Tale fenomeno giuridico ha, a più riprese, destato l'attenzione dei giuristi continentali, spinti da una forte curiosità intellettuale, nei confronti di un istituto che è apparso, nelle sue multiformi sfaccettature, fondamentalmente estraneo alla tradizionale configurazione dei rimedi previsti contro gli illeciti in ambito commerciale e civile negli ordinamenti normativi di *civil law*.

Ma si tratta anche di un più vivo interesse per le potenzialità, *de iure condendo*, che l'istituto giuridico dei danni punitivi cela ma che non sfuggono all'occhio attento e sensibile alle tematiche della prevenzione e della deterrenza dei comportamenti socialmente riprovevole tramite gli strumenti del diritto privato e del cd. *private enforcement*.

Il fenomeno non è d'altronde trascurabile né può essere liquidato come semplice differenza tra due istituti del diritto privato sul piano prettamente operativo.

L'analisi di tale istituto giuridico, infatti, tocca una delle pietre miliari dei diritti privati moderni, ovvero quella della responsabilità civile, di cui mette in discussione le modalità e tecniche di determinazione del risarcimento del danno, nonché la fisionomia, cioè le funzioni che l'ordinamento assegna all'istituto e che ne cristallizzano la *ratio*.

Allargando l'angolo prospettico da cui si osserva il fenomeno, è possibile risalire direttamente alle diverse modalità con cui le due famiglie giuridiche di *common law* e *civil law* percepiscono la distinzione tra diritto pubblico e privato, tra diritto civile e penale.

La prima parte del presente lavoro è dedicata allo studio del fenomeno dei *punitive damages* all'interno degli ordinamenti giuridici di *common law* e più precisamente in quello nordamericano e quello inglese: ciò giustifica la mia scelta di scrivere suddetta parte della tesi in lingua inglese.

Procedendo a tale analisi si riscontra come, secondo un'accreditata tesi, i danni punitivi sarebbero estranei al sistema giuridico italiano di responsabilità civile, che si fonda esclusivamente sulla regola risarcitoria e sul principio di integrale riparazione del danno.

Cercherò allora di dimostrare che tale considerazione, secondo il mio modesto avviso, non trova pacifico accoglimento e, riportando più recenti interpretazioni in dottrina nonché nel rispetto del principio di integrale riparazione del danno, strettamente collegato alla funzione compensativa, prospetterò la possibilità di riconoscere anche altre finalità.

Infatti, ammesso che effettivamente si riesca a risarcire tutto il pregiudizio arrecato dall'illecito, è possibile perseguire anche la finalità di deterrenza.

Quest'ultima può essere realizzata quando l'autore dell'illecito è costretto a risarcire integralmente il danno e tutta la perdita arrecata con la sua azione; tuttavia, si è osservato come, spesso, gli obiettivi di deterrenza non siano soddisfatti adeguatamente dal risarcimento integrale.

Ciò trova giustificazione nel fatto che la responsabilità civile perde flessibilità a causa del ruolo centrale del rimedio riparatorio che non riesce a incidere efficacemente sull'attività illecita del soggetto danneggiante.

Tradizionalmente si ritiene che la riparazione integrale assicuri il giusto risarcimento, intendendo con questa espressione un risarcimento che non oltrepassa la misura del pregiudizio concretamente arrecato, in modo che la vittima dell'illecito non realizzi, appunto, un ingiustificato arricchimento. Tale considerazione, però, sebbene incontri opinioni contrastanti, appare superata.

Infatti, secondo il mio modestissimo avviso, per realizzare la giusta riparazione l'istituto risarcitorio dovrebbe presentare un'efficacia deterrente che, lungi dal contrastare il principio compensativo, lo affianchi e lo potenzi.

Quindi uno degli obiettivi del presente lavoro è quello di dimostrare come alla responsabilità civile non vada attribuita una funzione unitaria ma che si possa sposare l'interpretazione che in dottrina riconosce ai danni punitivi l'efficace termine "plurifunzionalità", o "poliedricità di funzioni".

Nel quarto capitolo vengono esaminate due importanti sentenze della Corte di Cassazione (n. 1183/2007 e n. 1781/2012) in cui viene alla luce un categorico atteggiamento negativo da parte della Suprema Corte circa la possibilità di ammettere l'istituto dei danni punitivi nel nostro ordinamento. Tale interpretazione dei giudici di legittimità viene giustificato con il presunto contrasto dei danni punitivi con il concetto di ordine pubblico italiano.

La dottrina italiana mostra grande interesse per le succitate pronunce dei giudici di legittimità sull'incompatibilità dei *punitive damages* con l'ordinamento italiano, ma recenti filoni dottrinali tendono ad assumere un atteggiamento di rispettoso distacco dalla posizione interpretativa della Corte di Cassazione .

Nel quinto capitolo, ai fini di delineare un quadro completo delle fattispecie risarcitorie previste nell'ordinamento giuridico italiano, analizzo il nuovo dettato dei commi dell'articolo 96 del codice di procedura civile italiano in seguito alla novella n. 69/2009, per verificare se questi giustificano e ammettano l'introduzione dei danni punitivi nel nostro ordinamento giuridico.

Nell'analisi condotta con la presente tesi costituisce punto di spiccato interesse e oggetto del sesto capitolo, la sentenza del 22 gennaio 2013 n. 26, emessa dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana: sebbene incontri opinioni contrastanti, si ritiene che si tratti di una sentenza di condanna al pagamento dei danni punitivi avverso la pubblica amministrazione rea di aver proceduto con notevole ritardo.

Venendo al settimo capitolo del presente lavoro, ho esaminato l'art. 125 del codice di proprietà industriale italiano in materia di contraffazione di marchi.

Secondo il mio modesto parere, infatti, risulta necessaria una approfondita analisi delle misure risarcitorie, previste nell'ordinamento giuridico italiano, che possano implicitamente contenere il ricorso all'istituto giuridico dei danni punitivi o di misure identificabili *lato sensu* come "ultracompensative".

Infatti tradizionalmente la tutela dei diritti di proprietà intellettuale è stata cercata soprattutto nei rimedi inibitori, ma questi ultimi spesso non si sono rivelati sufficienti.

Infatti per quanto rapida possa essere la reazione inibitoria rispetto all'illecito, essa arriva, molto spesso, tardi; pertanto quasi sempre l'illecito, protrandosi per un tempo anche relativamente breve, ha provocato però effetti dannosi rispetto ai quali l'azione inibitoria stessa è stata incapace di ristoro.

Inoltre, l'illecito normalmente provoca costi di reazione, che non sono costituiti solo dai costi del giudizio, ma anche, prima del giudizio, dai costi di monitoraggio e di controllo del mercato; pertanto il risarcimento punitivo investe i costi, cioè le attività che consentono di avvistare la contraffazione prima possibile.

Per queste ragioni, anche nel settore della proprietà intellettuale, si avverte l'esigenza di una reazione all'illecito che non si esaurisca nell'azione inibitoria, ma abbia natura compensativa del danno e punitiva nei confronti del comportamento illecito che lo ha provocato.

Inoltre ritengo che, anche se si sposasse l'interpretazione che nega l'ammissione dei danni punitivi nell'ordinamento italiano, non necessariamente bisognerebbe arrivare alla categorica conclusione che dichiara inammissibile qualsiasi ipotesi di risarcimento non strettamente compensativo.

Infatti anche se i *punitive damages* di *common law* sono in contrasto con il nostro sistema di responsabilità civile, ciò non vuol dire che non si possa nemmeno concepire l'introduzione di figure risarcitorie con funzioni deterrenti e/o sanzionatorie.

In sostanza, a mio modesto avviso, la realtà giuridica italiana non esprime esclusi-

vamente l'idea che il sistema di responsabilità civile respinga ogni valenza non strettamente compensativa, come invece affermano una parte della giurisprudenza (quella di legittimità) e della dottrina.

Secondo chi scrive, la loro posizione non può essere accolta pacificamente e non può essere nemmeno giustificata dal timore che, imitando l'esperienza degli ordinamenti di *common law*, si riscontrino i problemi relativamente all'eccessiva quantificazione di ogni misura risarcitoria nella componente sanzionatoria.

Comprendo infatti i dubbi dei giuristi italiani che tendono a non accogliere istanze aventi una valenza extracompensatoria, dubbi scaturiti dagli evidenti problemi di *excessiveness* che hanno caratterizzato i *punitive damages* negli ordinamenti anglosassoni.

Ritengo però che un errore di fondo determini questa tendenza, ovvero quello di focalizzare il dibattito, sia dottrinale che giurisprudenziale, sulla compatibilità dei *punitive damages* con i principi fondamentali degli ordinamenti di *civil law*, contraddistinti storicamente dall'affermazione dell'autonomia del diritto civile da quello penale.

Si tratta infatti di un errore di prospettiva che porta inevitabilmente a conclusioni negative.

Si tratta allora di ipotizzare un'integrazione, e non un trapianto, dall'esterno al nostro *tort system*, allo scopo di costruire un nuovo modello del sistema di responsabilità civile.

Per fare ciò è comunque necessario analizzare meglio il fenomeno: da un lato, si devono riconoscere le carenze strutturali dello strumento risarcitorio, dall'altro lato, oltre alla funzione riparatoria, se ne devono prendere in considerazione altre, ammettendo che anche aspetti deterrenti possano avere un ruolo in ambito civilistico.

Infatti riconoscere l'operatività giuridica dei danni punitivi, e quindi obbligare il danneggiante ad un risarcimento che eccede la misura del pregiudizio subito dalla vittima, non significa necessariamente che tale risarcimento possa essere interpretato come una violazione del principio di riparazione integrale del danno.

Anzi, operare un risarcimento secondo particolari parametri può, in alcuni casi, contribuire ad attuare il principio di integrale riparazione.

In particolare, la possibilità di condannare il danneggiante al risarcimento dei danni punitivi, permetterebbe di procedere ad una valutazione specifica delle condotte illecite e delle particolarità dei singoli casi, di tener conto di istanze di giustizia retributiva, sia del singolo danneggiato che della società, di supportare concretamente la ricerca della deterrenza ottimale.

Il concetto di riparazione è dunque polivalente perché può comportare la soddisfazione di molteplici esigenze, non necessariamente riconducibili alla ricostituzione di uno *status quo* alterato in ambito patrimoniale.

Ed inoltre l'ammissione dei danni punitivi nel nostro ordinamento giuridico permetterebbe di supplire a quel sentimento di insoddisfazione che si respira, nell'ambito della responsabilità civile, in quanto tradizionalmente, la riparazione del danno si fa coincidere esclusivamente con il principio compensativo.

Secondo una stimata corrente dottrinale, da me condivisa, le molteplici ragioni succitate rendono opportuno introdurre un istituto simile ai *punitive damages* nel nostro ordinamento poiché essi risultano «*congeniali alle moderne esigenze della responsabilità civile*».

CAPITOLO UNO

BREVI CENNI SULLE ORIGINI DELL'ISTITUTO DEI DANNI PUNITIVI IN *COMMON LAW*

Nell'ordinamento giuridico di *common law* le varie componenti della condanna pecuniaria inflitta al responsabile di un illecito civile si distinguono sulla base dello scopo che perseguono, ovvero tra risarcimenti con finalità restitutoria o riparatoria (*compensatory damages*) e somme integrative con finalità solo simbolica o addirittura punitiva e deterrente (*non compensatory damages*).

Pertanto in materia di responsabilità civile e anche in materia di risarcimento del danno conseguente alla lesione dell'altrui proprietà intellettuale, in particolare in caso di violazione del brevetto o marchio, gli ordinamenti di *common law* prevedono il singolare istituto dei “*punitive damages*”, ovvero i danni punitivi.

Ripercorrendo l'*excursus* storico di tale istituto giuridico si nota che venne introdotto nell'ordinamento anglosassone nel XIV secolo.

Il principio secondo il quale non si può permettere a nessuno di trarre giovamento e profitto dal compimento di un comportamento illecito e, pertanto, la previsione di figure rimediali con carattere sanzionatorio e punitivo, è diventato un *must* irrinunciabile al fine di porre certezza nell'ordinamento giuridico ma anche nei contratti e negli scambi economici. Di fatto trova qui applicazione il proverbio “*il fine giustifica i mezzi*”.

Ecco allora che nel sistema di *common law* faceva ingresso la categoria rimediale dei *punitive damages* nella sua accezione di ristoro del pregiudizio sofferto da un soggetto e secondo cui il giudice doveva applicare una “pena privata” da quantificare in maniera proporzionale all'offesa arrecata nel caso pendente: infatti la disciplina americana in materia di responsabilità civile, in caso di evento dannoso ed economicamente perseguibile, consente al danneggiato l'effettivo risarcimento sia del pregiudizio economico sofferto, sia dei danni non parimenti monetizzabili, i c.d. *pain*

and suffering.

I principi che stanno alla base dell'istituto processuale dei *punitive damages* sono gli stessi che fondano l'intero sistema dell'*Equity*, ovvero di quel sistema giuridico anglosassone che si è sviluppato grazie all'operato delle Corti regie di giustizia.¹

Il sistema di *common law* è difatti nato come diritto giurisprudenziale in cui sono gli stessi giudici che, con le loro pronunce, creano il diritto e fissano rigorose regole e formule di azione che però, nell'Inghilterra del XIV secolo, risultavano troppo rigide e non suscettibili di applicazione né a casi simili mediante lo strumento dell'analogia né a strumenti giuridici non ancora riconosciuti. Si affermò quindi una nuova e diversa visione del diritto per cui i giudici cominciarono a stabilire, nelle controversie di fronte alla loro pendenza, principi di "equità nel caso particolare" e a rifiutare schemi precostituiti.

Per dare una definizione univoca dell'istituto in esame possiamo pacificamente affermare che i *punitive damages* consistono in una somma di denaro che il danneggiante è tenuto a pagare e che oltrepassa l'ammontare dell'effettivo pregiudizio subito dal danneggiato (che trova ristoro nello strumento dei *compensatory damages*); tale somma infatti non ha finalità riparatoria bensì è volta a punire il danneggiante per aver commesso un fatto particolarmente grave e riprovevole, attraverso una condotta che, sotto il profilo soggettivo, è connotata dal carattere doloso, oltraggioso, oppressivo (*malice*).

Nell'ordinamento giuridico nordamericano l'istituto dei *punitive damages* fa il suo ingresso nel 1852 quando, con la sentenza *Day v. Woodworth*,² viene affermato il principio secondo cui il convenuto può essere condannato al pagamento dei *punitive damages* sulla base, soprattutto, della gravosità dell'offesa; veniva quindi

¹ La giurisdizione regia operava mediante l'istituto processuale dei *writs*, in latino *brevia*, veri e propri ordini del Re che servivano ad amministrare la giustizia e di cui erano destinatari gli *scherriffs* o i *lords*, ovvero i responsabili delle Corti rispettivamente territoriali e baronali. I *writs* erano richiesti a pagamento in caso di denegata giustizia della Corte locale o di mancata reintegrazione del diritto. Queste formule prestabilite e realizzate con uno schema ricorrente per ogni tipo di richiesta, furono poi fissate in modo che fu sempre più difficile per i privati farsi rilasciare nuove tipologie di *writs*. Ecco perché si parla della c.d. *serrata dei writs*.

² *Day v. Woodworth*, 54 U.S. 13 How. 363 363 (1852).

accantonato il criterio della misura dei danni effettivamente causati e in questo modo si volle disancorare, una volta per tutte, la quantificazione di tali voci di danno da qualunque parametro algebrico-matematico e, come aggiunge Corongiu, da un canone “*approssimativamente fondato sull'effettivo pregiudizio patito*”.³

Nella succitata sentenza si legge infatti “*a jury may inflict what are called exemplary, punitive or vindictive damages upon a defendant, having in view the enormity of his offense rather than the measure of compensation to the plaintiff*”.

Pertanto la condanna al pagamento dei danni c.d. punitivi è giustificata dalle finalità pubblicistiche di deterrenza e soprattutto di punizione; rileva infatti come tale istituto abbia carattere espiatorio, cioè volto a colpire il comportamento dell'agente ritenuto particolarmente biasimevole.

Tale condotta dell'agente può essere rinvenuta, oltre che in un comportamento riprovevole, anche in un inadempimento contrattuale, e infatti come si legge nel *Second Restatement of Torts*, i *punitive damages* possono essere accordati unicamente laddove la condotta del convenuto sia stata “*outrageous, because of the defendant's evil motive or his reckless indifference to the rights of others*”: si tratta quindi di un qualcosa di più della semplice *negligence* e infatti la condanna al risarcimento dei danni punitivi avviene generalmente in caso di “*circumstances of aggravation or outrage, such as spite or “malice”, or a fraudulent or evil motive on the part of the defendant, or such a conscious and deliberate disregard of the interests of others that his conduct may be called wilful or wanton*”.⁴

Ovviamente l'istituto in esame rappresenta anche uno strumento di deterrenza in quanto deve impedire il verificarsi, in futuro, di condotte analoghe a quella commessa e lesiva di terzi; infatti la privazione del vantaggio economico conseguito dalla condotta illecita è volta a disincentivare la reiterazione della medesima.

Infine, ma non meno importante, rileva il momento risarcitorio del danno patito materialmente e immaterialmente: la condanna al risarcimento dei danni

³ S. CORONGIU, *Pregiudizio subito e quantum risarcitorio nelle sentenze di punitive damages: l'impossibile riconoscimento in Italia*, in *Int'ILis*, 2004, p.89.

⁴ *Taylor v. Superior Court*, 24 Cal.3d 890, 1979.

effettivamente subiti, quantificata secondo le regole ordinarie, potrebbe non essere sufficiente a dissuadere il danneggiante dal commettere altri illeciti, ove la somma stabilita a titolo di risarcimento risulti inferiore rispetto al profitto ricavato dalla condotta lesiva.

A tal proposito è stato sottolineato dall'autorevole voce di Owen "*at least one-third of the plaintiff's recovery ordinarily is expended on legal fees, a verdict that does not include a sum for these expenses almost always leaves the plaintiff substantially worse off financially than he or she was before the injury*".⁵

La loro concessione serve quindi ad alleviare il rigore del dettato delle *American rules* e di consentire la reintegrazione di perdite, altrimenti irreparabili e difficilmente risarcibili,⁶ attraverso la condanna al pagamento di un *surpluss*. Queste premesse permettono di comprendere già l'estrema complessità del tema in analisi.

Infatti l'azione repressiva e social-preventiva svolta dai *punitive damages* è subordinata alla verifica dello stato soggettivo doloso o gravemente colposo tenuto dall'offensore nella realizzazione di specifiche forme lesive ritenute socialmente dannose nella categoria degli illeciti civili.

L'impiego tradizionale delle condanne punitive avveniva nell'ambito dei *torts* - ovvero nei casi di responsabilità del produttore, infrazioni degli obblighi contrattuali commessi in mala fede, lesione di diritti civili, trasgressioni di specifiche norme di leggi e altre ipotesi-, della proprietà, del lavoro, del diritto marittimo e di famiglia; e ovviamente le ritroviamo nei casi di pregiudizio arrecato ad un diritto fondamentale della persona⁷ come la vita, la violazione volontaria dell'integrità psico-fisica, l'onore, la reputazione, la privacy, casi di diffamazione (per esempio il caso *New York Times v. Sullivan*, 1965). Una parte della giurisprudenza americana ha criticato

⁵ D.G.OWEN, *A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform*, University of South Carolina, 1994, p. 31.

⁶ In particolare in caso di *intangible losses*.

⁷ Il danno alla persona è designato con il termine di "danno alla salute", in cui gli elementi inclusi- alcuni di carattere patrimoniale, altri non patrimoniali - sono in grado di prevedere la condanna al risarcimento dei danni punitivi. Negli Stati Uniti le norme sulla responsabilità civile mantengono un ruolo centrale in caso di risarcimento per lesioni personali e qui possono coesistere con altre fonti di risarcimento, quali i danni punitivi.

l'ammissibilità delle sanzioni dichiaratamente penali in campo civile, in quanto costituirebbero un'ingiustificata invasione del raggio d'azione del diritto penale nel settore civile e quindi rappresenterebbero un'incongruenza che potrebbe sconvolgere la simmetria e la linearità della legge. Circa i punitive damages, invece, i giudici americani hanno sempre affermato una doppia ragione che li giustifica ovvero da un lato l'intento di impedire che l'offensore torni a ripetere la condotta lesiva e dall'altro la funzione retributiva come riparo rispetto alla condotta anti-sociale del danneggiante.

Le corti di *common law* definiscono la figura giuridica dei danni punitivi come un *private remedy than a public criminal sanction* e la applicano non quando l'illecito civile sia stato commesso solo con colpa, perché in questo caso si ricorre all'istituto dei "tort", bensì nei casi in cui la condotta da sanzionare sia posta in essere con "*evil motive*", *fraudulent purposes*, *reckless*, in modo tale da determinare grave violazione dei diritti dei terzi.

Occorre quindi che ci sia il connotato della "*malice*" (che nel nostro ordinamento trova il corrispondente nella figura giuridica del dolo) il quale è interpretato in modo meno severo, in quanto è richiesta non la prova della sua diretta esistenza al momento del fatto, ma solo l'accertamento da parte della giuria.

La giuria è una fondamentale figura giuridica processuale prevista negli ordinamenti di *common law*; essa, sulla base della piena discrezionalità riconosciuta, ha il compito di decidere in prima battuta l'*an* e il *quantum* della pena pecuniaria e, sulla base della natura oggettiva dei fatti, deve esaminarli per vedere se è ravvisabile l'esistenza di una *malice* implicita. Stephen Daniels and Joanne Martin, tra i maggiori esponenti e sostenitori nordamericani dell'efficacia dei *punitive damages*, hanno evidenziato che "*jury verdicts in the minority of matters actually adjudicated play an important role in determining the worth, or settlement value, of civil matters filed but not tried*".⁸

Infatti uno dei tratti salienti dei danni punitivi, in comune con un'altra figura

⁸ S. DANIELS - J. MARTIN, *Myth and Reality in Punitive Damages*, 75 MINN. L. REV. 1, 28, 1990.

rimediale anglosassone ovvero i *disgorgement damages*, è l'applicazione della *law of restitution*; secondo la moderna lettura della teoria dell'*unjust enrichment* il fine primario della *law of restitution* è da rinvenire non solo nell'esigenza di provvedere al *reversal* dell'ingiustificato arricchimento realizzato a scapito della vittima, ma anche nel generale principio etico alla luce del quale nessuno dovrebbe giovare di profitti ottenuti senza merito o lecita giustificazione.

Ma, al contrario dei danni punitivi, i *disgorgement damages* si configurano come un rimedio applicabile solo nelle ipotesi in cui si può individuare un “*additional interest that compels an award to strip a defendant of every gain made from the wrong*”.⁹

Al contrario secondo l'autorevole opinione di Kull,¹⁰ lungi dall'etichettare come sanzionatori gli strumenti di *restitution law* - in quanto hanno solo la funzione inibitoria di proteggere la vittima dai comportamenti illeciti del danneggiante-, la finalità punitiva della *restitution law* può individuarsi solo nei casi in cui “*it withholds its assistance from certain disfavored wrongdoers*”: ne è esempio il caso di una richiesta di risarcimento contro il profitto che il colpevole ha ottenuto come conseguenza di una transazione illegale o fraudolenta.

Il rifiuto di proteggere una “*otherwise well-founded claim*” sembra confermare una sanzione punitiva “*in purpose and effect, whenever the result of the court's abstention is a windfall to the other party that is not justified by prophylactic concerns*”.

Sotto il profilo meramente strutturale del processo, l'aspetto più caratteristico del sistema statunitense di responsabilità civile è rappresentato dalle modalità di liquidazione dei danni, le quali si ispirano *all'adversary system*: si assiste pertanto alla controversia tra ricorrente e convenuto e il tribunale rende giustizia lasciando che le parti si affrontino liberamente. Quando l'attore chiede una somma di denaro, a

⁹ Così J. EDELMAN, *Gain-based damages: contract tort Equity and Intellectual Property*, Oxford, 2002. Su tale questione i *disgorgement damages* si contrappongono ai *restitutionary damages* i quali provvedono alla restituzione di quanto indebitamente ottenuto e operano in un'ottica di di c.d. *corrective justice*.

¹⁰ A.KULL, *Restitution's outlaws*, in *Symposium: Private law, punishment, and disgorgement*, 78 Chi.-Kent. L. Rev. 17, 2003, pp. 23 ss.

titolo di risarcimento dei danni, ha solo il diritto ad avere un dibattito che vede l'intervento della giuria, la quale deve definire le questioni di fatto, mentre al giudice spetta la decisione sulle questioni di diritto.

I giurati si ritirano e deliberano in segreto fino ad arrivare all'emissione del verdetto che è rappresentato dalla decisione sostenuta dal voto della maggioranza e che ha raggiunto un definito *standard* di prova. La giuria, nota per essere “più generosa” nei confronti della parte debole della controversia, ha un’influenza decisiva sull’esito del processo, soprattutto circa la quantificazione del danno. La giuria può infatti anche non ricevere da parte del giudice alcuna indicazione particolare su cui basare i propri verdetti, avendo a disposizione le proprie opinioni formulate in corso di giudizio sui dati e sulle testimonianze del contraddittorio; nessun’altra informazione è permessa, neppure una consulenza tecnica d’ufficio.

Un piccolo ma fondamentale sipario è costituito dall'onere probatorio ai fini della affermazione della responsabilità: il processo civile richiede la dimostrazione di un'evidenza preponderante, e quindi la documentazione di una maggiore probabilità che la condotta del convenuto costituisca l'origine del danno, mentre il procedimento penale richiede la “prova sopra ogni altro ragionevole dubbio”.

E’ qui che si inserisce l’onere probatorio richiesto dai *punitive damages* e che è intermedio a quello richiesto dal processo civile e penale: infatti, nonostante si basi sul criterio dell'alta probabilità della responsabilità del convenuto, richiede anche l'evidenza lampante che l'accusato sia colpevole di frode o malevolenza.

Pertanto se si tratta di danni punitivi l'attore non deve provare l'intenzione del danneggiante di provocare lo specifico danno che è stato effettivamente realizzato né deve dimostrare la presenza attuale dell'elemento soggettivo della *malice* dell'offensore: per i giudici di *common law* è sufficiente la dimostrazione della condotta impropria o oltraggiosa.

Si è quindi assistito ad un’attenuazione dell’onere probatorio in capo al danneggiato attraverso una revisione, da parte della dottrina, del nesso di causalità e l’abrogazione di alcune immunità come quelle governative o intra-familiari.

Una potenziale forma di controllo delle decisioni della giuria è proceduralmente

ammessa dai meccanismi del *remittitur* e *additur*, che permettono al giudice di incrementare o ridurre le liquidazioni delle somme di denaro, proposte dal giuria a titolo di risarcimento, che siano palesemente sproporzionate.

Infatti se il giudice ritiene che il risarcimento avanzato dalla giuria sia irrazionalmente troppo basso o, al contrario, eccessivamente elevato (*grossly excessive* o *shocking to the judicial conscience*), può rispettivamente aumentare o diminuire l'ammontare di danni punitivi con il rimedio del c.d. *remittitur* e se la sua decisione non è accettata dalla parti del giudizio (come nel caso *Honda Motor e Co. v. Oberg*, 1994), può disporre anche un nuovo dibattimento.

Dopo il verdetto della giuria, la parte che ne risulta soccombente può intraprendere un nuovo giudizio, invocando, a sostegno della propria causa, la presenza di un verdetto contrario a quelli che sono i risultati processualmente ottenuti o di errori procedurali del giudice nel disporre l'ammissione di prove o o nell'istruire la giuria. Infatti il giudice e, più ampiamente, le Corti hanno il compito fondamentale di istruire la giuria per giungere ad una definizione equa, ponderata e ragionevole dei danni punitivi sulla base di una serie di criteri ovvero l'effettivo ammontare dei *compensatory damages*, la natura della condotta illecita dell'offensore, l'effetto che tale comportamento ha avuto sulla sfera giuridica personale dell'attore. Si guarderà inoltre la presenza o meno di altre voci di danno o restituzioni che il condannato deve pagare sempre come conseguenza delle proprie azioni, presenza di multe o sanzioni penali, ma anche il valore dei profitti ottenuti dal convenuto con l'adozione della condotta illecita facendo il confronto con i guadagni che avrebbe probabilmente ottenuto senza il comportamento illecito.

Il primo criterio enunciato è fondamentale e più volte ribadito dai giudici americani i quali, per l'appunto, ritengono che i *punitive damages* debbano essere individuati sulla base del rapporto e della proporzione con i *compensatory damages* e in taluni casi hanno guardato anche allo *status* economico dell'offensore.

La possibilità per l'attore di chiedere i danni punitivi gli permette di aumentare il valore del risarcimento, che sarà quindi più alto del valore della causa in se.¹¹

¹¹ Uniform Law Commissioner's Model Punitive Damages Act, Section 7, 1995.

Inoltre la richiesta di danni punitivi spesso richiede al convenuto una più ampia e più costosa difesa sia in termini economici, che temporali.

La maggior parte delle richieste di *punitive damages* difatti si fondano sulla presenza di affermazioni di dolo o negligenza consapevole del convenuto; la difesa contro tali affermazioni straordinarie di solito richiede un processo più costoso rispetto a quello ordinario.

Ovviamente un processo che concerne condotte caratterizzate dal dolo o dalla frode e che è volto a determinare l'intento doloso del convenuto coinvolgerà più ampie e più costose ricerche e deposizioni di documenti.

La dinamica fondamentale del processo stragiudiziale è incerta: ovviamente se l'esito di processi che vedono la presenza della giuria fosse altamente prevedibile, pochi, o addirittura nessuno, sarebbero i processi.

Ed è proprio l'incertezza dei risultati del processo che ha portato alla frequente situazione in cui il verdetto della giuria ha lo scopo di fornire almeno qualche indicazione per i contendenti per contribuire a valutare i rischi del processo e i parametri di un accordo ragionevole.

Le richieste di danni punitivi aggiungono poi drammaticamente l'incertezza delle deliberazioni del processo. L'inserimento di una domanda di danni punitivi aumenta la potenziale quantificazione di risarcimento stabilito dalla giuria con parametri non sempre prevedibili, dato che i danni punitivi sono potenzialmente illimitati.

In conclusione possiamo quindi riassumere che i *punitive damages* rappresentano una forma di risarcimento pieno, in cui le esigenze di giustizia del caso singolo prendono il sopravvento per divenire una condanna esemplare per l'intera comunità e volta al perseguimento di tre obiettivi principali: punire in modo esaustivo l'offensore per la sua condotta malevole (anche per non far scaturire fenomeni di giustizia privata); ricompensare la parte lesa con una somma che è superiore e ulteriore rispetto all'importo previsto per il solo risarcimento e idonea a "premiarla" per l'impegno dimostrato nell'affermare un proprio diritto; perseguire una finalità educativa, cercando di distogliere il colpevole e la collettività dal tenere comportamenti socialmente dannosi laddove la minaccia del solo risarcimento possa

essere inadeguata rispetto all'offesa subita e alla riprovevolezza della condotta tenuta dal danneggiante.

CAPITOLO DUE:

PUNITIVE DAMAGES IN AMERICAN LAW¹²

2.1 The award of punitive damages in American law - 2.2 American Court's decisions about punitive damages - 2.3 Conclusions

2.1 The award of punitive damages in American law

The *punitive damages* award to the person offended is recognized in addition to that in compensation for the damage, both material and moral, actually suffered, when the injury was caused by the fraudulent conduct or evil intent of the tortfeasor.

Therefore the criticisms against the punitive damages institution are based primarily on the fact that they may involve, to the person that has kept a harmful behavior, a compensation measure also significantly higher than the actual loss incurred by the victim.

From a procedural profile, the recognition of punitive damages is at the discretion of the jury, at first, and the judge, to date, which detects the presence, in the specific case, of punishment and controls if there are the features of intent or negligence in the conduct of the tortfeasor.

From an economic perspective, the condemnation of the tortfeasor to pay punitive damages will materialize inflicting a pecuniary penalty which more precisely has to represent a full compensation.

An illustrative example of punitive damages is the famous case of *McDonald's coffee houses or hot coffee lawsuit*, 1994, in which Ms. Liebeck - in New Mexico - after ordering a cup of coffee from the window of a McDonald's Restaurant (the current service "McDrive") by opening the lid of the cup of coffee, she had resting on his

¹² The present chapter is about the comparison between USA and Italian Law about punitive damages and so I have preferred to write its in English language.

knees. She reported third-degree burns and minor that then forced to hospitalization and skin grafting, which of course ensued further problems such as loss weight and medical treatment for two years. And it was not even an isolated case: since between 1982 and 1992 there were 700 reports of people burned by coffee sold by the same trade.

The lady asked, in compensation, \$ 20,000 but the jury, in line with the criteria of "*comparative negligence*" for which the restaurant was charged 80% versus 20% of the responsibility attributed to Ms. Liebeck, McDonald condemned to compensate the damages to the tune of \$ 200,000, to which were added 480,000 dollars (the jury even proposed 2.7 million dollars but the judge lowered that figure) by way of punitive damages.

From the above-mentioned case is just blatant the deterrence nature of the punitive damages institute, as former Rule 11 of the Federal Rules of Civil Procedure, (c) Sanctions "*A sanction imposed under this rule must be limited to what suffices to deter repetition of the conduct or comparable conduct by other similarly situated. The sanction, [...], if imposed on motion and warranted for effective deterrence, an order directing payment to the movant of part or all of the reasonable attorney's fees and other expenses directly resulting from the violation*".

Also an another problem related punitive damages comes to light, namely c.d. *frivolous lawsuit*: it is baseless lawsuit, for which the processes are too easily established in the intent of getting the highest sum as compensation for punitive damages. Regarding the latter, in 1990 A.Katz¹³ stated that "*The fairness objection to frivolous lawsuits is that such suits can result in opportunistic persons obtaining payments to which they are non entitled, at the expense of innocence defendants who may be viewed as defrauded or under duress [...]*".

This problem has spread in the US system for the presence of the mechanism of "contingent fees" or *pactum de quota litis*, that is realized in different ways based on the outcome of the process: in fact, in the event of losing the case of his client, the

¹³ A. KATZ, *The effect of frivolous lawsuits on the settlement of litigation*, in *Int. Rev. Law econ.*, 1990 p.1.

costs and the risks of the process are leaning to the lower; at contrary, if he win the case of his client, thanks to this agreement, the lawyer is the recipient of a portion of the total proceeds received from the client in legal proceedings and more precisely 25% if the dispute will require a court settlement, 1/3 if the dispute is decided by the court of first instance and the middle if the favorable ruling is obtained on appeal.

So a high percentage of the total value of the sentence can be collected by lawyers who are so often accused of promoting fights daring, just to reap huge profits from the controversy.

In the lawsuits under American law the plaintiff has a strategic advantage: by filing a claim any plaintiff, and so even the plaintiff with a weak case, places the defendant in a position of having to defend himself (and therefore incurring legal costs) and where he will be held liable for the full judgment demanded unless he defends himself. Hence the defendant, even he is facing a lawsuit without merit, is often willing to pay a sum that is less than the potential legal costs that he will face for the process and so an amount with a view to "make it to go away". This consideration takes into account that the costs of defense in a media tort lawsuit is from \$ 6000 to \$ 10000, depending on the kind of suit. About this, professor and economist Avery Katz (University of Michigan) says that in many cases "*The defendant is willing to pay a settlement up to the amount of his defense costs in order to avoid having to respond to the plaintiff's complaint*".

This speech may also apply in lawsuits with a doubtful chance of success at a trial or in frivolous or marginal lawsuits. Always the professor Kats commented "*The main reason for which frivolous lawsuits are not always met with a blanket denial and refusal to negotiate, of course, is that the defendant rarely knows the merit of the claim with certainty. Since refusing to take seriously a valid claim can be quite costly, frivolous a plaintiff may be able to take advantage of the defendant's uncertainly regarding the claim's validity to extract a substantial settlement*".

The crux of the matter is if the request for punitive damages will tip the balance of the process in favor of the plaintiff, even if it is a weak or frivolous case. This could happen in two ways: if it is a serious case, which can lead to the process, then you

increase the amount that the jury may propose by way of punitive damages; otherwise, you increase the legal costs that the defendant will have to face to defend himself in the process.

The punitive damages institute is contemplated in the US also in matter of patents. The sec. 284 of the Patent Act (Title 35 US Code) states that "*Upon finding for the claimant damages adequate to compensate for the infringement but in no event less than a reasonable royalty for the use made of the invention by a infringer [...]. The court may increase the damages up to three times the amount found [...]*". Thus establishes that the infringer of the patent of others shall be condemned to the payment of the first lost profits, or the damage that the holder of the patent has suffered and consists of the loss of revenue resulting from the sale of products made by the counterfeiter.

In the late '70s the four criteria to calculate the amount to compensate by way of Lost Profits were outlined: there is the same demand for the patented product and then forged, and so you will look sales of the owner and the infringer (in England the actor licensor that has not exploited the invention independently, may not seek profits, instead of royalties that the holder of intent to exploit it, but he would never achieved, can still be counted in the calculation of the damages together with lost profits); in the market there are not some viable alternatives to the patented product (absence of acceptable non infringing substitutes) and then both the two products are characterized by certain qualities that no other product has on the market; the profit that would have achieved in the absence of the counterfeiter has determinable (amount of profit he would have made); the patent holder is able to meet the demand of which he would be the only recipient in the absence of the counterfeiter (manufacturing and marketing capability). The loss of revenues of the owner of the patented product, however, can have been caused by the erosion of the price later access counterfeiter on the market and therefore by the occurrence of the transition from monopoly to that of oligopoly. In fact, in this delicate phase, the owner usually does not increase the price for a longer period that he would have done in the absence of competition and price erosion remains even after the exit from the market

by the infringer, because the holder of the patent may not bring the price of its products at a price that prefers immediately after the exit from the market of the competitor.

A practical case is *Minnesota Mining & Mfg Co.* (or with the acronym “3M”) v. *Johnson & Johnson Orthopaedics Inc.* in which the court ruled that the latter would have to compensate the first for hundreds of millions of dollars because, during the period when these Johnson & Johnson sold the counterfeit products, 3M could have increased by 2% its annual sales prices.

Instead in favor of the infringer plays the c.d. "*Market Expansion Theory or Argument*", according to which the compensation due to the holder of patent must be deducted the portion of the profit obtained by the infringer due exclusively to its goodwill.

Also, in case you cannot try the lost profits, the judge by law cannot liquidate the damage to a lesser extent at “*reasonable royalty*” to which the infringer is ordered to pay the injured.

Finally, the infringer may be compelled to pay additional damages equal to the trebling of the amount of damages suffered by the owner, if the infringer acted knowingly with intent or in bad faith: it is, precisely, the punitive damages that can be find even with expressions of “*Increased Damages*” or “*Treble Damages*” or “*Enhancement Damages*”.

It is necessary to point out that the conduct of malice and bad faith are distinct, since the intent or Willful applies if the infringer has even the mere ability to know the patent and therefore is irrelevant the absence of actual knowledge. So to avoid having to incur the payment of treble damages for “Willful Infringement”, the infringer must, before starting the activity of production, have a legal opinion about a non- infringement, issued by a patent attorney (that it is a figure somewhere between a lawyer and a technician), with the specification that this opinion is not decisive even if negative.

Similarly in the case of trademark infringement, the discipline of damages award has been presence since 1984, when it was enacted the *Counterfeiting Act* which

introduced the par. 35 of the "*Lanham Act*" (Title 15 US Code § 1117) which states that, as for patents, the infringer must "*recover the defendant's profits, any damages sustained by the plaintiff, and the costs of the action is [...]*" and therefore for that purpose is required proof that the trade of mark infringement has caused a misure of customers and the failure profit the trademark holder due to counterfeiting.

The same arrangement then provides that in the case in which the infringement of the mark to generate a mark identical or indistinguishable (counterfeit) to that of another, as well as create a risk of confusion, and then in the case in which it is in front of a Willful Infringement, it is a compulsion of the sanction which involves the quantification of the amount of compensation equal to the trebling of damages or profits of the infringer and the reimbursement of legal fees that the victim has had to pay for the offense suffered.

The emergence of a form of liability based on objective criteria for allocating such as the strict liability in tort, or producer's responsibility for the disappearance of an implicit or explicit guarantee on the part of those who have put on the market the product which then proved defective, are assumptions of punitive damages applicability, for which for the request must be demonstrated, as already seen, the intent or gross negligence of the offender, and to date there is no procedural action independently.

Instead the judgments that have condemned the producer to the payment of punitive damages are united by the fact that its verdicts of conviction are the result of the control activities and of examination of the risks resulting from the consumption or use of defective products put on the market.

Commonly this is called as the responsibility of the pharmaceutical manufacturer that, with a fraudulent misconduct, falsifies the experimental results which are to ensure the orderly marketing of products tested and thus tricking the Food and Drug Administration.

For example, in *Exxon v. American Home Products Corp.*,¹⁴ the Oregon's Court of Appeals did not consider the punitive damages sum amounting to 23 million dollars

¹⁴ *Cfr. Exxon v. American Home Products Corp.*, Ore. App., 1999.

to which a pharmaceutical manufacturer was condemned, and that will add to the already 23 million dollars as compensatory damages. Such a huge sum of compensation for punitive damages was justified by the fact that the producer in question knew that the drug, used in cardiology, could cause even the blindness of the consumer, but about it there weren't any mention to supervisors, indicating only minor effects of the drug.

Still, in the case *Teuton v. A.H. Robins Co. Kan.* (1987) had been directed towards the marketing of a drug from the company Dalkon contraceptive and that caused internal diseases and septic abortions, but the company did not report the results of the tests on the safety of the product and then was ordered to pay punitive damages for a sum of \$ 7.5 million. These are cases of "failure to warn" in which the illegal conduct and that justifies the applicability of this punitive procedural remedy.

Worthy of note is the case *Hollingsworth & Vose and v. Lorillard Horowitz*, in 1995, that is closely related to a court case that relates to the occurrence of cancer to the lungs in workers of the factory that were exposed, because of their work, the inhalation of asbestos dust.

The leaders of the factory knew about it and concealed the results of tests and of studies showing the dangers of the material for these reasons they were recipients of multiple convictions to pay punitive damages.

There are also numerous disputes in which they sued the multinational cigarette manufacturers, the c.d. *big tobacco*, to which are inflicted mega-damages by US courts.¹⁵

In conclusion the causes that have traditionally led the manufacturer to order

¹⁵ It often is a judgment based on "defective" product, in particular in 2002 when *Schwarz v. Philip Morris* - facing the slope of the Oregon court - Mrs. Michelle's Schwarz's kin, following the death of the lady to lung cancer in 1999, sued the company Philip Morris because it was considered the responsible of the onset of the disease in women which made regular use of cigarettes manufactured by the company. The latter was sentenced to pay \$ 168,000 in compensatory damages, 10 million in the form of strict liability, 25 million due to negligence and finally well 115 million punitive damages. The court in fact has drawn to the character of fraudulence in the conduct of manufacturing company for a duplicate motivation: on the one hand because they used additives in tobacco for example ammonia and sugars, to increase nicotine addiction, the other because they were an advertising campaign incorrect in order to spread the false lower toxicity of c.d. cigarettes light that they produce.

payment of punitive damages are first cases of "defective design" that is, where the product is the result of a design and manufacturing incongruous, and so it is defective and dangerous for the ordinary consumer.

Secondly there is the lack of adequate safety testing products before they are put on the market; even more serious then is the situation in which the manufacturer has advance and corporate knowledge of the possibility of damage and the danger of the use thereof.

In addition, the demonstration of disregard for the safety of the consumer may be demonstrated by false representations of reality and by statements or concealments that have to prove fraudulent; indeed, if the manufacturer of machines for example, favors, intentionally or negligently, false representations about the overall safety of the consumer that makes use of its product (like misleading or deceptive marketing), this behavior is a valid assumption to ask the condemnation of the producer to payment of punitive damages. One example is the case *Boise Dodge v. Clark*, in 1969, which concerned the purchase of a new car but whose odometer was tampered with, and then the Idaho Court ruled that this fact had to be sanctioned with the order to pay punitive damages because what that should be considered is the behavior itself and therefore the fraud to the detriment of the purchaser, and not the formal classification of the fact.

In US practice is discussed the possibility to take out insurance to protect themselves from the possible order to pay punitive damages, as if the insurance policies it covered up the entire amount, the objective of deterrence and punitive sanction would fail.

In fact, assuming the validity of insurance coverage for punitive damages, which are designed to censor and prevent recurrence of the offense by his manager, the offender could so easily escape the penalty and frustrate their purpose. It is easy to see that the states that repent in punitive damages only a compensatory purpose, and not of deterrence, feels, as fully legitimate, the stipulation insurance both for the

benefit of the offender and assuming direct responsibility vicarious.¹⁶

In some American states like Michigan is not allowed the insurance coverage in case of multiple penalties established by law in the field of automobile damage. Instead California is expressly provided in certain cases the prohibition of insurance for the direct or vicarious liability of the offender, in other the insurance is not effective in the case of malicious acts of the customer. Still, in Minnesota the signing of an insurance coverage for punitive damages is permitted if such sentence was imposed for unlawful dismissal, or in the case of compliance and non-compliance of fiduciary duty on the part of the lawyer.

To the payment of punitive damages award were often condemned their insurance companies which, with fraudulent conduct, believed that the application of this compensation category was justified by the breach of duty of good faith (as covenants or implied duty of good faith), that is found in every negotiation but is very important in relationships where there is considerable economic disparity between the parties of the contract and therefore requires the verification of *c.d. bargaining power* of the contracting parties at the time of conclusion of the contract. So the insurance company may be order to pay the punitive damages in the event of pre-contractual liability resulting from the fraudulent conduct of that time to induce the customer to sign the contract, but even where direct relevance is his behavior on the actual content of the negotiation.

Finally there are all cases where the manufacturer has violated knowingly and not

¹⁶ Vicarious liability is the liability of a person for the negligent and criminal action of another person, even though the former is not responsible for the act; the person who, although has been identified as responsible and therefore ordered to pay compensation or a financial penalty, is not in a position to fulfill this obligation, because not provided with sufficient resources.

A corollary of this hypothesis turns out to be, to some extent, the insensitivity of the head to the effects of sanctions and, consequently, the loss of function that can be ascribed to these, not only in relation to their immediate value punitive, but also, more generally, to their possible charge deterrent, that should make it appropriate to prevent the fulfillment of the same offenses, distracting from the subsidiaries conducted socially harmful. This problem emerges with particular intensity in the case of liability related to the protection of property or interests of extreme importance, in which the quantification of the level of damage can be very high (think to environmental damage caused by the employees of a company in charge of transporting toxic substances produced by this). Sorting is therefore required to adopt tools that can to some extent cancel out the negative impact of this problem.

has fulfilled the minimum safety behavior peculiar of their productive sector (knowing violation of safety standards).

Another case that applies punitive damages is, as already seen, the case *Schwarz v. Philip Morris*, also the business promotion and marketing of a product for which the producer knows the dangers that may exist for the consumer, and here the condemnation is just time to punish such conduct characterized by intentionality and awareness of the risks.

Even also the failure, inadequate or insufficient response to complaints and reports (consumer complaints) failure or defect concerning the safety and security of users of products, can justify the granting of the procedural remedy of punitive damages; therefore the manufacturer must remove that particular condition which is dangerous and harmful.

Starting from the classical theory of contract, in the light of which at the time of conclusion of the contract the parties are bound by a duty to perform, the author P.Jaffey¹⁷ said that the premeditated, intentional, deliberate failure, may constitute an unlawful act that would justify the application of punitive damages.

From here the problems related to the lack of "legal response" regards the breach of contract and the possibility of using figures for damages award. In particular it is argued that since the value of the contract, its efficiency, its ability to maximize the usefulness of both parties presented no pathological elements, leads to the counter-intuitive idea that the breach of contract involving an economically efficient outcome if the profit gained by the defaulting party is greater than the loss incurred by the other party. This consideration intersects with the topic of the cd. *fortunate circumstance* which argues that the hypothesis about the prediction of the different remedial categories in cases of breach of contract, can influence the behavior of the parties of the contract.

¹⁷ P.JAFFEY, *The nature and scope of restitution*, Oxford -Portland, 2000, pag. 390 ss.

But according to the Restatement (Second) of the Law of Contracts ¹⁸ in the cases related to contracts it can't incur the institution of punitive damages. In fact, in principle entitled §355 own "*Punitive damages*" you read the following words "*Punitive damages are not recoverable for a breach of contract unless the conduct constituting the breach is in tort also for which punitive damages are recoverable*". However there are many exceptions to this provision, and in fact the procedural remedy of punitive damages were awarded at first in situations where the conduct in breach of the contract is characterized by the fraudulence, which is a criterion often difficult uniform interpretation.

So the two cases where the applicability of the institution of punitive damages award was justified in the field of contract, namely breach or fraudulent and simultaneous presence of an offense, may be in any type of contract; this is the result of that is overshadowed the legal classification of the institution and if you look in the specific case the act was committed with "malice", and not the mere commission of a "tort".

It should not go unnoticed that the data in the US about 47% of personal injury is compensated by way of "pain and suffering" and this helps to increase the applicability of the American tort system that is operated for several purposes: compensation (with the instrument of compensatory damages) people offended by the accident; deterrence of unlawful conduct (with the punitive damages institute); resolution of conflicts and preservation of social values; moral reprobation.

But what is the purpose of punitive damages? The author Francis Fourth ¹⁹ states that the purpose of punitive damages is not compensation for damage suffered by the applicant, but rather the punishment of the guilty.

The American courts themselves, in describing the *ratio* of punitive damages, have resorted to numerous epithets such as "willful", "wanton", "high-handed",

¹⁸ It is a legal treatise from the second series of the Restatements of the Law and wants to inform judges and lawyers about general Principles of contract in common law. The American Law Institute Began worked on the second edition in 1962 and completed it in 1979; the version in use at present has a copyright year of 1981.

¹⁹ Cfr. F.FOURTH, *Recognition and Enforcement of US Punitive Damages Awards in Continental Europe: The Italian Supreme Court's Veto*, 31 Hastings Int'l Comp. L. Rev. 752, 754, 2008.

"oppressive", "malicious", "vindictive", "outrageous" and still the subject of debate is the title to be given to this form of damages.

About the functions performed by the punitive damages award there are some theories by authoritative authors. According to Owen²⁰ are the five functions attributed to the remedial category of punitive damages: retribution, education, compensation, deterrence, private enforcement.

The purpose of retribution is the basis of any instrument procedurally designed to compensate the injured from the injury suffered by the unlawful conduct of the actor and this is the "philosophical foundations of tort law" of punitive damages by the Owen's homonymous work.²¹

Obviously, the view of the payment of a sum in compensation that looms over guilty of the unlawful infringement of the rights of other people, performs an educational function both, precisely, to the offender, and for the entire community and in this last case integrates the exemplary connotation of the order to pay. Indeed it is good that not only the defendant but all citizens know the importance that the law recognizes to the right infringed and the law prediction about a related conviction for his crimes committed with the illegal conduct of the offender.

Not only. It is also necessary that everyone knows both the existence of a particular interest or right enjoyed by the offended and that deserves protection by order, both the corresponding duty of offender to respect it and not to harm it both from a legal point of view, and ethical: in fact playing this retributive role, they help to correct, rectify, also in the moral sense, some negative consequences of the illegal conduct of the offender.

Similarly to the retributive function, also the compensation purpose is recognized to punitive damages because they allow to the offended to be compensated for losses and damages which could not obtain refreshment in another way, for example for

²⁰ D.G. OWEN, *Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform*, in 39 Vill. L. Rev. 363, pp. 374-381, 1994.

²¹ D.G. OWEN, *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford, 1995. On this issue you should cite also G.J. POSTEMA, *Philosophy and the Law of Torts*, Cambridge, 2001.

those losses on which the ordinary rules silents creating some gaps in the provision of the law (c.d. *vacuum legis*), or for those prejudices which, by their nature, the damage is not able to prove. Then the punitive damages are considered as a messenger to allow the offender be made whole.

As recognized by the courts and by the prevailing doctrine, the fundamental and unique legal ratio of institute of punitive damages is the objective of deterrence which they pursue. In fact, in a modern legal system would not permissible - although some authors do not agree with this view - the prediction of a real form of private vengeance but is lawful the fact that the State recognizes to the victim of the offense, resulting in a particularly serious and reprehensible behavior of the offender, to alleviate the prejudice suffered, forcing the offender to pay a sum of money particularly large. Moreover, this argument is in line with the "quasi-criminal" feature of the conduct which involves the payment of punitive damages. Integrating the objective of deterrence with that educational over exposed, in the category of punitive damages repents a level of prevention for which it is said that they pursue "*at least some measure of deterrence*" and for Owen²² this ratio is especially applicable in the case of repeated and repeated offenses, made for profit and where the outrageous conduct is not obvious, as in the case of the manufacture and sale of consumer goods.

In fact, because the whole society is aware of the fact that the legal system provides this heavy - especially from an economic point of view - form of compensation, it also knows that the law will not tolerate any forms of "unjust enrichment" or utility illicitly gained, justified by the offender with the lack of clarity of the rules in this regard; so in case of unjustified and unlawful revenue generation, the system of tort law will force the offender to return them in quantities almost always much higher than those obtained with the completion of the offense.

Finally the last purpose that Owen recognizes to the punitive damages is to law enforcement: this value procedural of punitive damages is an incentive to those who

²² D.G. OWEN, *Punitive Damage in Products Liability Litigation*, cit., 1283 .

were offended by the improper conduct of a subject - in fact the culprit is defined as a "windfall" - and that are reluctant to undertake the judicial way to defend their violated rights and to assert their claims. Owen argues that the function of law enforcement is connected to all the other but above to that of deterrence and in fact he wrote this words "*Law enforcement is the opposite side of the coin deterrence, and vice versa. deterrence might be viewed as operating ex ante, in preventing prospective wrongdoers from violating the rules, whereas law enforcement may be seen as operating ex post, in catching and punishing wrongdoers who are not deterred. Yet, the law enforcement of potential longer available also awards might be important consequences of misconduct longer available. If law enforcement proves successful in this respect, then he will wrongdoing deterred, ex post. And I know the law enforcement- deterrence coin forever turns*".

This purpose of law enforcement of punitive damages which they are charged is essential because they allow to promote and "trigger" each "substantial" functions of punitive damages identified above.

Not being able to be the subject of the present study the vast range of positions that in English doctrine have been advanced regarding the functions of punitive damages, I can't report, at least in brief, the study of D.D. Ellis²³ who argues that the aims of the punitive damages are: punishing the defendant; preserving the peace; deterring the defendant from repeating the offense; deterring others - that is, the "community" - from committing the offense; compensating victims for losses otherwise non-countervailable; inducing private law enforcement; paying the attorneys fees.

But only the deterrence and punishment goals that are considered economically efficient and actually satisfied. Always there are five functions that, even according to another authoritative author, namely G. Calabresi,²⁴ are attributable to the rimedial

²³ D.D. ELLIS, *Fairness and Efficiency in the Law of Punitive Damages*, in *S. Cal. L. Rev.* 56, 2005, p.1.

²⁴ G. Calabresi was a Judge, United States Court of Appeals for the Second Circuit, Sterling Professor Emeritus of Law and Professional Lecturer in Law, Yale Law School; On this point G. CALABRESI, *The Complexity of Torts - the case of punitive Damages in MS Madden*, *Exploring tort law*, Cambridge, p.331, 2005.

category of punitive damages but are only partially coincident with those identified by Owen. For both a crucial role is represented by the function of law enforcement, or that "to enforce societal norms through the use of a private attorney general":²⁵ this purpose requires a particularly serious offense and more precisely a conduct relevant to criminal law and then he attaches the connotation of "tort fine" to punitive damages.

For Calabresi the punitive damages serve a function that justifies their existence into the American legal system.²⁶ The turning point of his thesis is that he argues that not all of the amount of punitive damages to be paid into the hands of the injured,²⁷ but considers sufficient that he receives the quantum required for the private attorney general so that he is encouraged to take legal action to protect their claims and the compliance of the law.

Moreover, the sum by way of punitive damages has also a purpose of "multiplier" – this function, as already seen, is not covered by Ower - to ensure that is analyzed the overall prejudice that the injured actually suffered as a result of unlawful conduct of the tortfeasor, beyond the specific economic situation of the latter.

In fact, the goal of the "multiplier" is to allow to the guilty to perform an adequate analysis of the costs and benefits in relation to the fulfillment of the illegal conduct and instead Calabresi asserts "*the point is to charge the proper costs and decisions makers all that is relevant to the decision he or she must make*". That is why Calabresi supports the need of the correlation between compensatory and punitive damages: the seconds would perform the function of "basis by multiplying" of the first.

²⁵ G.CALABRESI, op. cit., p. 332-333.

²⁶ According to Calabresi between the assumptions of applicability of punitive damages there are those in which it is necessary to impose a punishment to satisfy the offended or those in which the punitive damages is a sum of all damages of the same kind and extent, attributable to the same conduct that caused the damage offended. On this point see also C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, Europe and dir. priv., 2008, p. 335, 2008.

²⁷C.M. SHARKEY, *Punitive damages as Societal Damages*, p. 347, said that the punitive damages should be paid into the state coffers.

In a special volume²⁸ Calabresi reflects about the third function of punitive damages which is related to the famous case Ford Pinto²⁹ but this purpose is not usually the subject of analysis by the doctrine: it is the "*tragic choice*" function. Instead in the aforesaid case the contrast between a costs/benefits analysis of purely economic mold emerges and it is similar to the *Learned Hand test* to examine the level of negligence and economic reasons that have to retreat in the face of the prevailing need for protection of primary goods such as life and health.

An other goal that punitive damages pursue in the American tort law is "*righting private wrongs*".

Finally the ultimate purpose of punitive damages is inspired from the origins of the institute and it is to allow the "*recovery of compensatory damages generally nonrecoverable*". In fact, although the range of civil liability increased, there are some cases where compensatory damages are not sufficient or even are not operating, for example in cases of emotional distress or psychic harm, so they are damages which does not stem from a physical injury and that are at their full compensation through the evocation of punitive damages.

In conclusion to the speech just made, Calabresi argues that the debate - evolving - on the functions of punitive damages is a reflection of the complexity that permeates the matter of civil liability and that seems to be confirmed by the changes of the rules of tort law. But all this is not cause a feeling of strangeness because the presence of a plurality of different opinions and points of view³⁰ is the peculiar character of the law. Then we choose to opt for a clear position: either the aim is efficiency from a financial point of view or the deterrent effect of punitive damages is predominant.

²⁸ G.CALABRESI - P.HOBBIT, *Tragic choises*, New York, 1978.

²⁹ See *Grishaw v. Ford Motos Company*; see also G.T. SCHWARTZ, *The Myth of the Ford Pinto case*, in 43 Rutgers L. Rev. 1013, 1991.

³⁰ On this point see G.CALABRESI, *The Complexity of Torts - The Case of Punitive Damages*, cit. pp.345-347, argues that those who propose to arrive at a one-dimensional notion of punitive damages, has the burden to explain the non-obvious reasons for such an argument.

In fact, the risk, clearly shown by E. Urso,³¹ is confusing the category of punitive damages with that of compensatory damages - outlined below - and then to get to formulate serious unfairness. So the correct proportion between the seriousness of the illegal conduct, the afflictive reaction and the extent of the offense suffered by the injured must be defined very well.

That's why in doctrine it was stated that the real issue of punitive damages is not the complaints of unconstitutionality but the lack of a needful, adequate, unique, rational, theoretical foundation, which is able to justify once and for all the existence of this rimedial category in the legislative system of common law.

After this interlude in the functions of punitive damages, our attention shifts to the differences between this form of damages and the others rimedial categories that are present in common law.

The orientation that is most successful in doctrine, starting with the fact that in most of the disputes between damages, for which compensation is claimed, are represented by the return of the loss incurred, states that to the compensation institutions should be granted only a compensatory purpose "*where no loss has been suffered, no substantial damages of any kind can be covered*": this is why we speak of compensatory damages and someone claims that these are so common "*that compensation seems to some to be the only purpose of common law damages awards*".

We can then define the punitive damages as compensatory (damages)?

Before answering it is good to admit that compensatory damages are the traditional form of refreshment for the damage to the person; they are designed as a "substitutionary relief", because their aim is to "compensate" the damaged by awarding to him a pecuniary sum that wants to restore prejudices which are not be assessed according to parameters "of the market". They include all the purely pecuniary or economic losses which also include non-economic damages for the consequences of harmful events that affect the person. Moreover the sums

³¹ E. URSO, *I punitive damages fra regole, standards e principi: verso una inedita vocazione pubblica di un antico strumento privatistico?*, Milano, 2009, p. 244.

compensated for non pecuniary losses are based on the legal fiction that the pecuniary compensation is the only truly effective means to restore the parties affected by non-patrimonial lesions - these losses are attributable to the category of c.d. *general damages* that are opposed to special damages which are the financial losses that can be tested specifically and the losses of earning capacity.

Having said that, the answer to the initial question is negative for authoritative warning V. Behr - who analyzes punitive damages in American and German Law and the tendencies towards approximation of apparently irreconcilable concepts -, which, provided that they are two rimedial categories, identifies three criteria in order to define the category of punitive damages: the purpose; the identification of the person to which the tool compensation focuses its attention; the different perspectives "*regarding the relevant time period to be examined*".

As regards the criterion for distinguishing the purpose, the distinction between compensatory and punitive damages is clear because the first are intended to restore the loss incurred by the victim (therefore, *loss-oriented*) versus the seconds which pursue the end inhibitory (so c.d. *wrong-oriented*).

With regard to the second criterion, the compensatory damages centralize their attention on the victim of the offense (so victim-oriented), while the punitive put their focus on the figure of the author of the offense, the cd. tortfeasor and his illegal conduct (then c.d. *society-oriented*).

And coming to the last point of comparison between the two rimedial categories, we can note that if in compensatory damages "*the only prospective element, [...] is the future damages of the wrongful act that may compensated in advance*", - and so for this reason we can define them as retrospective - this same element of perspective has a greater value in punitive damages because they are designed to inhibit the tortfeasor from performing illegal conduct, and then "*mostly prospective*".

In conclusion, punitive and compensatory damages are two very different categories of damages and therefore they cannot be used as two different semantic meanings in reference to the same term.

The functions performed by the compensatory damages are satisfied with the use of

"*special damages*" that the plaintiff must specifically ask to the courts and on him there is the burden of proof to identify what should be their amount; for sentencing to damages for pain and suffering, the plaintiff can invoke the use of "general or presumptive damages" that instead require no proof of their actual size.

At last, it is good to report that the compensatory damages are the heart of civil liability lawsuits and they express the purpose of repairing the damage suffered by the victim, placing him in the position in which he would have if had he not suffered the injury.

The debate is stuffed with a lot of different judicial opinions, statutes and treaties and then led to discuss the possibility of interchange, and so to use interchangeably, the exemplary damages and punitive damages terms. The use of the term punitive, as you can understand well, has a stronger value from the point of view of the meaning in fact the punitive damages are aimed at the punishment goal against the author of the offense, as opposed to exemplary damages that are aimed only at constitute an effective deterrent to prevent, and thus avoid in the future, the fulfillment of also illegal behaviors.

In conclusion we can say that on the linguistic-terminological matter you can notice a status of confusion about the definition of punitive damages as we can see in the practice of the courts of some American states in the Nineteenth century and where the non-patrimonial damages award is indistinct from that exemplary award. For example, in Virginia - but also in Nevada - there is the distinction between the category of *determinate damages*, which includes the losses calculated accurately, and *indeterminate damages*, where there are the losses compensable as "exemplary damages" in compensatory function of the non-patrimonial damages.

Regardless of the term used, it is argued that punitive damages are awarded to the injured "*over and above full compensation for the injuries, for the purpose of punishing the defendant, of teaching the defendant's example*"; also the U.S. Supreme Court held, in more decisions, the nature not compensatory of punitive damages because "*It should be presumed to plaintiff has been made whole for his injuries by compensatory damages, so punitive damages should only be awarded if*

the defendant's culpability, after having paid compensatory damages, is so reprehensible as to warrant the imposition of further sanctions to achieve further punishment or deterrence".

Even before the Supreme Court was enabled to oversee the proposals of the jury to condemn the payment of large sums of punitive damages, the state courts sought to limit these payments assigning them on the basis of a reasonable relation with the compensatory damages. In more than one case we see that the decisions of the state and federal courts led to the expansion and contractions - at the same time - of punitive damages.

We place some examples. First, looking to the test criteria that are used to set compensation for punitive damages, traditionally these standards are identified by the ordinary civil parameters but currently some courts require that punitive damages are governed and provided by clear and convincing evidences.

Instead some states provide the punitive damages only in cases where they are provided expressly by state law; therefore, here the courts refuse to recognize this remedial category as a peculiar institution of legal system of common law, if it is not authorized by law expressly.

Legislatures generally have two types of statutes: multiplier statute and cap statutes. According to the multiplier statutes in the *ratio* between punitive and compensatory damages, the first cannot be greater than a multiple of seconds. The recourse to the criterion of multiple ago leaked the fear of an unbridled discretion of the jury, but at the same time it recognize the strong intention to discourage certain behaviors considered antisocial and abhorrent.

Therefore, the defendant is sentenced to pay a sum that falls within a range that can be considered acceptable and fair enough.

Then such damage that we could defined "multiplied" can't be truly punitive because the statute limits the amount of damages to which the court may order whereas "traditional" punitive damages have no a numerical limit. However, the punitive damages award in the United States are often subject to limitations and also the key to address the issue of punitive damages is not what is the compensation but whether

the reason for being of the same is to be recognize in the compensatory nature or to punish the defendant or deter him from committing such conduct.

In conclusion, since the multiplied damages involve the payment of money, in addition to other amounts required to compensate the victim, these damages can be qualified as punitive damages.

The cap statutes, as you can guess from the name easily, allow to the judge to provide for punitive damages up to a specified amount; the court may choose to give less than that amount, but it cannot give more.

But requiring state authorization - or statutory authorization - for punitive damages and a high burden of proof before ordering the defendant to pay them, the courts tend to restrict the amount and the frequency with which such compensation is granted.

Finally, another criterion by which punitive damages are quantified regards proof of the economic and financial conditions of the defendant; such a criterion is likely to conflict with the main purposes of this type of damage, namely to punish the defendant's conduct. It follows that the defendant who has few economic resources will be condemned to lower compensations; on the contrary, those who have substantial finances will be the recipient of convictions to pay more compensation. The burden of proof on the economic conditions of the defendant is charged to the actor. As mentioned above, however, this criterion does not allow to the judge to make a conscious assessment of the level of punitive damages to which the defendant should be convicted.

But from one side the desire to be a part of the courts to control and try to limit punitive damages, and to the other, lawyers of the actor to achieve an optimum compensation for punitive damages, had some impacts also on the politician matter. In fact, as noted by Rachel Janutis³² "*Entities subject to punitive damages wield come political influence over judges reviewing punitive damages awards*".

Janutis' s statement is explained by the fact that thirty-eight states elect judges members of their supreme courts and some studies indicate that the position of the

³² R. JANUTIS, *Fairs Apportionment of multiple Punitive damages*, 75 Miss LJ 367, 425, 2006.

judge in the matter of punitive damages can affect *ex ante* the results of these lessons, and that in turn also the contributions made to the "election campaign" of the judge may influence his position about punitive damages, then an effect *ex post*.

The United States Supreme Court has recognized that the influences exerted by the campaign contributions and of which the judges are easy prey, represent an obstacle to the proper application of the due process clause and therefore must be eliminated.

What is certain is that it both the courts, but above all legislatures, have a role of primary responsibility in shaping the institution of punitive damages.

The United States Supreme Court, the lower federal courts, state courts, Congress and state legislatures have all taken part in the recent interpretative guidance that supports the need to reduce the number of judgments which condemn to the payment of amounts as punitive damages. Some jurisdictions limit punitive damages awards, considering them as part of a broad national project aimed at "civil tort reform".

As a first step towards the reduction of the sums compensated like punitive damages, some courts have replaced the punitive damages with the condemnation to a reasonable amount relative to actual damages.

Specifically, the United States Supreme Court recently has more willing to restrict the use of the amount of punitive damages to which the jury condemned as compensation. First the Court must establish whether punitive damages are constitutionally legitimate and a similar judgment enlisted in 1989, to decide the case *Browning-Ferris v. Kelco*, the eighth amendment of the federal constitution that enshrines the prohibition to demand exorbitant deposits, impose excessive fines, inflict cruel and unusual punishments. But in this occasion the Court came to the conclusion that this amendment can be applied only to the causes and disputes brought directly by the State and not those between private individuals.

In the debate on the constitutionality of punitive damages and the eligibility of them, the starting point is represented by some political- dogmatic considerations , but two considerations are the most interesting: a first orientation reports the position of incompatibility of punitive damages with respect to the most recent vision of civil liability in the light of which the legal systems have, as their primary objective, that

of reparation and compensation, and not that of sanctions and punitive. The second argument is the one that believes that punitive damages are inconsistent with the ideal of justice which the law can't depart absolutely.

Three are the amendments of which the breach of punitive damages is feared.

In fact, the debate on the constitutionality of punitive damages considers the V amendment, which prohibits the "*Bis in idem*"; the eighth amendment enucleates "*The excessive fines clause*"; finally the Fourteenth Amendment, which provides the *Due process of law*. Let's go in order.

The wording of the V Amendment is the following "*No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation*".

The constitutional guarantee, provided here, can be applied where there are three essential data: life or limb; twice or double in jeopardy (namely the non-duplication of the process to the same person for the same offense he accomplished); same offense. The major problems revolve around the last factor because the question is if it includes in its meaning also claims to mold statutory but with the accentuated punitive and deterrent connotation that characterizes the civil judgment when in such a place the punitive damages award is required.

According to US law this question refers to the case in which it is established and declared the guilty of the offender and after, in civil proceedings, the compensation for punitive damages³³ was requested.

But then in the US legal system the criminal and civil law because they use different

³³ In the case of inverse hypothesis there would be no problems or prior exclusion of responsibility of the accused in a criminal court, and thus the demand for order payment of punitive damages.

and autonomous institutions generally, to reach conclusions - even opposite - on the same issue and on the identification of the fact as illicit. That's why Ponzanelli wrote "*What is not considered a criminal offense, it may well be, however, judged tort*".³⁴

Here then the Supreme Federal Court is inclined to assert infringement of the prohibition of *bis in idem* only in the cases which concern the protection of the citizen against conduct of the State which, after having established a penal trial, decided to establish also an action with the compensatory characterize in civil proceedings.

Conversely, if a private citizen activates a judgment in civil proceedings to seek the punitive damages award, although the presence of a criminal conviction, then it is not a case of violation of this clause and on the basis of the distinction between the concept of *double jeopardy*, which is realized only in the criminal field, and the *double punishment*, which operates when to the criminal conviction a punitive damages award is added, and so it a figure of a penal character but pronounced in civil proceedings.

Another element of reference to evaluate the constitutionality legitimacy of punitive damages is the VIII amendment which concerns the prohibition of condemning to excessive and unusual punishments and sanctions and that so "*excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishment inflicted*".

In *Ingraham v. Wright*³⁵, the Supreme Court said that the constitutional guarantee of the amendment are applied, according to an apparently restrictive optics, only in the case of criminal sanctions. To this Supreme Court's decision is set against a doctrinal approach according to which this limitation of the effectiveness of VIII amendment alone to the sanctions that are specifically labeled as criminal, can be overcome by referring to the functional characteristics of some civil penalties that are often similar to those of fines; this thesis is supported in Judge Powell who, in the aforesaid case,

³⁴ G.PONZANELLI, *Il caso O.J.Simpson tra assoluzione in sede penale e condanna civilistica ai danni punitivi*, in *Foro it.*, 1997, IV, cit., 396.

³⁵ *Ingraham v. Wright*, 430 US 651, 1997.

said that to ascertain the criminal nature of the institution of punitive damages in view of the application of VIII amendment is not crucial to look their formal qualification because some sanctions, although are not formally classified as criminal, still have strong similarities and peculiar characteristics of criminal penalties, to such an extent as to justify the application of *Excessive fines Clause*.

About this point there is someone who showed that this more elastic orientation – compared to the restrictive that was adopted by the Supreme Court - admits an interpretation of the prohibition of "excessive fines" in the broad sense that then would work not only with respect to pecuniary sanctions officially defined as criminal law, but, according to the criterion of "necessary adequacy", to any type of sanction with the remuneration nature.

Subsequently, the Supreme Court reaffirms the principle stated in the leading case *Ingraham*: in fact it resumed the literal and the original meaning of the term *fine* understood as a synonym of the pecuniary sanction that was intended for the king as a result of the commission of a crime and was inspired by a historical interpretation of VIII amendment, to reiterate that the area of application of this amendment, as it relates specifically to criminal penalties, fines, penalties, is generally limited to criminal penalties.

In any case doubts and uncertainties remain regarding the conclusion that is strongly supported by the Supreme Court and in fact there is someone which believe that it is fair to say that the punitive damages should be implicitly enucleated in VIII amendment because they are a sort of private sanctions inflicted by civil juries.

Finally, the third question of the constitutional legitimacy of punitive damages invests the Fourteenth Amendment, that regards the clause of *due process of law*.

The Supreme Court generally appeals this amendment to curb the use of this remedial category from the unbridled discretion of the jury or from c.d. "Runaway jury", which, to determine the amount to which condemn as punitive damages award, uses the criteria of the gravity of the defendant's conduct and the need to deter people from doing, in the future, similar actions.

Not only. The use of this clause is also justified by their increasing application in

cases of civil liability of an objective nature; the possibility that they are not paid by non responsible organizations - at first glance - of the behavior that should be punished; the major favoritism to their insurance coverage; their extension also in contractual matters.

We find the due process clause of the Fourteenth Amendment in the the United States Federal Constitution The original US Constitution, drafted in 1789 and consists of a preamble and seven articles, setting out the basic rules of life of the union, establishing the roles of the various organs of the State and the tasks of the three powers legislative, executive and judiciary, as well as federal and State of the Union. Furthermore this set of rules was not exhaustive, 10 amendments were proposed and today there are 27 amendments (the last of which approved in 1992).

The first ten, known as the bill of right, set out the fundamental rights of citizens as well as in the first part of our Constitution (rights and duties of citizens). which prohibits to the member States: to enact or to bring into force laws that restrict the privileges or immunities of the United States citizens; to deprive a person of life, liberty, or property, if not following a regular trial; not to provide anyone the equal protection of the laws.³⁶ Faced with the question of the constitutionality of punitive damages respect to the Fourteenth Amendment, the Supreme Court rejected the idea that punitive damages are increasingly violating the due process clause and investigated to see if this particular category of damages and more precisely the disproportionate ratio between the "punitive" character of damage in relation to the actor-victim and the "compensatory" damage in relation to the defendant-guilty, purple or not the principle of due process.

In the cases outlined in the following paragraph, in particular *Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip* and *TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp.* in reference to the quantification of punitive damages, the Due Process Clause is called limited to the extent that prohibits to the parts the imposition of sanctions extremely

³⁶ The first section of the Fourteenth Amendment of the US Constitution: "No you are make or enforce any law shall which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any were deprive any person of life, liberty, property without due process of law; nor deny to any person the equal protection within forums of the laws ".

onerous and left to the mercy of the discretion of the jury.

We follow step by step the most significant sentences about the developments that affected the application of the institution of punitive damages.

2.2 American Court's decisions about punitive damages

Although punitive damages have been introduced by the English courts, this particular remedial category had its most successful away from their homeland and more specifically in North American experience. The North American tort system until the '20s saw the sovereign principle that the losses caused by an accident could be compensated by the tortfeasor only if he had been negligent. Instead in the next fifty years less attention has been devoted to the reprehensible connotation of offender's conduct than the instrumental aims of compensation and deterrence, giving priority to preventive functions.

Before the introduction of punitive damages, the only remedy that had cases of abuse in the exercise of power was the *writ of attain* but it was applicable only where there was some evidence of the falsity of the verdicts; the consequences of this institute were serious but fell into disuse and because both for the common law courts and for equity courts was necessary to review the verdicts of juries and reduce the amount of the excessive and unfair compensation of damages. Here then the first applications ³⁷ of punitive damages date back to the late of Eighteenth century where the punitive damages grant was allowed or not in relation to the severity of the offense.

However the success of the institute took place towards the end of the Seventies when into North America it have found a fertile ground for the application and in fact here their size increased significantly and continued to do so for two decades, until the number of multimillion convictions to pay punitive damages were so many as to generate a situation perceived by many people as "out of control "and that urgently

³⁷ Cfr. *Genay v. Norris*, 1 SC3, 1 Bay 6 (1784); *Coryell v. Collbough*, 1 NJL 77 (1791).

requires the Supreme Court's intervention.

Numerous - as we shall see - are the sectors affected by the granting of punitive damages: the contractual matter and the responsibility of the manufacturer; the violation of the fundamental rights of every person, such as life, physical and moral integrity, personal liberty, honor, privacy, reputation; the hypothesis of tort of defamation (initially they were granted only in the case of libel and insult if there was a particular malice in the conduct of the slanderer); the assumptions of motor traffic; the matters concerning the violation of interests that have public relevance, such as organized crime, protection of civil rights, environmental protection injury cases the confidentiality of others.

So there was an ever greater attention for the compensation purpose hoping in the ability and intent of the offender to decrease the risk through liability insurance and so the procedural means used were an increase in the *quantum* compensated especially in the form of non-pecuniary losses and through the extension of the hypothesis of strict liability. This compensation function is realized through an increased protection of victims which was made possible by the adoption of no-fault programs both from the transfer on the producers of accident inevitable costs.

The punitive - sanction purpose of punitive damages is closely linked to that of deterrence and therefore these functions can work together. In other words, the criminal law and its penalties, and civil order that can apply the sanction of punitive damages, can proceed in parallel in the assessment of the illegality of a certain conduct: so if in civil place the tortfeasors was found liable for an offense pertaining to the criminal jurisdiction, "*this is not a valid exception in the civil action, to prevent the award of punitive damages*".³⁸ However there are still problems between the civil and criminal matter about the coordination and the uncertainties about the assumptions of granting punitive damages.

Also, one of the elements that distinguishes the North American legal system, compared to the English law, is the contribution of two elements, namely the

³⁸ See G.PONZANELLI, *The punitive damages, the case Texan and Italian law*, in Riv. Dir. Civ. 1987, II, 405, Milano, p. 442.

emphasis on the subjective requirement and the figure of the jury trial.

The subjective element - as already widely outlined - requires that the illegal conduct is the result of a malice, that is an illegal conduct deliberately detrimental of the rights of others, and not so much a culpable subjective position. This subjective requirement is a point of encounter between the historical origin of civil torts and "*their current version, in which the tradition has remained, but changing appearance and assuming the characteristics of a criminal penalty: precisely that of punitive damages*".³⁹

As for the figure of the jury, the latter benefits from the constitutional guarantee enucleated in the seventh amendment and from the role of administering justice according to the canons of "sensitivity" of the company and ends up being considered an organ pro-plaintiff, to the point to be considered one of the major causes of excessive verdicts regarding punitive damages matter because it is a member in order to overdeterrence of the offender.

Another criticism against the jury is the fact that it is hostile towards the rich and powerful offenders but then this is a predictable consequence of the fact that members of the jury are struggling to quantify, from an economic point of view, the prejudice suffered by the victim of the offense and therefore often uses emotional, anthropological, human elements and therefore it is inclined to protect the weaker party, shifting the emphasis legal elements.

Here below there are the Supreme Court's decisions which were most significant in the evolution of the institution of punitive damages.

In the famous case *Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip*⁴⁰ in front of attention and to the slope of the Alabama State Court, the jury convicted the defendant to pay a sum not less than \$ 840,000, as just in punitive damages; it is a sum equal to four times the value of the damage actually suffered by the plaintiff.

In this case however the Supreme Court has confirmed the decision of the state court

³⁹ See G.PONZANELLI, *The punitive damages*, op. cit., p. 438.

⁴⁰ *Pacific Mutual Life Insurance co. v. Haslip*, 499 U.S. 1 (1991).

reasoning on three key hubs of the problem: the first the indications that the judge, in court, had given to the jury about the deterrence and compensation purpose of punitive damages, are accurate and represent a valuable support to reach a decision which complies with the constitutional principles.

Secondly, the Court noted that the case law in Alabama had identified for the quantification of punitive damages, some principles that allowed the courts of first and second instance to assess the reasonableness of that remedial category of damages set by the jury in the light of standard criteria set by the Supreme Court. Those principles, which are relevant in determining whether a punitive damage award is excessive, are: the profitability to the defendants of its wrongful conduct and the desirability of removing that profit in favor of a sustained loss; whether a reasonable relationship exists between the punitive damage award and the harm likely to result from the defendant's conduct, as well as the harm that actually occurred; the degree of reprehensibility of the defendant's conduct; the defendant's awareness of any concealment; the duration of the conduct; the existence and frequency of similar past conduct; the costs of litigation; the financial position of the defendant; the existence of other civil awards against the defendant for the same conduct, there also to be taken in mitigation; any understatements result from the imposition of criminal sanctions on the defendant for the his conduct.

Those *Haslip* rules, although potentially important to the due process analysis, are used in Nine Circuit to determinate whether a punitive award is excessive, even if it is not also unconstitutional.

In conclusion it is necessary to make a duplicate analysis. In the first must be examined if the amount of punitive damages is excessive and so must consider only the limits of constitutionally; the second significantly inquiry analyzes if the jurisdiction's jury instructions and post-trial procedures satisfy the Due Process Clause and hence is tantamount to pleading with the reviewing or original courts that the award simply "is not fair", applying the rules which are identified in *Haslip's* lawsuit.

At least but not least is the control that the Supreme Court may, on further and

possible, operate on the level of punitive damages if it is excessive or disproportionate to the size of the injury suffered by the victim.

Therefore someone could say that the constitutionality of punitive damages is demonstrated here through the defense of the important role of the jury in the common law system. For these reasons, the Supreme Court, dated March 4, 1991, concludes that cannot be speak about an absolute and indistinct violation of Due Process Clause by the punitive damages institute, and in fact in the case pending such violation does not exist.

Just two years after this ruling, the Supreme Court back to talk about punitive damages, in the case *TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp.*, that belongs to competence of the jurisdiction of the West Virginia state court.

Here the jury has awarded to Alliance Resources \$19,000 as compensation for compensatory damages for defending a frivolous lawsuit and adds an additional sum for which compensation of \$ 10 million in punitive damages.

Here too, the Court repeats the criteria, which outlined two years ago, rejecting the chance to draw a clear line between mathematics and what is constitutional and what is not ⁴¹, although it recognizes the need to introduce a criterion of reasonableness to outline what should be the sum constitutionally eligible to be compensated by way of punitive damages. That's why after considering, according to the criterion of reasonableness, the proposal for compensation brought by the jury, the Court abandons the idea of the relationship between "punitive" and "compensatory" damage equal to four-to-one, as he had established in *Haslip*, to accommodate a staggering valuation on punitive damages that puts this ratio to 526 to 1, and that, although justified by the Court with the concrete dynamics of the fact and the conduct of TXO that was deserving of punishment, for someone, like the author Pardolesi, takes the connotation of the drama.

The Court concludes that the compensation for punitive damages, in the pending case, does not violate the due process clause.

⁴¹ The Supreme Court said that "*It could not draw a bright line between the mathematical constitutionally acceptable and the unacceptable constitutionally that would fit every case*".

The accumulation of complaints concerning the constitutionality of punitive damages, for their excessive amount, was bringing to light all the difficulties inherent this remedial figure and began to falter the argument made by the Court.

Indeed just three years after the judgment in TXO, there was the famous case of *BMW North America v. Gore*, in 1996. this lawsuit regarded the establishment of a judgment, within the jurisdiction of Alabama court, against a fraud action committed by a known producer of cars, because the vehicle had been damaged by acid rain; so BMW repainted the car but sold it as "new", without disclosing the fact that it had been repainted, and the resale value of the car was reduced by approximately \$4,000. However the jury awarded Dr. Gore \$ 4 million in punitive damages, but later the Alabama Supreme Court reduced to \$ 2 million. On review the United States Supreme Court overthrow the punitive award was grossly excessive than the small cosmetic damage and therefore it not entitled to obtain millions of dollars in punitive damages.⁴²

In this case the original jury verdict could be seen as compensation for a quasi-multiplied punitive damages even though there was not a law or an authorization that required a multiplied award, that is instead the requirement need to be able to ask its today.

So the jury opted for the compensation, from the offender, of an amount of compensatory damages multiplied by the number of people that BMW had cheated and therefore it is a form of compensation that is very close of institute of punitive damages.

At first in the its analysis the Court considered a formal question: the field of the state's interest when imposing punitive damages. So the Court concluded that Alabama's interest was confined to its own citizens and had no interest in imposing sanctions for conduct outside Alabama state or in changing BMW's behavior in other states. I know Alabama court could convict to punitive damages award to deter conduct occurring only within its own borders and the such large punitive award of

⁴² In *BMW North America v. Gore* the Supreme Court rejects the acceptance of 500-to-one ratio between punitive damages and compensatory.

the case in question could not be justified on the necessity to change the defendant's conduct nationwide.

Having dealt with the formal question, the Court held the unconstitutional legitimacy of the excessive punitive damages convictions - and therefore it rejects the acceptance of 500-to-one ratio between compensatory and punitive damages - and makes a judgment of legitimacy by stating that the order to payment of punitive damages is not admissible because to the BMW had not been given an adequate notice of the fact that his conduct could be subject to sanctions, or about the severity of the punishment. Then the Supreme Court scrutinized the three guidelines which measure if BMW has received the proper notice and then if the order to the payment of punitive damages was justified.

Here, in order to prevent that in the future the institution of punitive damages violates the Due Process Clause, the Supreme Court identified three criteria that will allow the state courts to determine, in future cases before them, whether the punitive damages is "grossly excessive". These criteria are: the degree of reprehensibility of the non-disclosure; the *ratio* between compensatory damages and punitive damages on the basis of the comparison between the actual or potential harm suffered by the plaintiff; the amount of punitive damages taking into account other remedies authorized or imposed by law in similar cases (thus the concrete quantification of punitive damages should not be disproportionate than the sanctions provided in such cases by the law of the individual state or of other states).

Although these criteria still allowed the jury to compensate punitive damages, the Court finally outlined these three new guidelines in order to identify cases in which punitive damages award could be considered too extravagant, and hence to restrict the discretion of the jury that too easily abused and resorted to this institution.

The first and most important rule - in determining if the punitive damage award is excessive - is "the degree of reprehensibility of the defendant's behavior"; obviously greater will be the reprehensibility of the conduct of the tortfeasor and greater will be the amount that he will have to pay by way of punitive damages. For some authors this criterion of reprehensibility was considered too vague to be a valid rule for

juries. So lower courts are instructed and have to examine the gravity of the defendant's conduct and the harshness of the award of punitive damages"; in this case the Supreme Court noted that Dr. Gore's harm is purely an economic damage and the BMW's sale of the car, before refinishing it, have no effect on car's performance or security.

About the second factor, that is la *ratio* of harm to punitive award, the Supreme Court apparently guaranteed the reasonable relationship test that balance compensatory and punitive damages.

Finally, the third guideline has been little used by the courts or so confused; most decisions denied the importance of this criterion and even it considered a mere advice. In the judgments in which it was taken into account, it was interpreted only as a requirement that the defendant had fair notice of the enforceability of the defendant's unlawful conduct with punitive damages or has highlighted the difficulty of the courts in identifying the comparable penalties.

As already seen, in cases *TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp.* and *Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip*, the Supreme Court decisions support the need for a well-balanced and fair relationship between the compensatory and punitive awards. In the first case which was enunciated the Supreme Court noted again that an investigation should be determine whether there is a reasonable relationship between punitive damage award and the harm which is the direct consequence of the defendant's unlawful conduct. In *Pacific's* lawsuit, the Supreme Court allowed that if the relationship between compensatory damage award and punitive damage is one-to-four ratio, this second kind for compensation might be close to the line and however concluded that it didn't cross the line into the area of constitutional impropriety.

Though, in *Gore* sentence the Supreme Court said that the \$ 4 million of punitive damage award that the Alabama court have proposed, after determining its by the jury, are 500 times the actual and effective harm. So the "famous" relationship between compensatory and punitive damages award is even one-to-500 ratio.

In conclusion this second rule represents the very significant factor to overturn the

punitive damage award.

Essentially the *Gore* analysis is aimed at determining whether a punitive damages award violates the requirements of the Due Process Clause.

From now on, in fact the discretion of the jury will be confined primarily by directives issued by the trial judge. The result of this intervention by the Court is that, after the BMW case, the seized courts may reject or reduce the assessment of punitive damages in the event that it does not reflect the three criteria outlined by the Supreme Court in order to ensure the protection to the rights provided constitutionally for the accused against excessive punitive damages award. In this dispute, the Supreme Court's decision is the result of a successful attempt to reconcile two different interests at stake, through a partnership approach caution: on one hand it have been adopted these more elastic guidelines that guarantee of deterrence and punishment purpose of punitive damages.

In conclusion, thanks to the guidelines outlined here by the Supreme Court, it avoids the subsequent formation of an uncontrolled area of power by the juries and so evade the violation of the prohibition of "double jeopardy" that is the prohibition to sanction the same behavior several times (as stated in the fifth amendment to the US Constitution), the constitutional prohibition of imposing excessive and unusual fines (namely the excessive fines clause enucleated VIII amendment), the Due process of law clause (enucleated in the fourteenth Amendment).

At this point of the speech, there is a "but". In fact although the Supreme Court hold up the ratio, the relationship between compensatory and punitive damage award, as a matter of practice were and federal courts have not transpose the Supreme Court's message and so this rule has been ineffective and has not used a when attempting to reduce or eliminated punitive damages award which is "grossly excessive".

Indeed state and federal courts think that the factor of the "ratio" is unconstitutional and has proved the weakest argument on appeal. In retrospect, the Supreme Court's decision in *Gore* lawsuit has been cited to support some propositions which are: a punitive damage award may be grossly excessive in relation with the goal of deterrence and punishment, so violating Due Process.

Moreover the court should consider the *ratio* of compensatory damages to punitive damages; the reviewing court should consider the size of the punitive damage award in light of the reprehensibility of a defendant's conduct; the court should consider the criminal or civil penalties available within the jurisdiction to sanction comparable conduct.

In several districts and state court, other specific rules have been articulated to implement the three guideposts enunciated in *BMW v. Gore* lawsuit. For example the court in Arizona must examine the verdict of punitive damage awards following some criteria like: the reprehensibility of the defendant's conduct, including the duration of the misconduct and the defendant's awareness of the risk or any concealment; the proportionality of the award to the wrongdoer's financial position to insure that the goals of deterrence and punishment are imposed without financially devastating the defendant; the profitability to the defendant derived from the wrongdoing.

So the application of the guidelines of *Gore* in some way suffers because in reality, their definition by the Supreme Court was not a real constraint to limit the amount and frequency of punitive damages award, especially in jurisdictions where such institution is not provided; at best they can serve as valid parameters of constitutionality where the punitive damages are expected. Hence what is constitutionally permissible must be determined by states courts of review, which are charged to examine similar cases in the light of their own experience.

The author Amanda L. Maxfield⁴³ said that the last resort to which the accused could resort to ask to reduce the punitive damages payment, is attempt an appeal *de novo* to the appeals court as guaranteed by the judgment *Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc.*

The two parts of the process and so Cooper Industries, the petitioner, and Leatherman Tool Group, the respondent, were too manufacturers and the object of

⁴³ L. MAXFIELD, *Punitive Damages: Cooper Industries v. Leatherman Tool Group: Will a Constitutional Objection to the excessiveness of a Punitive Damages Award Save Defendants from Oklahoma's Punitive Damages Statute*, 55 Okla L. Rev. 449 (2002).

this dispute is the alleged Copyright infringement.

The lawsuit went in first instance before the Oregon federal district court where the jury issues a verdict concluding that Cooper had violated Leatherman's patent and so he was convicted \$ 50,000 in compensatory damages and \$ 4.5 million in punitive damages. Although the trial court refused to decrease the punitive award.

On appeal, the Ninth Circuit Court of Appeals substantiated the district court's rejection to reduce the punitive damage award and decided to apply an observant rule of review.

Later the lawsuit went before the Supreme Court's slope after Cooper's request. The Supreme Court had determined the appropriate standards of appellate review to analyze when a punitive damage award is excessive supposedly and also it determined that a jury's award of punitive damages is an "*expression of moral condemnation*", and not a finding of fact.

So the Supreme Court required *de novo* review of punitive award challenged as excessive. The lawsuit *Cooper* represents the first case in which we can see in action *de novo* standard to allow to the seized judges to assess the constitutionality of punitive damages; here in fact the Supreme Court ruled that the federal courts of appeal should use the new criteria for carrying out this assessment. The appeal with the standards outlined by the Supreme Court *de novo* is needed to allow to the appeal courts to maintain control and to clarify the legal principles and in fact the author Paul F. Kirgis ⁴⁴ has specified that the court has the ultimate power to determine the *quantum* of the penalty. So it is unlikely that an appellate court may overturn the excessiveness judgment expressed by a court.

Going through the process of change in which the Supreme Court has been the promoter in the punitive damages matter, the crux of our discussion is the case *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell and others*.⁴⁵

In this dispute, the Supreme federal court considered absolutely immense and

⁴⁴ P.F. KIRGIS, *The Right to a Jury Decision Facts on Sentencing After Booker: What the Seventh Amendment can Teach the Sixth*, 39 Ga. L. Rev. 895, 936 (2005).

⁴⁵ *Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. inez Preece Campbell*, 538 U.S. 408 (2003).

excessive the punitive damages awarded by the Utah Supreme Court to a pair of policyholders for the bad faith conduct made against them by the insurance company. Indeed spouses Campbell had sued his insurance company because it refused, in bad faith, to accept claims that were filed against them by the family of the victims - a person died and another became partially invalid - of a car accident caused by Mr and Mrs Campbell. The claims for compensation amounted to \$ 50,000, which is the upper limit of the policy signed by the two spouses. The insurance company, after having supported the innocence of its uninsured and therefore having refused to pay any form of compensation, decided to establish a judgment, although the disagreement of liquidators who felt they could prove to have not any compensation. The jury recognized to the families of the victims a compensation amounted to \$ 185.849, which the insurance company agreed to pay compensation.

The controversy, however, does not end here because the spouses Campbell decided to sue the insurer for bad faith and fraud companions and obtained a lavish compensation. In this next judgment the jury expected compensatory damages in the amount of \$ 2.6 million and \$ 145 million in punitive damages and the trial judge reduced these figures respectively to \$ 1 million and \$ 25 million. The Supreme Court of Utah, however, has restored the amount of punitive damages in the sum of \$ 145 million dollars.

In the appeal to United States Supreme Court, the same passed the initial perplexity for mathematical formulas in *BMW* and it reviews the institution of punitive damages using the three *de novo* standard introduced by the Court in *BMW* and principles established in *Cooper Industries*, but the Court concludes that the 145-to-one relationship, in which the amount of punitive damages is ten times higher than those compensatory damages, violates the due process clause, representing in fact a completely arbitrary and irrational figure. In this case the Supreme Court stated that the few compensations in which the *ratio* of punitive damages and compensatory exceeds a single digit⁴⁶ will satisfy the principle of due process.

⁴⁶ The Court stated that "*Few awards exceeding a single-digit ratio between punitive and compensatory damages, to a significant degree, will satisfy due process*".

Here therefore the Supreme federal court has taken the arguments of the *Gore* lawsuit, but also makes a further clarification on the criteria that are used to quantify the punitive damages, ruling that: regarding the degree of the reprehensibility of the conduct of the offender, can't be considered the behaviors had outside of the State in which the event occurred from which follows the claim, unless they are etiologically linked; the punitive damages can't be considered as a surrogate of the penalties, which are allowed only if there are the safeguards of the criminal process.

The Court thus put the focus on sensitive issues underlying the concept of punitive damages: in fact in Judge Anthony Kennedy's words, in this judgment, despite their purpose is similar to those of criminal penalties, to the defendant in civil cases are not recognized the same guarantees for the accused and therefore "*the punitive damages are a serious risk of arbitrary deprivation of property, a risk that increases when it is decided on the basis of minimum elements regarding the amount of compensation*".

So the Court has imposed apparently to use the criterion that consists in tracing the line of mathematical division between what is constitutional and what is not, to which instead it had refused to use in the previous cases, and states that the *ratio* of punitive-to-compensatory damages to conform to the Due Process therefore should be less than or equal to nine to one⁴⁷ and only in very rare cases this ratio can be greater than this number.

Several authors have argued that with judgement in *Campbell* was drawn a clear line which states that punitive damages should not exceed the single digit and the ratio is 9:1.

Others believe that the United States Supreme Court has never restricted punitive damages in numbers to a single digit, but recognized the need to consider all damages, both actual and potential. The need to limit punitive damages to a part of

⁴⁷ The Supreme Court has therefore more focused on one of the parameters expressed in BMW's decision or the *ratio* between compensatory and punitive damages: it follows that the punitive damages are allowed only if the compensatory damages are inadequate to punish the guilty and to discourage the same and the entire community from the recurrence of illegal conduct.

the authoritative doctrine is the fact that the compensation of arbitrary and unlimited punitive damages have a chilling effect on trade and the economy, as they discourage innovation and higher prices for consumers.

Others believe that high compensation of punitive damages have the effect of encouraging the community to keep most honest and deterrent behavior from committing violations of the same type.

In conclusion, the Court with this judgment has achieved two important objectives: it exceed the uncertainties that have the state courts to the criteria outlined by the Court in *Gore*⁴⁸ and resizes the maximum amount of punitive damages, without jeopardizing their peculiar characteristics, which is to be an inhibitory and punitive instrument.

Two years after the signing of the Hague Convention of the Supreme Court of the United States, on 20 February 2007, has reformed again the matter of compensation for punitive damages in *Philip Morris USA v. Williams*⁴⁹ where the Supreme Court confirmed its tightening stance with regard to punitive damages. In the pending case William Jesse's widow, died of lung cancer caused by the consumption of Marlboro cigarettes, made a claim for compensation to the producer who had failed to provide an adequate information about the risks related to smoking. At first, the jury awarded \$ 821,000 as compensatory damages and 79.5 million by way of punitive damages. Then the amount of punitive damages was settled for a sum that is 97 times the compensatory damages. The trial judge applies the criteria defined in *Gore* and reduced the punitive damages to \$ 32 million and this decision was upheld on appeal and before the Supreme Court of Oregon.

Later then, Philip Morris appealed to Oregon supreme court on appeal which, even though the Supreme Court's decision in *State Farm* on the criterion of "single-digit ratio", said that neither the report nine to one, nor the criteria applicable in *BMW* are

⁴⁸ On this point see G.PONZANELLI, *La "costituzionalizzazione" dei danni punitivi : tempi duri per gli avvocati nordamericani*, in *Foro it.*, 2000, IV, cit., 356 ff., pointed out that because of the multitude of interpretations and how they can be manipulated, the three criteria outlined in *Gore* are still insufficient to allow to reach a peaceful jurisprudence.

⁴⁹*Philip Morris USA v. Williams*, 549 U.S. 346 (2007)

measures to draw a clear line between the two compensatory remedies.

So the Supreme Court overturned that ruling: Philip Morris tried to the Supreme Court that the Oregon state courts have refused to apply the three criteria of the *BMW* case, and that punitive damages award is manifestly excessive and certainly out of the relationship of a figure only established in *State Farm*.

Instead finding that the punitive damages award was unacceptably high because the Oregon courts had allowed improperly the jury to speculate on the damage and to include such damage in punitive damages award.

Then the Supreme Court because of the improper and excessive consideration of the jury about the quantification of punitive damages, shall refer the case supporting the need that punitive damages in the pending case are reduced awaiting trial. In 2008 the United States Supreme Court issued a strong statement against large punitive damages judgments but not in the context of limitations of due process.

In this last case in which punitive damages are limited to a one-to-one with respect to compensatory damages, noted that the Supreme Court is also facing horizons which provide a moderation of overall punitive damages award.

Developing the issue of *multiple punishment*, already considered in the *BMW* case, the Supreme Court ruled that the quantification of punitive damages cannot take into account the position of all those who have been harmed by the wrongful conduct of the individual actor but reveals the punitive damages award intended to condemn the prejudice suffered by victims that are not present in court; so the Court has banned the doctrine of "total harm" accused of being considered the cause of the disproportionate sentence of punitive damages.

Some authors, including Colby⁵⁰, have shown the Court's decision in *Philip*, but not the motivation that led to that judgment, and have considered that the fact that punitive damages award as a sanction which is consequent and justified by the violation of the rights of third parties not presents in the process, violates the due process clause but for other reasons than those cited by the Court.

⁵⁰ T.B.COLBY, in *Clearing the Smoke from Philip Morris v. Williams: The Past, Present and Future of Punitive Damages*, cit., pag. 397.

A different approach may be derived from an analysis of the functions and the nature of punitive damages, like Colby's words "*punishment for private wrongs: judicially sanctioned private revenge*": thus it is consistent impose them in the absence of guarantees and protections afforded by the criminal process that are needed only for the "punishment for public wrongs on behalf of society". But if the courts use them with these functions, they become a substitute of a criminal sanction, causing a clear violation of the Bill of Rights and for this reason in *Philip*, the Court correctly held that punitive damages should be limited to the punishment for the damage or detriment to the individual actor and not for what caused to the community in general. In conclusion the goals of deterrence can be recovered with the class action instrument capable of preventing the occurrence of a windfall for the benefit of the individual actor.

The importance of this judgment is that the constitutional violation of punitive damages is not in the excessive quantification made by the Oregon courts but that punitive damages award is needed to punish the harm suffered by victims who are not present in court. Therefore the Supreme Court has not syndicated the quantification of punitive damages, but the method used to define this amount.

The criterion of "multiple" can't consider the position of those who, although they have suffered the same injury, have not exercised their procedural legitimacy.

So, in line with what is fixed in *Gore*, must sanction and punish the deeply anti-juridical and serious conduct of the offender through surveys on the tortfeasor and not on damaged.

The desire to limit the amount of punitive damages and proportion them reasonably to compensatory damages was recently confirmed in the dispute *Exxon Shipping Co. V. Baker* (2008)⁵¹, which was a case decided by United States Supreme Court.

In March 1989 Captain Hazelwood was driving the ship Exxon Valdez; the upper-level management knew very well the problems of alcohol of the captain but, despite this, allowed him to have the command of the ship. As expected, Captain Hazelwood, before leaving, drunk well five bottles of vodka and then sailed with the

⁵¹*Exxon Shipping Co. V. Baker*, in 128 S.Ct. 2605, 171 L.Ed.2d 570, 2008.

Exxon Valdez ship, that was 900-foot oil tanker. Shortly before midnight the Captain steered the Valdez off course to avoid hitting an iceberg; then he abruptly abandoned his position at the helm of the ship and put a man who had no license to navigate. Shortly after, the Valdez collided with Bligh Reef and the consequences were irreparable: thousands of gallons of oil tumbled in the waters of Prince William Sound; marine wildlife and pollute the waters and were completely devastated, creating serious consequences for the fishing industry; a group of affected local residents, commercial fishermen, and native Alaskans made a class action suit against Exxon, demanding compensation for their economic losses and damages suffered.

The U.S. District Court of Alaska separated the trial into three phases and, without analyzing each phase, ruled in favor of the plaintiff in each phase.

Exxon appealed to the Ninth Circuit judgment which remanded the punitive damages award twice on due process grounds. On the third appeal panel of the Ninth Circuit in the Alaska jury's determination that Exxon was liable for the reckless conduct of its employees acting within the scope of their managerial duties. After conducting a review of punitive damages for conformity with due process standards, the Ninth Circuit concluded that an award of \$ 4.5 billion remained excessive and reduced it to \$ 2.5 billion.

Exxon appealed arguing that even reduced the punitive damages award was excessive and disputing its liability for an employee's recklessness. The Supreme Court reversed in part and affirmed in part: in fact the Court told about on the first issue concerning Exxon's liability, leaving undisturbed the Ninth Circuit's opinion that a ship owner could be liable in punitive damages for the reckless conduct of managerial employees occurring within the their scope of employment.

About the second issue, federal preemption, Judge Souter affirmed that federal civil penalties for the company's environmental violations did not preempt awarded punitive damages in admiralty.

Finally, moving to the final issue, regarding the appropriate level of punitive damages, the Court held that punitive damages award of \$ 2.5 billion was excessive,

and more generally, that punitive damages awards in maritime cases may not exceed compensatory damages. The judgment was remanded to the Ninth Circuit.

How did the Court arrive to this decision? In the majority's view, number-based rules, such as a "maximum multiple", produce predictable punitive damages awards. Several states adopted the 3:1 or 2:1 *ratio*, but the Court reasoned that those approaches generally covered conduct such as malice and negligence and did not properly apply to the present case.

The majority declared the cap on maritime punitive damages as "no less judicial" than selecting "an outer limit of constitutionally for punitive damages" in non-maritime cases. Judge Scalia wrote a brief concurrence, joined by Judge Thomas. Although Justice Scalia supported the Court's references to *State Farm Mutual Automobile Co. v. Campbell* and *BMW of North America v. Gore*: in both cases, the Supreme Court imposed constitutional limits on punitive damages, but Judge Scalia continued to keep the distance and he still confirmed and maintained that *State Farm's* and *Gore's* due process holdings were in error.

Worthy of note are the positions of the judges who participated in this Supreme Court's decision. Judge Stevens dissented in part, asserting that the Court should have affirmed the Ninth Circuit's rules about punitive damages and he insisted that the preferred authority for making "empirical judgments" to limit punitive damages was congress and not the Court and that "a policy of judicial restraint" should be followed in the absence of federal legislative enactments.

Also Judge Ginsburg criticized the majority's decision to reduce the punitive damages award and so dissented in part. The majority's attempt to constraint punitive damages reflects a mistaken understanding of the sources of authority that shape federal maritime common law. By declaring that punitive damages may not exceed the equivalent of compensatory damages, the Court constructed a maritime rule that improperly substituted its judgment for that of state legislatures.

Furthermore, even if the majority in *Exxon Shipping* had relied on the methodology of state legislatures, there was an utter lack of consensus among jurisdictions as to what punitive-to-compensatory ratio was appropriate. Many states had a *ratio* from

1:1 to 5:1, but Exxon Shipping's approach followed no general consensus among a majority or minority of states. In addition, the Court's recent due process jurisprudence in *State Farm* and *Gore* roundly rejects a bright-line definition of the outer limits of excessive punitive damages with "a simple mathematical formula".

In conclusion in *Exxon Shipping Co. v. Baker* the Court have recognized that the absence of a punitive damages limit in common law supported a similar rule in general maritime law; although punitive damages faces different types of limits under state regulation, all of prohibitions on recovery above a simple monetary cap or a set ratio of punitive-to-compensatory damages were adopted not by state courts but by state legislatures. Justice Stevens emphasized that the majority was unable to identify "a single state court" that attempted to bar recovery through use of a "precise ratio". One possible explanation for Exxon Shipping's rejection of state law may be the Court's concern for uniformity in shaping the contours of maritime law. Neither the need for consistency nor the Constitution's grant of admiralty jurisdiction, however, justifies an open-ended invitation for judicial lawmaking without sufficient basis in legal doctrine.

Another theory about the Court's departure from the standard for rule-making in admiralty is that it had fallen victim to the temptation of external political pressures; it is likely that the larger societal debate on rising levels of punitive damages had persuaded the Court that jury awards were spiraling out of control.

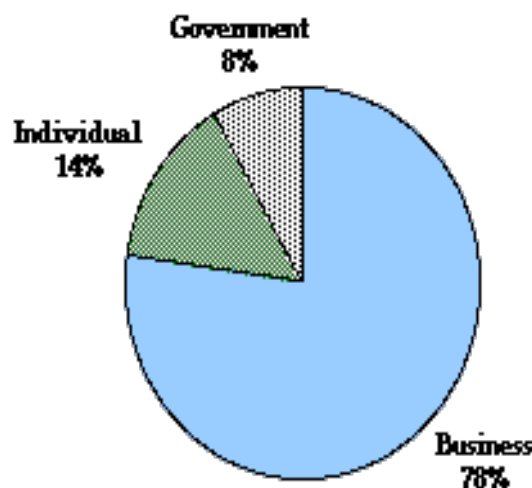
Because Congress had not spoken, however, the source of authority was state law but state courts were noticeably silent on the matter, and so yet the Court dismissed following a like approach and proceeded its own ratio limiting recovery. The Court acted without deference to Congress or the States because it is convinced that admiralty jurisdiction supplied a unique opportunity to remodel the system of tort recovery. The Court in this cases misinterpreted the congressional silence as acquiescence and proceeded to fashion a new maritime rule with inadequate legal authority.

In conclusion to the discourse about judgments relating to the *quantum* of punitive damages is clear that the purpose of the Supreme Court is to outline a "*modus*

operandi" of more purely equitable mold, which ensures to damaged a multiple reduced compared to that which is found on the basis the criteria commonly used in practice.

Since the 70s punitive damages were also provided on the liability of the producer and this has led to a development of this legal institution and to overcompensation with damages for the industry and for the American insurance system. Even punitive damages are seen by some authors as a category for compensation characterized by the uncertainty connotation because it is indeterminate in setting the amount of the conviction, without the guarantees provided in criminal proceedings, and thus, having as final result, the unknowing of the actor about the possible outcomes of the process, which takes the shape of a lottery in which everything is left to luck.

A study by the Pacific Research Institute in 1996, which took as champion in 1024 disputes pending before the Court of Appeal of San Francisco (California), has had remarkable results and which they can be summarized in the following chart that shows the distribution of punitive damage demands by type of defendant.



As seen from the graph, the Government defendants faces punitive demands in more than one-third of lawsuits filed against government agencies. As many as 78% of all punitive damage demands were filed against a defendant business.

Of the 1,024 cases that the Pacific Research Institute examined, nine cases were

designated by the court as "sealed" and were unavailable for study. These cases were based on one of three principal causes of action where punitive damages are recoverable:

- ✓ Common law tort.
- ✓ Statutory tort or other statutory civil action.
- ✓ Contracts.

The remaining civil filings within this pool-478 cases consisted of civil law categories where punitive damages are not available or only very rarely available. These categories include family law matters (chiefly dissolution of marriage proceedings); equity causes of action (such as requests for a temporary restraining order); and civil petitions (such as a name change, to confirm an arbitration award, or to compel an audit entry).

Punitive damage demands were included in 145 of the lawsuits, so this represents only 14% of the total pool of lawsuits, but the 27 percent of the suits in areas where punitive damages are available generally (145 out of 537). Of these 145 filings, the 78% (112 lawsuits approximately) were filed against a defendant business.

The study led to the discovery that the defendants owned or are big private companies or public administrations and that are sued are on average four times more than cases where the defendant is an individual person; punitive damages are required in about 27% of the cases where they can be recovered; the percentage of probability that the defendant is sentenced to the payment of punitive damages is around 14%; the processes that relate to the request for punitive damages last about one third more than the disputes that do not provide them, and that in fact last for about 21 months.

Punitive damages verdicts are unusual; they are awarded in less than 4% of all tort jury verdicts where the plaintiff prevails. They are common in financial litigation. Because most lawsuits are never go to trial and are settled, punitive damages are very small part of the tort system costs. But they are nonetheless controversial because they bear no relationship to compensation. Instead, they become a sort of windfall for the victim.

The theory of punitive damages is to punish the offender's outrageous conduct.

The doctrine asked how the punitive damages demands may affect the calculus of out-of-court settlement demands and first it has found the unpredictability and the inability to define with certainty the chances of getting punitive damages and this causes uncertainty and consequent risk of the outcome of the process. This uncertainty, fueled by the prospect of unlimited punitive damages, in combination with the relative probability of obtaining them if a case goes to a jury trial, has led to the increase of actors who demand punitive damages against defendants who risk such conviction and where the balance is tilted in favor of the litigants with weak or even frivolous lawsuit. According to professors Robert Cooter and Daniel Rubinfeld "*The attributes of litigation bargaining-rivalry, communication, side payments, interdependence, and the uncertainty which characterizes bargaining games to analyzed in microeconomics*"⁵² and this is the approach that allows us to understand the central role that the punitive damages have in the change of the method of calculation and determination of payment among the litigants of the trial.

Other institutions specializing in legal research, such as the Reason Foundation, examining the jurisdictions most representative for population, show that the sentences for deterrence and punitive purposes are increasing. Not all US states, such as Michigan and Missouri, recognize punitive damages, and in fact their courts condemn their payment only in cases expressly provided by law or by way of compensation.

Instead other states to eliminate the cases of abuse of this category restorative, have enacted restrictive measures and provided a different discipline which provides specific characteristics that the offender must have if he is a recipient of the condemnation of their payment, but also ceilings and mechanisms that would allow to determine the punitive damages in the most possible balanced way.

Most of these disciplines that have adopted measures to limit the amount of the sentences, as in Minnesota, have different limits and that, as already seen, consist in

⁵² R. D. COOTER - D. L. RUBINFELD *Economic Analysis of Legal Disputes and Their Resolution*, in *Journal of Economic Literature*, Vol. 27, No. 3, 1989, pp. 1067-1097.

a multiple value of the compensatory damages or in a fair connection between these and punitive damages. In Florida, for example, has been reduced the value of punitive damages to three times the compensatory damages. Others, such as Virginia, instead provide maximum levels up to an absolute and fixed value; State of Colorado in 1987 relates the amount of punitive damages to that of "actual damages".

In Kansas the limit of the amount of punitive damages is the lesser amount between the gross annual income of the offender and \$ 5 million.

In Georgia, the *quantum* of punitive damages, in reference to the same unlawful conduct, in civil tort lawsuits can be up to a maximum of \$ 250.000, and in cases of "product liability" is prohibited the granting or next multiple of the same.

In Oklahoma judges look at the severity of the subjective *status* and conduct of the offender.

In front of the committee of more illegal conducts by the same defendant, the legal doctrine has considered necessary to consider the possible presence of previously issued verdicts against the accused, so the amount of punitive damages was reduced in proportion to previous convictions. In fact, the legislative practice has led to give precedence to the prohibition of subsequent convictions about the same unlawful sentence especially if they relate to the products liability.

A little parenthesis is about the case of product liability in which punitive damages were at first very small – this is the period between 1975 and 1976 - and then largely granted in the '80s, without mention the causes established at the request of the *deep pocket* that prefers not to suffer the uncontrolled and arbitrary judgment of the jury and the risks in terms of reputation that follow them.

The theories that criticize the granting of legal institute of punitive damages, because they consider them irrational and arbitrary, find a partial relief in the fact that many American state legislative disciplines require that a portion of the amount that the defendant must pay to the plaintiff as punitive damages, is given to State agencies that have the purpose of pension and insurance funds to specific categories of persons who are victims of the commission of an offense. Usually, this proportion is between 30% and 70% of the total amount.

In some states, such as in Indiana, there are some organizations such as the Compensation Fund for victims of violent crimes and to which three-quarters of the amount of the sentence are intended; in a case in Oregon was allocated the 48% of the amount compensated by way of punitive damages to the State Fund for Universities and 12% of that sum in favor of schools for deaf-blind.

Unlike in Illinois the judge share the amount of punitive damages *pro quota*, including the actor, his lawyer and other persons entitled.

Instead about the person who is ordered to pay punitive damages, contrasting and much debated in the US is the possibility that such payments are paid by the heirs of the person found guilty. This choice could be justified and accepted if be a feature of the enrichment of the offender resulting from the illegal conduct and that the sum that he has improperly obtained, is still in the assets of the *de cuius* at the time of his death. Recently, the Court of Appeals of Iowa held that the request by the plaintiff to be compensated for punitive damages, falls and therefore cannot be invoked in case of death of the offender.

From a procedural mechanism for the imposition of punitive damages was introduced the bipartition of the judgment of fact and that therefore consists of a first stage which concerns the determination of the responsibility of the offender and a second phase in which the judge evaluates the amount of the punitive damages award. This procedural system can suffer some variations between states and so that the first phase is also aimed to define in advance the compensatory damages and only if and after they were granted, it is possible to determine punitive damages award.

The figure that in the different local legal jurisdictions have the expertise to come to the determinations of *an* and *quantum* of these rimedial forms, is embodied in the jury, as in Missouri, or in the court as in Virginia. In contrast, other states have overturned the roles and responsibilities of the two phases according to a judgment of equity and therefore they provide for the judgment of the court on the liability of the offender and then the task of the jury about the amount of punitive damages award.

2.3 Conclusions

At the end of this chapter, I can conclude that the punitive damages should be awarded where there is "clear and convincing evidence" that a defendant has behaved with "malice", or he has engaged in despicable conduct which is carried on by the defendant with a willful and conscious disregard of the safety or the rights of others. This includes a lot of kind of behavior like oppression, deceit, intentional misrepresentation, concealment of a material fact.

The increase of demand of punitive damages award in lawsuits filings demonstrates that they represents a regular litigation tactic. The frequency of punitive damages demands could have little or big effect on the costs and outcomes of the trial.

Where the Courts doesn't consider permissible the conviction to the defendant to punitive damages award because it believed them so disproportionate to the offense, the conduct and the actual damage, but also considering the role of the jury, decide to grant a new trial. The award not bears a reasonable relationship to the nature of defendant's action and the extent of plaintiff's injuries.

Then we saw that the analysis of the amounts to punitive damages award in the verdicts of the various US courts, the multiple processes that have concerned the liability of the manufacturer, but also the crisis of which insurance system was the victim, demonstrate that this procedural remedy has a fundamental impact on the economic choices made by entrepreneurs. The extension of the applicability of punitive damages to the field of product's liability and the possibility that an insurance policy is made stipulated to protect themselves by the risk of a punitive damages conviction, are the result of the progress and evolution of this institution: in fact, the initial assumption of punitive damages was given by the figure of the offense and then it was replaced gradually by the subjective *status* of the offender, which now seems to be the constant point of departure for this condemnation, especially in the field of breach of contracts.

There is no doubt that the punitive damages have a concrete punitive and deterrent effect on the conduct of the offender and in fact there is his significant intention to

eliminate the cause of the sanction, although the negative feature of this category consists in damages shift away from markets considered, from this point of view, risky.

More specifically we found five types of conduct of the producing company and that risk to trigger the conviction of punitive damages payment: the fraudulent-type misconduct; the inadequate testing or quality control; the violation of conditions on the safety standard in products; the lack of an adequate warning of the danger known on the products; the failure to eliminate the damage known or knowable.

Then, on the basis of an analysis of costs and benefits of the tortfeasor, the jury, with a large but still limited discretion, proposes the order to payment of punitive damages for burdening on the offender or manufacturer, or who intentionally puts in circulation some defective or dangerous products, c.d. *social costs*.

But to try to limit that discretion that increasingly led to imposition of the amount of disproportionate sentences, more and more there are the judgments of the superior courts to rectify those of the competent courts in the first instance, to ensure that this amount, regardless of the object of disputes, were quantified in proportion to compensatory damages.

Then in conclusion to the purposes of our discussion detects the consciousness of the Supreme Court about opinions and negative reactions present internationally about the institution of punitive damages, that is peculiar to the common law systems. Probably it is the presence of these hostile attitudes to this remedial category from other countries, to represent the input for the Court to act and actively control these remedies liquidated by the state courts.

These lower courts and inferior courts are the recipients that should transpose and implement the Supreme Court's instructions, although its choice to minimize the *quantum* of punitive damages doesn't allow them to adhere to different and dissenting solutions.

CAPITOLO TRE:

PUNITIVE DAMAGES IN UK LAW⁵³

3.1 The award of punitive damages in UK Law - 3.2 The decisions of House of Lords about punitive damages - 3.3 Conclusions

3.1 The category of punitive damages in UK Law

As already mentioned in the previous chapter, the punitive damages were born in England in the fourteenth century in a judicial system in which labile is the distinction between the civil and penal discipline and where a condemnation to pay must have, in addition to a compensation purposes, also a function deterrence.

So very important is the cd. *procedural objection* which is characterized by the presence of remedies and punishment: the first are aimed at protecting the private interest of the injured, at the fulfillment of the obligation of the defaulter, putting him in the same situation he would have been if this obligation was fulfilled properly; the second is defined as the set of legal figures to protect the interest of the community to the execution of the matter of the contract violated.

This consideration explains why there is the distinction between criminal and civil proceedings and which are and the differences between the two processes: in particular the latter are requested by the victim if criminal proceedings are intended to punish the defendant in the interest of the State.

In other words, whereas in a criminal trial the defendant has more guarantees than those provided by civil process, this consideration seems to get to support the need to remove, from the private litigation, the application of punitive damages institute in

⁵³ The present chapter is about the comparison between UK and Italian Law about punitive damages and so I have preferred to write its in English language.

the event that the offender has made a profit following the commission of an offense.⁵⁴

Despite this, a part of the doctrine has identified the circumstances in which the application of punitive damages occurs without causing harmful consequences to the defendant, because he would have some advantages from the point of view of time and costs of the proceedings.

Another profile, in addition to that related to the procedural objection and under whose magnifying glass are placed the punitive damages, is proposed by an authoritative legal doctrine that does not support the argument that the main economic *ratio* underlying the non-compensatory damages is the fact that when compensatory damages are not able to supply the need to induce the offender to take charge the cost-justified precautions, the punitive damages are necessary to "*compel the agent to internalize the full range of injury caused by his actions*".⁵⁵

According to this doctrine, the use of the instrument of punitive damages is necessary in all cases where, after the under-detection of the damages, arises a form of responsibility that it does not allow an optimal care: therefore you look not to the *cd. punishment rationale*, but to the effectiveness of the economic deterrence.

This *cd. optimal deterrence theory* began to be developed following the analysis of the famous Learned Hand's formula of negligence, described by Judge Hand⁵⁶ with the following formula: $(B) < (P * L)$.

The judge, discussing about the difficulties present in the assessment of fault in civil liability and the resulting damages award, ruled that the conduct is to be considered

⁵⁴ P. JAFFEY, *The nature and scope of restitution*, Oxford-Portland, 2000, pp. 363 ss. "a further objection is that it operates by way of requirement to pay over the wrongful profit to the plaintiff rather than state, which gives the plaintiff a windfall, because this hypothesis goes beyond what it is necessary to remedy the wrong the plaintiff has suffered. Also it will mean that the parties can negotiate over the defendant's punishment. Moreover, it may create a risk of double punishment of the defendant because of duplication with criminal proceedings; and it may involve the imposition of punishment by a judge who lacks experience of determining sentence".

⁵⁵ Cfr. C.M. SHARKEY, *Economic analysis of punitive damages: theory, empirics and doctrine*, 1970, is available on: <http://ssrn.com/abstract=19900336.com>

⁵⁶ Cfr. *United States v. Carrol Towing*, 159 F.2d 169, [1947].

negligent when the amount of money it serves to evade the prejudice (represented by the letter B) is less than to the result of the cost of potential damage (letter L) multiplied by the probability of its realization (letter P).

Conversely then the behavior is efficient when the conduct of a rational individual is oriented to absorb the consequences of the social costs that he produced; therefore to ensure that the defendants are brought to act efficiently, it is necessary that the damages at least equals the loss and that is expected the waiting liability equal to $P*L$.

In this regard, there is someone who said that the success of this theory of the optimal deterrence model depends on the validity of two elements: *“actors will in fact pay compensatory damages in each instance in which they take unreasonable risks and cause harm to others; compensatory damages can be set accurately to reflect the social cost of the harms inflicted”*.⁵⁷

But this result, namely the creation of the *optimal care*, risks to falter when who have acted negligently succeeds to evade the responsibility for the damages which he has caused, through the deficiencies or the under-detection or the under-compensation of the legal order.

With this assumption, the use of punitive damages - like a legal remedial instrument that has a punitive-sanctioning purpose which is able to ensure a compensation that is far greater than the Hand's formula - becomes an essential element to ensure that the expected liability of the offender would internalize the social costs that he produced and thus he avoids the real risk of the under-enforcement.

In this line Cooter identified the possibility that punitive damages are quantified in a multiple of enforcement error (cd. *rule of reciprocal*) *"In the case of a large enforcement error, using the Hand formula, the potential author of the illegal conduct could reach to the conclusion that it is more fruitful for him expose intentionally third parties to the risk of the harmful consequences because the savings related to the costs of budgeted liability"*.

⁵⁷ C.M. SHARKEY, *Punitive damages as societal damages*, Yale L.J., 2003, p. 53.

So the punitive damages should be granted in the event of an intentional act or a substantial enforcement error or if the illegal conduct allows to the offender to achieve a material advantage to more than compensate the risk of incurring compensatory damages payment.

In 1988, the Cooter' s proposal was revised by Polinsky and Shavell⁵⁸ who elaborated a formula which was simpler than the one created by Judge Hand and that was called the *cd. punitive damages multiple*. This formula ensures that the tortfeasor should answer for damages that he caused: the total compensation, that is compensatory damages plus punitive damages, to which the offender is sentenced, should correspond to the injury suffered multiplied by the reciprocal of the probability that he is found guilty when he should be.

In other words, the proposal of a multiple approach to quantify punitive damages on the basis of the probability of the detection would seem to exceed the connection of the compensation category of punitive damages with the subjective requirement, that is the need that there is an intention to carry out a malicious conduct and then “benefits derived from socially illicit conduct do not count towards social welfare”.

So with the theory of *cd. optimal deterrence* the punitive damages should be quantified in a multiple of the enforcement error or likelihood of detection that incites the offender to take appropriate precautions to avoid being the recipient of a conviction to a high pecuniary penalty.

But however nothing prevents the tortfeasor, – who got a significant gain from the completion of the illegal conduct and that allows him to satisfy the penalty of punitive damages award as optimal deterrence – to get a huge profit: so for example if through an industrial espionage activity, the owner of a business can obtain a patent of others and to use it in their core business getting stunning gains - for example, \$ 1 billion – the conviction to pay the sum of \$ 300 million of punitive damages would not be very disincentive and deterrent.

⁵⁸ A.M.POLINSKY - S. SHAVELL, *A skeptical attitude about product liability is Justified: a reply to professors Goldberg and Zipursky*, Vol. 123, 1949-1968, VOL. 123, 2010, p. 79 ss..

However the punitive damages began to be used by judges to justify the rejection of requests for cancellation made against verdicts in which the *quantum* of compensation was higher than the amount of the prejudice suffered by the injured and therefore they appeared excessive.

In fact, although the judges had the role of guarantors of the reasonableness of the verdicts of juries and then they had the chance to do an intervention that limited the discretion of the latter, this was rarely especially when the lawsuit regards the non-pecuniary damages, because yet lacked the normative basis that then led to the identification of these categories of damages.

This is confirmed by some elements linguistically. First at all, one of the oldest expressions used to indicate the punitive damages is "*smart money*", namely - as early as in 1881 Field wrote in his treatise in the matter of damages⁵⁹ - it was an award recognized to the offended to punish the offender by imposing on him a suffering for his unlawful conduct and to "make him smart for his wrong done". However Field also claims that was lost the original meaning of the expression punitive damages, that is rather to compensate for prejudices suffered by the victim - just "*smarts*" - physical and mental.

Therefore it was necessary to protect adequately the new legal relationships that were making entry into the legal landscape.

The deterrent function of the sanction should be educational or, better still, exemplary both for the condemned and for everyone, and this is why we refer to punitive damages in the meaning of exemplary damages; in England, similarly in the American experience, the institute of exemplary damages were gradually granted a diminishing number of assumptions, though they were introduced to the first in this legal system. The English courts defined them with different types of nouns, all falling in the largest category of torts: *assault, false imprisonment, seduction, defamation, trespass, malicious prosecution*.

The first two English cases, in which this category was mentioned, go back to the

⁵⁹ G. W. FIELD, *A Treatise on the Law of Damages*, Michigan, 1881, pp. 74 – 75.

second half of the eighteenth century: they were judgments - which will be outlined in the next section - introduced following unlawful orders to arrest and seizures that, in both cases, had led the jury to condemnation and payment of compensations with an amount which was far greater than the sum of the compensation of the period.

So were involved the non-patrimonial damages: in both cases a fundamental right is violated, that is the honor, and in one of two lawsuits there was even the impairment, although temporary, of the primary right of liberty. In fact, both the arrest and the illegal search hurt the honor of the individual in the social reality, causing him some relapses for psychic profile that, especially if caused intentionally, requires an adequate redress.

Following the request of annulment of their processes and the onset of new lawsuits, the judges did not intervene justifying their abstention with two elements: whereas in the pending case an appreciable patrimonial damage lacked, if the function of punishment and deterrence of damages redress had not been recognized, a ridiculous and unfair compensation would be granted to the offended; moreover the conduct of the offender was intolerable to the point to take the necessary consequences legally. This is why the judges believed to provide a punitive and exemplary compensation in disputes of this kind.

But one side the behavior of the offender was unacceptable and therefore could not be punished with a conviction to a modest redress, the other the judges didn't have the theoretical basis and technical-normative means to enable them to frame these "intangible" losses – that the victim had suffered – in a category of damages.

So just the prejudice to the honor of others was among the first of non-pecuniary rights that required the invocation of the punitive damages.

In the English reality of the eighteenth and nineteenth century the honor represents a fundamental value if moreover we take into account the political and economic situation of the time: they were the beginnings of that massive phenomenon known to history with the label "Industrial Revolution" and in which the division into social classes was an essential element in order to identify the *status* that each individual covered in society. Therefore, to the infringement of a right with this moral

importance corresponds the presence of a compensation form with an amount equally considerable.

That conclusion is reinforced by the fact that until the first decades of the nineteenth century the lawsuits where there were request of punitive damages redress were cases in which was injured the fundamental right of the individual honor, understood as a direct projection of the individual value in community. In fact, the violation of the right to the integrity of the honor, is realized for the individual in a sense of shame and humiliation, causing him a not minor damage.

Another factor that is behind the development of the punitive damages institute is the need to maintain social peace which is obtainable only trying to control the possible intentions of self-defense by citizens through the widespread practice of duel and the means of the civil trial. So it is a publicistic purpose which is realized through the instruments of private law.

A type of injury, causes by the conduct which willfully is detrimental of the legal rights of the individual, and a potential source of revenge is just the violation of his honor.

Therefore it was necessary to provide some procedural instruments that one side would guarantee to the victim to see the harm suffered compensated fully and the other to encourage and stimulate the injured citizen to establish legal judgments, rather than resort to private revenge forms.

Also this consideration is reflected on a linguistic fact, as already mentioned, another formula to designate the punitive damages is "*vendicative damages*".

Between the purposes - already several times mentioned - of punitive damages there's that of punishment and deterrence (or symbolic-educational).

In fact the deterrence is the second function - after that punitive - which is usually indicated by the courts as the basis of punitive damages.

In its traditional meaning the deterrence is - precisely - a secondary effect of the primary punitive-retributive function and then it assumes an almost criminal law coloring.

This classical notion of the concept of deterrence find foothold on an implicit

assumption, namely that the illegal conduct, which is prerequisite for punitive damages grant, must be considered totally illegal in itself and therefore must be banned by the law.

This is why the courts condemn to the payment of an exemplary sum to pursue a double objective: one side to discourage the whole community from committing such conduct and thus they strengthen the peculiar monitory function of the civil liability (we speak of general deterrence); the other to divert the offender by the interest to commit illegal conduct in the future.

So the datum that the courts want to highlight in their reasoning is the fact that the defendant did an unlawfully and, moreover, bad analysis of costs and benefits resulting from the completion of his illegal conduct, in the sense that he should not have done any calculations because the lesion of the legal position of the victim can't be the subject of a calculation of profit.

Therefore, the courts do not want to legitimize the offender in making a correct analysis of costs and benefits in the future, but on the contrary they want to highlight the fact that the violated interest can't be purchased simply by paying the price.

Instead the general deterrence or "internalization of costs" was the subject of a careful and accurate analysis by the economic theory of law, according to which the punitive damages becomes the instrument to promotion and guarantee of social peace, every time when the mere compensatory damages can't supply this need.

According to the model of economic analysis, the law of civil liability is an instrument of "regulative engineering", that operates on the assumption that individuals behave rationally and on the incentives that come from the outside, and therefore it compels individuals to operate on market taking into account all costs and expenses related to their conduct.

This involves two complementary results: the realization of an optimal quota – namely the total marginal cost of his behavior is equal to its marginal benefit – of precautions and prevention in the achievement of a social activity.

The author Calabresi - already mentioned⁶⁰- talks about the concept of general deterrence as “*market deterrence*”, namely it produces, as result, the fact that the individuals can do the free choice between undertaking a particular social activity provided that they pay all resultant expenses, and pursuing a more reliable - and with less risk of prejudicing the public interest - activity.

Usually the possibility of the condemnation of the guilty to pay compensation equal to the amount of the damage is sufficient to achieve these objectives; and in fact, through the damages compensation, the individual must bear the costs of his actions and this implies that the individual is required to adopt appropriate measures to prevent the damage.

The punitive damages compensation is involved therefore when compensatory damages does not constitute like an adequate disincentive for the offender or when the cost that the conduct of the tortfeasor has on society is greater than the amount of compensatory damages.

This can happen in two cases: the first regards the situations of "under-compensation" in which, for reasons relating to the legal rules that discipline the calculation of damages, the amount of compensatory damages is less than the actual cost that the unlawful actions caused to the company.

The second hypothesis is that in which the offender must not bear the full cost of his illegal conduct, due to the lacks in the effectiveness of the legal system.

In these situations, facing a malicious activity that is repeated over time, the offender is required to pay damages to a certain percentage of cases: for example, this happens because not always the damage is discovered or because the damage is discovered but not always the defender is detectable, or because, although aware of the damage and its author, the victims prefer not sue.

In all these cases the offender, because he does not bear all the cost and the social implications produced by his behavior, receives unsuitable incentives on the basis of which to measure his future conduct.

⁶⁰ G. CALABRESI, *The costs of accidents: an economic analysis*, Yale University Press, 2008, cit., pp. 69-70.

The label of "internalization of costs" attributed to this model raises some doubts regarding the liquidation of the punitive damage. In fact, according to this model, to calculate the amount of punitive damages must do an algebraic operation that is to multiply the amount granted for compensatory damages for the probability that actually the offender is called upon to recompense the damage. The consequence is that the offender shall compensate to the victim the damage which he suffered but also the one that is suffered by people who having been damaged too but are unrelated to the judgment.

The basis of this calculation method is understood easily: in theory it is easy to imagine that the jury or the judge can make an adequate calculation of the odds that the tortfeasor is not exempt, but in practice it is not as.

The punitive damages pursue other goals that allow to describe this institution as a multifunctional model and which, in the humble opinion of me, can be reconstructed as a pyramid of functions, all operating simultaneously.

Through the presence of the punitive damages institute the legal system remarks the importance and the inviolable nature of some fundamental rights and there it safeguards them incisively, reaffirming their ethical and legal principles.

To these functions is added a retributive purpose with publicistic mold: retributive because it is inevitable consequence of the fact that punitive damages are a category for compensation.

A "publicistic purpose": in fact punitive damages are designed to compensate the victim concretely but indeed they also represent the remedy to protect the social community and the social order by unlawful conduct of the same type.

Here is involved a clear distinction, outlined by Blackstone, between private and public wrongs: for the latter, the punitive damages represent the remedy, although as noted by S. Schwartz⁶¹ the risk is that there is an overlap between civil and criminal law; besides the A. suggests that if we admit a penal basis to the punitive damages institute, we should also ask whether the criminal matter is just not

⁶¹ A. SCHWARTZ, *Deterrence and Punishment in the Common Law of Punitive Damages*, in *Southern California Law Review*, 1982, p. 145.

able to adequately satisfy the needs already pursued by punitive damages in society. In the trail of Schwartz's affirmation, other authors such as Chapman and Trebilcock⁶² complain that you can assign a retributive function to punitive damages only if you acknowledge the presence of a third category of offenses, that is an intermediate kind between public and private wrongs, and for which the use of an "hybrid" remedy as the punitive damages is allowed.

According to the authors, this new category, thus outlined, does not yet exist but at the moment there is only the distinction between the mere violation of a right and a violation of a right as a legal category including exactly "*tertium non datur*".

About this point the authors find, as a direct rival, Markel⁶³ who argues, *de iure condendo*, the need to a pluralistic model in which in the category of "extracompensatory damages" can be enucleated three rimedial figures that here are referred in the order outlined by the author: the compensation of damage with "dignitary" feature, the realization of an effective deterrence, and finally the recompense.

In particular, in order to satisfy this last requirement, the A. formulates the rimedial figure of "retributive damages" that would have the value of an intermediate sanction because it was coined for the recompense of illegal conducts but they were ruled by civil process though with the recognition of procedural safeguards such as the standard of *cd. clear and convincing evidence*.

The use of these procedural safeguards are left available to the (private) individual, who can be identified, on the basis of the provisions by the legislator of the law of Country of origins, only in those that directly were damaged by the illegal conduct or by figures of Private General Attorney; in any case these individuals will be awarded for defending the social interest of an effective repression of illegal conducts, recognizing a sum as compensation in their favor, but not the full amount of the

⁶² B. CHAPMAN - M. TREBILCOCK, *Punitive Damages: Divergence in Search of a Rationale*, in *Ala. L. Rev.*, 1988, p. 81.

⁶³ D. MARKEL, *Retributive Damages: a theory of Punitive Damages as intermediate sanction*, in *94 Cornell L. Rev.*, 2009, 239 ss.

prejudice suffered. Markel sustains that this model, proposed by him, requires the prior discipline – to avoid the risk of violating the fundamental principle of “*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali*” – of the conducts, which would justify the application by the legislator identifying them between those already present in the civil and criminal law, and so for this reason he does not fall in an intermediate sanction.

Other few words must be dedicated to tell about the possibility of punitive damages as a remedy for the damage to the individual dignity because comes to light again the theme about the position of the victim of the illegal conduct. In fact, for punitive damages is required a subjective element higher than that for compensatory damages – that is the intentionality of the conduct of the offender - and that has important consequences on the legal sphere of the injured.

The particular range of behaviors, such as humiliation or insult, of the tortfeasor that may involve the grant of punitive damages and the damage, that would be a consequence of this behavior if it was the result of negligence, create a further loss in the legal sphere of the victim and that materializes in a violation of his honor, of his dignity, of his moral value which is added to the patrimonial damage; this is why the conduct of the tortfeasor is defined as "aggravated".

The hypothesis of compensation with the application of punitive damages in case of violating the dignity is the matter of the debate in which fits the authoritative opinion of Ampton⁶⁴ who thinks that there is a kind of losses that he calls "*moral injuries*" concerning the violation of the dignity of others and of their human value. He argues that the need to apply the punitive damages in relations between individuals finds its *ratio* in the nature of the infringed right, that is the dignity of the injured but can't be the subject of – in particular, patrimonial – compensation, but of an action to reach the correction, repair, restoration of his moral value that there was prior the wrongful conduct of the tortfeasor; in fact the dignity of the victim and the perception that he has of himself in society must be restored, than to compensate the damage and the

⁶⁴ H. AMPTON, *Correcting harms versus righting wrongs: the goal of retribution*, in 39 UCLA L. Rev. 1992.

patrimonial damage of the offense, but the punitive damages are not the right remedy for this purpose.

On this point also intervened Ripstein⁶⁵ who asserted that “*Although the victim suffered an additional dignitary loss, and the punitive damages serve to address that loss, their purpose is not to compensate for it. Indeed, their point is precisely that the dignitary loss is not compensable. They serve instead to vindictive the right*”.

Conversely, there are some authors who believe that the loss of dignity can be refreshed with a sentence of payment of the punitive damages. Between these there is Colby⁶⁶ who, starting from the historical analysis of the institute, argues that the nature of punitive damages is "punishment for private wrongs" and is different from criminal sanction which is a result of a public wrong. In fact, according to the A., in the historical moment in which in England law begins to realize the distinction between civil and criminal law, the category of punitive damages is the instrument for translate into legal terms the desire of revenge for the torts committed with the insult, with the injury to individual dignity, with the humiliation of the victim.

So it is an historical phase in which the private initiative in the criminal trial is the vent valve of the desire for revenge of the private individuals and the public monopoly of penal action that is established, conveys in punitive damages not in the sense of punishment for the public injury, but as punishment for the offense and the injury suffered by the private person. Therefore the A. emphasizes the connotation purely punitive of the institution in question, further that compensatory.

Other authors have confirmed the dual nature of the figure of the punitive damages because it enucleates inside a publicistic kind of punitive component that is defined as an "objective" punishment and that get back the criminal law but is provided in civil law; and a private kind of punitive component that is defined as a "subjective" punishment and that is outlined as the "right to punish" that the law recognize to the victim of the intentionally offensive behavior of others, and which in these cases is

⁶⁵ A. RIPSTEIN, *Equality, Responsibility and the Law*, Cambridge, 1999, p. 151.

⁶⁶ T. COLBY. *Beyond the multiple punishment problem: Punitive Damages as Punishment for Individual, Private Wrongs*, 87 Minn. L. Rev. 583, 2003, cit., 613 ss.

authorized to claim the conviction of the offender to the payment of a larger sum than what is usually admitted in an action of tort, namely the compensatory damages. Rivers of ink have been spilled on the purpose of "*law enforcement*" recognized to punitive damages; the cd. "*windfall*" that offended receives through an higher compensation than that is necessary to compensate for the damage, it is usually included between the critical of the institution, but at the same time it is crucial because it increases the legal effectiveness of this institution. In fact the possibility to achieve a gain prompts the victim to sue, especially if the damage suffered is minor but equally he can win a huge profit. So the private action works in an instrumental position to the protection of the public interest that wants that the illegal conduct are the subject to a judgment.

In addition to the purposes of punitive damages and closely related to the one just outlined, we must add the function of "private punishment" or "aggravated damages", according to which punitive damages compensate a particular type of lesion of the right to the respect the individual dignity. So it could be argued that the punitive damages play the role of a "private legalized revenge".

In any case is undisputed that the punitive damage operates as a rimedial category with a civil mould and restore the loss suffered by a private person.

The purpose of "private legalized revenge" attributed to punitive damages is a function in the middle between the need of compensation and of punishment: the mixed nature of this goal is explained by the fact that in England is provided the figure of aggravated damages to compensate the violation of a dignitary interest.

But the advance of punitive damages in the English legal system halted abruptly in 1964 when the House of Lords, in the case *Rookes v. Barnard*, tried to define in the most reliable possible, the circumstances in which the punitive damages could be granted, and this was the end of the uncertainties about the criteria for the admissibility of this institution. We will discuss about this decision in the next paragraph.

Just as the American legislation, there are many areas where English law finds the admissibility of the function of punitive sanction. First of all the tort of defamation,

although it is designed – at least in theory – to compensate the "loss of reputation" that the victim suffered. Moreover, if in the concrete case there is both the objective requirement requested, namely the conduct of the offender must be particularly reprehensible and outrageous, and subjective requirement, that is the "mental distress" suffered by the plaintiff as a result of defendant's conduct, the courts can condemn to compensation also of "*aggravated damages*".

In fact, in the English legal system, punitive damages institute, which is often referred to the "exemplary damages" formula, supports and is different from, precisely, aggravated damages.

The grant of the latter, unlike the punitive damages, can be expected regardless of the matter of the lawsuit.

Instead the similarities between the two categories for damages are: both must be specifically requested by the plaintiff; both are an instrument to increase the size of the total compensation required by the injured; the area of application is partially coincident; the common parameter for the determination of their amount is the consideration of the conduct of the offender.

The contrast between the attribution of a punishment function, rather than compensation, is very marked.

In fact, about the distinction between aggravated and punitive damages there are conflicting opinions: a first doctrinal current thinks that aggravated damages are effectively indistinguishable from punitive damages: but it is a sharply minor opinion who didn't find the endorsement of English courts' decisions.

At contrary, a second doctrinal view believes that aggravated damages, although they are granted in addition to compensatory damages and are not easily distinguishable from punitive damages, have a proper restorative finality and should be granted especially in cases of mental distress suffered by the injured.⁶⁷

But even this second stance examined, is difficult to reconcile with the objective actually pursued by aggravated damages, which is to appease "*The anger and*

⁶⁷ In this sense it is also expressed by Law Commission which intervened to justify the decision in the *Rookes v. Barnard* case.

outrage felt by the victim of a tort who has been treated in an arrogant and high-handed way by the person who committed that tort'.

Indeed, the observation that leverages on the possibility to qualify aggravated damages in terms purely compensatory, collides with the consideration that they not only aim to restore the loss suffered by the victim, but rather they are aimed at relieving his indignation and outrage feelings; in confirmation of this view there is the fact that aggravated damages may be awarded also in the absence of any prejudice suffered by the injured, which is different from these anger and outrage feelings.

Trying to fill the c.d. *vacuum legis* about the legal definition of aggravated damages, some authors believe that, whereas they can be granted only in case of "*an injury to the victim's moral dignity that results from the defendant's denial that the victim is entitled to respect as a moral person*", therefore they are different from both the damages for mental distress⁶⁸ and punitive damages.

In support of their not only restorative nature the reference to the conduct of the tortfeasor in the phase of determining the *quantum* could be used; but this view has been rejected on the basis that, although in theory the compensation should be quantified looking only to the figure of the injured and to the loss that he has suffered, where such loss is represented by the violation of his dignity as a result of conduct of the defendant, it is necessary to evaluate how the defendant has behaved, and so it is possible identify what was the actual prejudice,

Another criterion for distinguishing between aggravated and punitive damages was identified recently in the precise identification of the "dignitary interests" because the violation of its is fixed with the grant of the first; then according to this recent thesis, the insult to the personal dignity is not compensable *ex se* but "*like a number of other interests that are not independently actionable in private law, an affront to dignity is*

⁶⁸ The British government has also spoken about this particular compensation following an analysis made by the Law Commission has discussed the possibility of a joint compensation of damages for mental distress and aggravated damages. The British government, in contrast to the Law Commission, however, did not consider it necessary to intervene with a special legal rule.

compensable only as a form of consequential loss” and the victim will have to demonstrate that the illicit conduct of the offender “in some objectively verifiable way demeans or devalues him”.

Therefore we can argue that at least in theory it is possible to identify the line of demarcation between aggravated and punitive damages, but we can't do the same in practice because a punitive and penalty purpose there also in the first.

Certainly the people recipients of aggravated damages compensation are different than punitive damages reparation: the first are granted as compensation taking into account subjective and psychological elements of the victim, the *cd. wounded feelings* that are different elements than the pain and suffering, instead traditionally the punitive damages are conceded on the basis of considerations relating to the *status* or the outrageous conduct of the offender and his objectives aims.

The discussion on "compensatory damages at large" involves the orientations of doctrine and the demarcation between compensation and punishment and it was the subject of decisions about the damages against the reputation caused by criminal libel; in particular Lord Hailsham in *Broome* said *“The expression “at large” should be used in general to cover all cases where awards of damages may include elements for loss of reputation, injured feelings, bad or good conduct by either party, or punishment, and where in consequence no precise limit can be set in extent. It would be convenient if, as the appellants' counsel did at the hearing. It could be extended to include damages for pain and suffering or loss of amenity. Lord Devlin uses the term in this sense in Rookes when he defines the phrase as meaning all cases where the award is not limited to the pecuniary loss that can be specifically proved. But I suspect that he was their guilty of a neologism. If I am wrong, it is worth pointing out, though I doubt if a change of terminology is desirable or necessary, that there is danger in hypothesizing “compensatory”, “punitive”, “exemplary” or “aggravated” damages at all. the epithets are all elements or considerations which may, but with the exception of the first need not, be taken into account in assessing a single sum. They are not separate heads to be added mathematically to one another”.*

According to the authoritative opinion of Law Commission, should be held steady, the distinction between the two categories for damages: the aggravated damages as a form of refund and punitive damages with punishment function. But in cases in which both the figures can be compensated, it is inevitable that the aggravated damages compensation would involve the recognition of a greater compensation than the entity of the damage actually suffered and with potential punitive mould.

To reduce the uncertainties and the character of randomness that permeates around the distinction between aggravated and punitive damages, the Government has decided also to replace the term "additional damages", contained in par. 12 of the Patents Act (in 1977) – although cases of actual application of this rule are not identifiable - and in s. 97 of the Copyright, Designs and Patents Act (1988) with the formula "aggravated and restitutionary damages". This proposal has been extended to punitive damages in s. 13 of the Reserve and Auxiliary Forces (Protection of Civil Interests Act) in 1951.⁶⁹

So there is who believe that in the future the punitive damages institute can disappear to leave space for aggravated damages; but these considerations are premature.

In the discussion about the different terminologies to designate the punitive damages merit to be highlighted the authoritative positions of two judges, that are Baron Parke and Lord Blackburn, in matters relating to torts and breach of contract, and respectively in a case of breach of contract and tort.

The first case was *Robinson v. Harman*⁷⁰ in which Lord Parke argued that “*The rule of the common law is, that where a party sustains a loss by reason of a breach of contract, he is, so far as money can do it, to be placed in the same situation, with respect to damages, as if the contract had been performed*”.

The second was *Livingston v. Rawyards Coal Company*⁷¹ in which Lord Blackburn put the emphasis on the fact that “*It is general rule that, where any injury is to be*

⁶⁹ Cfr. DCA, *Consultation paper, The Law on Damages* CP 9/07, May 2007, par. 199, available on www.justice.gov.uk/docs/cp0907.pdf.

⁷⁰ *Robinson v. Harman*, (1848) 1 Ex 850, 855; 154 ER 363, 365.

⁷¹ *Livingston v. Rawyards Coal Company*, (1880) 5 App Cas. 25 (HL) 39.

compensated by damages, in settling the sum of money to be given for reparation of damages you should as nearly as possible get at that sum of money which will put the party who has been injured, or who has suffered, in the same position as he would have been in if he had not sustained the wrong for which he is now getting his compensation or reparation”.

So in both cases the Lords have remarked that damages should be quantified and paid with an amount that corresponds to the injury suffered and that is appropriate to satisfy the victim in consequence of the default and unlawful act. These considerations have been defined by the doctrine and jurisprudence as a "fundamental principle" or an "absolute rule" about the damages compensation.

Opposite is another authoritative orientation of the doctrine which holds that the *ratio* of the damages award can't be only that compensatory, and in fact in suffrage of this consideration are taken into account the exemplary damages - that is an expression with which often are defined the punitive damages because the first, like the latter, are compensative means that are meant to punish the tortfeasor for the fulfilled offense and to constitute an effective deterrent to the future conducts of same kind - and nominal damages.

The latter are granted if the offended demonstrates "The existence of a common law wrong: such as a tort, without proving any loss" and how it was detected,⁷² this compensative figure is granted to the victim who "Has made out a wrong to recover their costs", because it is "a declaration of legal rights".

But some lone voice⁷³ does not see the possible merits of nominal damages and even decreases their value, declassing them like "a technical phrase which means clustering that you have denied anything like real damage" or says, with a detached attitude, "[...] by your nominal damages [...] there is an infraction of a legal right which, though it gives you no right to any real damages at all, yet gives you the right

⁷² Cfr. S. DOYLE – D. WRIGHT, *Restitutionary damages – The unnecessary remedy?*, Melbourne U.L. 1 (2001), p. 14 ss..

⁷³ H. MC GREGOR, *Restitutionary Damages*, in P. Birks (ed.), *Wrongs and Remedies in the Twenty-First Century* (Clarendon Press Oxford 1996) pp. 203-204 ss.

to the verdict or judgement because your legal right has been infringed”.

Edelman⁷⁴ shows that the discussion about exemplary damages can see in the first instance an unusual starting point *"For a defense of gain-based awards for wrongs; on the other hand. Same specification that both exemplary damages both gain-based damages are united by one fact: that is calculated by keeping quiet about the loss actually suffered by the victim"*.

But recently the Law Commission and a sentence of the House of Lords have modified this affirmation although *"For nearly 40 years English law has been attracted by, and has nearly succumbed to, the notion that exemplary damages are anomalous and should be eliminated for this very reason"*. And just on the basis of the new orientation, the A. concludes that the redevelopment of exemplary damages *"is the essential foundation for the recognition of the legitimacy and utility of other kinds of non-compensatory damages"*.

Other influential voices⁷⁵ show that the *ratio* of the exemplary damages *"is to deter the wrongdoer from similar conduct in the future as well as to deter others from doing such conduct"*.

Not premature but rather a fact is the debate in English law about the possibility of maintaining the punitive damages, which are one of the thorniest profiles in the English tort system. The reasons are at first, as American experience, the fleeting distinction between criminal and civil law which subtend them and at second the possibility that the offender is punished in the absence of typical guarantees of the criminal process.⁷⁶

On the first point of the debate should be noted that the alleged strangeness of punitive damages in civil law and in particular in the English tort law can be

⁷⁴ On this point see J. EDELMAN, *Gain-based damages. Contract, tort, equity and intellectual property*, Oxford, 2002, p. 86.

⁷⁵ See J.D. SQUIDS – J.M. PERILLO, *The law of contracts*, St. Paul, Minn., 1998, p. 542 s.

⁷⁶ This would involve the risk of infringing Article. The first of the second protocol to the European Convention on Human Rights; indeed invoking the Human Rights Act of 1988 it is argued that the English courts can't award damages for purposes of punishment under any circumstances.

questioned. In fact, at one part some authors say that the punishment is a proper and exclusive goal of criminal law, on the other there is who attribute to civil law each operation because there is no obvious reason why criminal and civil law should perform exclusive functions that are foreclosed to one other and therefore the punitive damages institute can be recognize also in the branch of civil law.

Furthermore the possible punitive character recognizable to compensatory damages - peculiar in the civil law - is confirmed by the use of the formula "*if, but only if*" coined by Lord Devlin in *Rookes v. Barnard*⁷⁷ in order to avoid unnecessary duplications of to the punitive damages redress.

Lord Devlin has built a special test in according to that the granting of punitive damages can be made, in fact, "if, but only if" the amount that is recognized for compensation is insufficient to punish the offender for his illegal conduct; to assert the disapproval that the law shows towards such behavior; to explicate the purpose of deterrence to prevent the reiteration.

The efficacy of this test has been reaffirmed in numerous judgments and reinforced the principle that the compensatory damages are considered "always part of the total punishment".

So in the English legal system the punitive damages were born as a pecuniary sanction against an offense made by abusing of state power, because the aspect of sanctions has been absorbed in the discipline of civil law and this has created the uncertainty about the quantification and the purpose of this institute. Therefore, assuming the *restitution in integrum* as a cardinal principle of the system, we can see how the English system compensate the victim considering elements of "extra compensation [...] for the injury to his feelings and dignity", designated as non-pecuniary losses.

So in the debate about the purpose of punitive damages there are two opposing currents: one that claims that they are an additional form of compensation to reaffirm the compensatory function of redress, based on the particular disapproval conduct

⁷⁷ On this point, see par. 3.2, p. 99.

that generates the subjective element of tortious act of the tortfeasor – *cd. defamation, assault, seduction* -, instead the second says that they are an independent figure who has a peculiar purpose which is purely punitive and deterrent.

The punitive damages institute has reached a mature definition only recently but it started having more precise rules after the II World War following some decisions of the Court of Appeal in parallel with the decline of the procedural figure of the jury in the English courts. In fact, throughout the nineteenth century and the first half of the twentieth century, the civil lawsuits that concerned requests of damages compensation due to the fulfillment of personal injuries, took place in front of the jury.

The result was a level of unpredictability of court's decisions and a structurally incompatible system with the attempt of standardization of values liquidated because the jury was the addressee of a precise indications about the important factors for the quantification of the damage and among them was not possible to include the reference to other cases, although they regarded the same matter.

So the passage of lawsuits, relating to personal injuries under the competency of professional judges, has allowed the gradual arrival in uniform levels of compensation that characterizes the English system today.

In conclusion the punitive damages place to the offended the opportunity to ask and obtain the exemplary condemn to the offender who has committed in bad faith a particularly serious and reprehensible action; therefore the punitive damages ensure the full punishment, understood as a sanction against the offender who is deprived of each benefit of illegal conduct accomplished and therefore, as authoritative Jaffey's opinion has noticed, it arises as a legal response to the violation of the obligation *“not because the harm is the incidental consequence of providing a remedy for the wrong vis-à-vis the plaintiff, but because of the value or beneficial effect that the infliction of harm is understood to have as a response to the breach of duty”*.⁷⁸

There are some cultural factors that have played a vital role in the functioning of

⁷⁸ P. JAFFEY, *The nature and scope of restitution*, op. cit., pp. 374 ss.

punitive damages: at first traditionally the common law "is legal family in which the solution of a conflict the individual judge is always based collective interest": this explains the intention of the English courts landing in a decentralized system, for example through the standardization of levels of compensation in case of personal injuries.

Secondly the high prevalence of Law Reports admits the constant circulation of a large amount of information that concern the damages compensation to the person granted in the English territory.

Must be noted that in matter of the quantification of the damages, the precedent has not a binding value; therefore in the individual case to facilitate a conventional consideration of the personal losses, the judge proceeds to a comparative study of similar cases, and not of precise previous (cases). This allows him to identify a, usually shared, quantification of the damages caused by a certain type of injury.

Of course it may happen that a precedent represents the decision taken after a situation that is almost identical to that which the judge must resolve: in this case the judge is facilitated, but is not obliged to conform his decision to it.

Besides should take into account also the flexibility with which the English courts adapt the compensation in consideration of the circumstances of the concrete fact and place their attention mainly on the loss of amenity of life, looking at age, sex, occupation of the victim, extent of injury.

To ensure the success of an high level of information on the matter of punitive damages was precisely the jurisdictional structure of the English legal system and in particular the jurisprudence of the Court of Appeal in London. In front of the slope of the latter there are the appeals established following the decisions of first instance, namely High Courts and County Courts; the highest judicial body is the English House of Lords that rarely decides to dictate new jurisprudential orientations where the Court of Appeal didn't intervene, and especially performs the role of maintaining the *status quo* for essentially two reasons.

The first is the fact that there is a clear distinction between legislative and judicial power and therefore the Law Lords' opinions are considered as mere parliamentary

speeches, instead the legislative decision is given by the entire High Court. The second reason is that in matters of personal injuries, the Court of Appeal has the real decision power and the task of setting the guidelines that allow a standardization of compensation for particular types of injuries.

On this point Lord Diplock's words, which intervened in *Wright v. British Railways Board*⁷⁹, merit to be noted "*It is an important function of the Court of Appeal to lay down guidelines both as to the quantum of damages appropriate to compensate for various types of commonly occurring injuries and so to the rates of interest (...) such guidelines should be simple and easy to apply though broad enough to permit allowances to be made for special features of individual cases which make the deprivation to the particular plaintiff greater or less than the general run of cases involving injuries of the same kind. Guidelines laid down by an appellate court are addressed directly to judges who try personal injuries actions; but confidence that trial judges will apply them means that all those who are engaged in settling out of court the many thousands of claims that never reach the stage of litigation or do not proceed as far as trial will know very broadly speaking the claim is likely to be worth*".

Traditionally the Court of Appeal reserved to itself the right to order a new trial for the assessment of merit of the lawsuit - and the quantification of the amount of damages is just a question of substance - only in case in which the verdict of the jury was manifestly excessive and disproportionate as to intuit that it could not have been the result of a reasonable judgment made by the twelve jurors.

So then, there has been an increasing intervention of the Court of Appeal and its tendency to "replace" the judge of first instance. Usually it is argued that the appeal judgment which concerns the determination of the *quantum* of damages will be accepted only if in the first instance decision contested there is a false or erroneous application of the law principles or if the compensation is so manifestly disproportional, both in terms of excess and default, to reveal an error in judgment

⁷⁹ *Wright v. British Railways Board*, [1983] 2 AC 773, [1983] 2 All ER 698.

and in appraisal.

Obviously in order to assess whether the order to pay for the damage is excessive or not, there must be a medium standard that allows the comparison and precisely this standard is set by the judges of the Court of Appeal who, looking at their experience and their sensibility, evaluate what can be considered a fair and rational compensation for a particular type of injury.

More precisely, the judge of the lawsuit *Cassell v. Broome* gave instructions to the jury to arrive at a calculation of the ternary types of damages to be granted, namely compensatory, aggravated and punitive damages, and the Court of Appeal motivated this sum and its purpose of deterrence. In this case, about the methodological profiles of appeal the House of Lords arrived to the opposite conclusion telling at first about the hierarchy on jurisdiction implicitly wronged by the Court of Appeal in *Cassell* and in fact it stated the binding nature of the judged represented by Lord Devlin.

So in conclusion there is a normative system that is transmitted to the jury by the court of first instance and that seems to have been outlined according to some canons: the instructions must concern only the cases identified by Lord Devlin about the imposition of punitive damages, and therefore outside these the juries should not intervene in this sense; the non-cumulativeness of aggravated and exemplary damages; then it is a distinction only terminology.

Then there was the consolidation of a narrower *corpus* of rules: the jury must determine an amount that doesn't exclude *a priori* the exemplary component provided you this sanction can justify on the basis of the behavior adopted by the tortfeasor.

In conclusion, the plurality of facetings recognized to punitive damages, especially in the legal English system, is justified by two purposes: the first is to check what is – in the wide range of functions of punitive damages that have been detailed widely – their predominant function. The second is to measure the individual assessments that may be submitted in the concrete application of the discipline, taking into account their impacts from a functional point of view.

3.2 The decisions of House of Lords about punitive damages

About the differences between exemplary and punitive damages, intervened also the Law Commission⁸⁰ and the Irish Law Commission.⁸¹ The first supported the use of the term “punitive damages”, as it would be inclusive of exemplary damages and in this sense it seems useful to quote the J. Edelman’s words ⁸² who points out how this authoritative Court prefers the punitive damages *"arguing that exemplary damages are concerned with retribution, deterrence, of conveying disapproval and, to a lesser extent, satisfaction for each victim of these goals was an aspect of punishment"*.

Warning different is that the Irish Law Commission Consultation Paper on intervening about exemplary damages, highlighted the autonomous nature of exemplary ends, as a reflection of the *"wider social goals of deterrence"*.

The contrast between the two interpretations remains but in fact the exemplary damages are awarded in situations where the only goal is to put in place a punitive response to the charge of infringement of a right of others, then is the purpose of the satisfactory actor damaged both to prevent the illegal conduct recur and therefore often are as synonyms of punitive damages.

Moreover in English law the punitive damages are almost always reported in the meaning of exemplary damages, but this not nullify the crucial importance of the discussion reported above.

As in the North American system, also in that English the legal concept of punitive damages is the subject of a thorny debate which involves multiple remedial categories. Yet it can be affirmed peacefully that exemplary/punitive damages are granted both in cases in which it is unlikely that the illegal conduct will be repeated

⁸⁰ Law Commission, Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages (Consultation Paper 132, 1997).

⁸¹ Cfr. A Law Reform Commission Consultation Paper on Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages (Law Reform Commission Paper 1998).

⁸² J. EDELMAN, *op. cit.* 5 ss.

again and so the only purpose of such compensation is that punitive and, at contrary, in situations where the punitive function has been shelved by that inhibitory.

Traditionally, although the statutes would provide figures like punitive damages, for example the Statute of Gloucester in 1278 which was expected the sanction of *treble damages for waste*, the entry of punitive damages in the English legal landscape occurred, as already mentioned, in the second half of the eighteenth.

The first case is *Wilkes v. Wood*⁸³ in which was introduced for the first time the expression "exemplary damages" and the judge had granted them to punish in an exemplary manner the illegal search of a publishing home because it was guilty of having published a defamatory pamphlet against the King; worth noting Lord Chief Judge Pratt's opinion which showed the clear intent to recognize a category of damages to punish the guilty and to avoid the recurrence of the same type of conduct "*A jury has it in their power to give damages for more than the injury received. Damages are designed not only as a satisfaction to the injured person, but likewise as punishment on the guilty, to deter from a such proceeding for the future and as a proof of the detestation of the jury to the action itself*". In this sentence there was the conviction for the payment of punitive damages despite being shown the decent treatment that had received the person unjustly detained.

The second lawsuit is *Huckley v. Money*⁸⁴ in which the court had to resolve this case in which a King George III's agent had arrested unlawfully, imprisoned for hours and searched the house of a man who was considered the alleged typesetter of a newspaper. The court had recognized to the searched man a compensatory redress equal to £ 20 and to which is added a punitive refund equal to £ 300, justified by the connotation of outrageous conduct performed by the agent.

It was a historical period when they began to diffuse the ideals that then have represented the "motto" of the revolt of the American colonies.

Worth noting the authoritative words of a judge of this lawsuit, namely Lord

⁸³ *Wilkes v. Wood*, 98 ER 489 (KB 1763).

⁸⁴ *Huckley v. Money*, 95 ER 768 (KB 1763).

Camden: *“Perhaps the £ 20 damages would have been thought damages sufficient, but the small injury done to the plaintiff of the inconsiderableness of his situation and rank in life, did not appear to the jury in that sticking light in which the great points of law, touching the liberty of the subject appeared to them at a trial, they saw a magistrate over the King's subjects exercising arbitrary power, violating Magna Carta, and attempting to destroy the liberty of the Kingdom. I think they have done right in living exemplary damages as to enter a man's house by virtue of a nameless warrant, in order to procure evidence is worse than the Spanish Inquisition; a law underwhich no Englishman would wish to live an hour; it was a most daring attack made upon the liberty of the subject”*.

In fact the Lord has shown in the speech of the sentence the whole ideological importance of the Old Whigs in favor of the Rule of Law and the Magna Charta, to support the application punitive damages institute, in their meaning of exemplary damages because they configure as exemplary sanctions, in the present lawsuit. The elements that allow to grant the punitive damages award are the presence of a conduct characterized by malice, oppression, act outrageous, gross fraud because of the manners of performance. Furthermore the jury was legitimate to use fully his peculiar powers, with an only limit in the abuse of discretion.

As highlighted a careful part of the doctrine, the rise of punitive damages occurred only in the early nineteenth century when the English courts begin to outline the *ratio* of the punitive and deterrence purpose of punitive damages. In particular can be identify four doctrinal theories to explain the birth of the figure of punitive damages: the first focuses on the excessive discretion recognized to the jury in the King's Court in quantifying the amount of damages; the second states that the origin of punitive damages is due to the need to compensate the victim for moral damages, that are the injury to the honor, insults, humiliation, and who initially were not considered worthy of compensation; the third theory starts from the intention to prevent that for the serious injuries to the person, which are included in the category of tort, can be accepted a sanction less severe than that for crimes; the latest theory considers appropriate to desist from the temptation of making private revenges.

These theories were considered by some authors as competing in contributing to explain the origin of punitive damages and they were accompanied by the belief of the courts, that they are the only suitable instrument to ensure an effective deterrence. In the doctrine expressed in two famous cases under the slope of the House of Lords, that are *Rookes v. Barnard*⁸⁵ and *Cassell & Co. Ltd. v. Broome*⁸⁶, the respective authors, namely Lord Devlin and Lord Hailsham are considered the authors of the modern definition of the figure of punitive damages and its enfranchisement from some of uncertainties that permeated this legal figure.

The famous controversy *Rookes v. Barnard*, pending before the slope of the House of Lords in 1964, concerned Mr. Rookes who held the job of designer for the British Overseas Airways Corporation (BOAC) but he had disagreements with the labor union, to which he was enrolled and that was the association of Engineering and Shipbuilding Draughtsman (ESDC), so much so that he decided to dissociate himself from its. At the end of the decision of this lawsuit, should take into account that the relationship between BOAC and ESDC were regulated and governed by a closed shop agreement, according to which BOAC could hire only workers who were members of the ESDC; therefore ESDC threatened to make a strike if Rookes had not been fired or had not resigned from his job in BOAC. The latter at first suspended Rookes and then a few months later it fired him.

Rookes sued the representatives of the labor union ESDC, including Mr. Barnard, complaining that he had been the victim of a *tortious intimidation* with which the ESDC had induced or even had forced BOAC to fire him unlawfully BOAC.

Mr. Rookes obtained, at first instance, £ 7,500 by way of punitive damages, but the Court of Appeals reformed that judgment holding that the ESDC (in the procedural role of the defendant) had not actually committed any tort. Yet the House of Lords affirmed the responsibility of the defendant and sustained the need for a new trial for the quantification of damages.

⁸⁵*Rookes v. Barnard*, [1964] AC 1129 (HL), 1227.

⁸⁶*Broome v. Cassel & Co. Ltd.*, [1972] AC 1027 (HL).

In particular, according to Lord Devlin the exemplary damages may be granted only if "they could serve a useful purpose in the vindicating strength of the law". In addition, he qualified the punitive damages as an abnormal institution, never admitted in that *subiecta materia* at that level of jurisdiction, with a risk of confusion between the scope of competence of civil law and that of criminal law; then he required the elimination of them from English legal system although he recognized the presence of some precedents and absolutely force statutes, with a compensative *ratio*, with the requirements of deterrence (therefore here are excluded expressly aggravated damages which, as seen, are purely compensatory).

Therefore here the Law Lords expressed the willingness not to eliminate *in toto* the punitive damages from remedies that there were in English civil liability but to treat them as a remedy used as exceptional and as *in extrema ratio*.

The House of Lords here outlined a ternary structure of punitive damages to which is assigned a support function to affirm the binding nature of the law justifying what seems to be "into the civil law a principle which ought logically to belong to the criminal"; therefore it decreed that the punitive damages (designated as exemplary damages) can usually be granted in three cases: when the offender has the express intention of obtaining an unjustified gain that otherwise it could not be sanctioned properly; when there is the compression of some fundamental rights, that have every citizen, by public officials (specifically by police officers); where the punitive damages redress is provided by an express provision of law.⁸⁷

They are three categories that represent the unique areas of application of punitive damages in England and the analysis of those categories must be made *ex ante* and before each examination about this matter and the judge has to make its every time there is the claim of punitive damages.

The ratio of the first category is brilliantly explained in the sentence *Rookes v. Barnard* just by Lord Devlin who is exactly the "father" of this category on the basis

⁸⁷ Cfr. *Rookes v. Barnard*, par. 1225-28 "Where the claimant has been the victim of oppressive, arbitrary or unconstitutional action by servant of government; where the defendant's conduct has been calculated by him to make a profit for himself which may well exceed the compensation payable to the claimant; where authorized by statute".

of some leading cases.⁸⁸

This is how Lord Devlin defines this first category “*Cases in the first category are those in which the defendant's conduct has been calculated by him to make a profit for himself which may well exceed the compensation payable to the plaintiff*”.

Even in *Broome v. Cassell* - subsequently analyzed - is questioned the scope of this formula and worthy of note are Lord Reid's utterance who considers this category as a means to be applied where “*contumelious disregard of another person's rights in order to obtain an advantage which would outweigh any compensatory damages like to be obtained by his victim*”. So the punitive damages become the procedural remedy with which the offended understand the message “tort does not pay.”

In this category, according to Lord Devlin, must be included all those conducts united by the fact that their author has done after a careful calculation to measure the profit so that it is greater than the resulting damage; this count translates into the fact that the tortfeasor tries to make a profit that will be greater than the possible compensative redress. Therefore it is a conduct which perseveres in illegality and to which the legal system responds with the remedial figure of punitive damages.

In fact worthy of note are the words with which, in *Rookes*, Lord Devlin intervened on the matter just exposed “*where a defendant with a cynical disregard for a plaintiff's right has calculated that the money to be made out of his wrongdoing will probably exceed the damages at risk, it is necessary for the law to show that it cannot be broken with impunity*”.

Obviously is involved the theory of unjust enrichment that can't be defined either as a form of punishment, nor compensation and whose the goal is to prevent that the offender obtains a profit from the effects of the illegal conduct that he has made. If the compensation is not sufficient to meet the goals of deterrence, the punitive damages come to the aid. Their application requires, as an indispensable element and on which find a peaceful agreement both English and American doctrine and their courts is a conduct of the tortfeasor, characterized by *wrong eviction*: therefore it is

⁸⁸ On this point see *Bell v. Midland Railway Co.* (1861) CBNS 287; *Williams v. Curie* (1845); *Crouch v. Great Northern Railway* (1856) 11 exch. 742).

necessary that the plaintiff proves that the defendant decided to act, knowing that his conduct was unlawful or reckless, because the profits or benefits arising from it were greater than the risks that resulted from its, according to a comparative view between the potential gain and damages to which he could possibly be convicted.

Some authors say that the reason behind this category is not the merely punitive purpose but just the need to prevent cases of unjust or illicit enrichment; this is why there is the emphasis on the concept of profit understood as an instrument through which this need for prevention is extended beyond the equitable remedies. Following these statements there are those who tell about punitive damages as an "imperfect" instrument, "contaminated" by needs to prevent the achievement of the profit.

Therefore it is obvious that can't be established numbered and typical hypothesis of application of punitive damages and in fact on this point Lord Devlin states that it is not "[...] confined to moneymaking in the strict sense. It extends to cases in which the defendant is seeking to gain at the expense of the claimant some object – perhaps some property which he covets – which either he could not obtain at all or not obtain except at a price greater than he wants to put down".⁸⁹

Watching this category seems that its supporting basis is the need for deterrence, which takes over that punitive (which serves to assert the importance of fundamental rights); conversely in the next category the punitive purpose is privileged than that of deterrence.

In England most of the lawsuits in which this category has been applied are the cases of libel and unlawful eviction.⁹⁰

The discussion about what is the indispensable psychological threshold to admit the use of the instrument of punitive damages is particularly important in case of libel,

⁸⁹ Here there are also some sentences which are on basis of Lord Devlin's affirmation. On this point see *Drane v. Evangelou* [1978] 1 WLR 455; *Reid and Reid v. Andreou* [1987] CLY 2250; *Guppy (Bridport) v. Brooking and James* (1983) 14 HLR 120; *McMillan v. Singh* (1985) 17 HLR; *Daley v. Mahmood* [1996] CLY 3790).

⁹⁰ For the purposes of punitive damages is necessary that the unlawful conduct materializes in an harass behavior, which can even get at the opening by the property owner to the tenant and justified by the owner to repurchase the material availability of the property and to use it to make a profit greater than that of the moment.

namely the crime that undermines the protection of freedom of expression and of the press, which falls into the category of fundamental rights of each citizen of every democratic society.⁹¹

In fact, in the case of the crime of libel the requirements for the punitive damages award are two. First, the psychological threshold, beyond which is allowed the grant of the institution in question, is undoubtedly represented by the proof of actual knowledge of the falsity of the news published, but it must be also show that who made the defamatory publication acted with absolute disregard for the falsehood – or less – of the news; for this last goal it must prove the negligence of the author and his awareness of the falsity of his publication and the fact that the tortfeasor has proceeded to its deliberately without doing the ascertainments to verify whether the publication was true or not.

The other requirement is that the conduct of the offender was accomplished following a "diabolical" calculation in terms of profit and costs resulting from the completion of the offense. The term "profit" is not the purely pecuniary or monetary gain, but whatever material benefit that can result to the offender from the completion of the offense, for example, the cost savings.

Instead, the reference to the "calculation" made by the culprit, is to be interpreted in a broad sense: so it excludes the need for an arithmetic calculation of costs and benefits, but just the only rigorous proof that the unlawful conduct was committed with a concrete and current intention of the tortfeasor to profit. In particular to integrate the conduct in question is not sufficient to claim that the culprit has

⁹¹ Also the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms devotes a specific provision. This is art. 10 which is entitled "*Freedom of expression*" and states "*Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises. 2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary*".

accomplished its in a business industry that is usually used to produce.

Indeed about the possibility of applying the punitive damages to the case of defamation, not all authors agree because “*It would hamper publishers or limit their freedom to conduct their business because it can always be inferred that publishers publish any book because they expect to profit from it*”.

But to this claim there is who sustains that it is not enough that the tort is committed in a business industry for profit but are required, also jointly, two other elements: the full knowledge of of the offender about the illegality of his conduct, or at least a reckless disregard for its possible illegality and for the consequences that it could have on community; the conscious decision to perform such conduct after a careful analysis of costs and benefits.

Therefore it is clear that it is not enough the simply negligence. These premises have led to state that so there is no danger of restricting the freedom of press without a reasonable *ratio*. The victim has only to prove the subjective element and the illicit conduct characterized by the intention to obtain the unlawful profit.

Lord Hailsham of St. Marylebone, one of the judges of the lawsuit *Cassell v. Broome* - afterwards analyzed -, states that two requirements needed to integrate this category: at first it is necessary that the offender knows the wrongfulness of his conduct or has the absolute disregard for the consequences that his conduct will have on society; the choice by the tortfeasor to persevere in the fulfillment of his conduct to achieve a greater profit than the eventual compensatory damages award.

This category formulated by Lord Devlin has been applied also in case of liability for tortious interference with the "business" of the injured, extending the application of the precedent indicated in *Bell v. Midland Rly Co.* where punitive damages had been granted because “*The defendants have committed a grievous wrong with a high hand and in plain violation of an act of parliament; and persisted in it for the purpose of destroying the plaintiff's business and securing gain to themselves*”.⁹²

⁹² In the same case are subsumed cases *Messenger Newspaper Group Ltd. v. National Geographical Association*, [1984] IRLR 397, where, however, although it showed an activity of cd. *picketing* by the union, that the interference with the affairs of the injured, was not proven that the material profit attained at this conduct.

The second category of punitive damages application, identified in *Rookes*, configures the compression of some fundamental rights, belonging to every citizen, by public officials who are included in the category of "public officials", or the "servants of the government", the police and other local authorities, and so all those who exercise functions with an executive – central or local – nature.

This is a category in continuity with the *opinio juris* and in which is important precisely for the purpose of ordering the payment of punitive damages, the commission of an abuse of power by public officials, understood in their broadest sense.

In this hypothesis is taken into account two elements: an “objective” consideration, namely the oppressive, arbitrary or unconstitutional conducts, and a “subjective” parameter, that regards the *status* of the tortfeasor who, precisely, must be a public official.

Then it is possible condemn the police to pay punitive damages in order to use "a powerful deterrent to abuse of power by the police"; in fact, this category is considered as crucial because it is intended to guarantee the fundamental rights of the individuals that can't be violated by the police.

According to this second category, the only function of deterrence of punitive damages is able to fill some *vacuum legis* of these rights.

Worthy of note are Lord Devlin's words about this category “*Where one man is more powerful than another, it is inevitable that he will try to use his power to gain his ends; and if his power is much greater than the other's, he might, perhaps, be said to be using it oppressively. If he uses his power illegally, he must of course pay for his illegality in the ordinary way; but he is not to be punished simply because he is the more powerful. In the case of the government it is different, for the servants of the government are also the servants of the people and the use of their power must always be subordinate to their duty of service. It is true that there is something repugnant about a big man bullying a small man and, very likely, the bullying will be a source of humiliation that makes the case one for aggravated damages, but it is not, in my opinion, punishable by damages*”.

As mentioned the objective element, that must exist in order to impose the payment of punitive damages, is the realization of a particular "oppressive, arbitrary or unconstitutional" conduct by the police, for example, an illegal arrest. According to Lord Devlin, so that such assumptions will find application, it is necessary that the conduct is also characterized by also only one of these connotations which therefore do not necessarily operate jointly.

This category is to penalize the behaviors committed by public officials that are serious because there is the flagrant violation of the rights and civil liberties.

It seems that we can rule out that the action requested, to retract the criminal case in this category, could be matter only if the offender has a certain subjective *status*.

In fact the doctrine believes that the connotation of unconstitutional conduct is not sufficient *ex se* both to incorporate the elements required in the first category and hence to justify the applicability of punitive damages; in fact to last goal, there must be the sum of three parameters namely the subjective *status*, the unconstitutional conduct, the presence of an aggravating circumstance.

About the outrageous conduct, the doctrine believes that this is the true and only central requirement for the punitive damages award and defines the outrageous conduct as the behavior in which there is "malice, fraud, insolence, cruelty and the like".

Finally, an another criticism against this category is that in the light of the rules in the field of vicarious liability, the sanction that is applied to the author of the illicit deportment, is actually paid by the society or industry to which the offender is bound by a service relationship, and then in turn it pours on taxpayers, that are the citizens.

This objection, however, find its answer in the fact that if in one side is unfair that taxpayers have to pay the compensation due to the victim who will be the recipient both of a compensatory damages and punitive, in the other side we must not forget the important benefit that the community draws from the figure of punitive damages, that is to emphasize the severity of the conviction of the legal system against such illicit behaviors.

But recently⁹³ the House of Lords held that the violation of a constitutional right is not sufficient *ex se* to admit a punitive conviction but there must be a tort independently operated.

In line with Lord Camden's speech, the restriction to public servant formulated by Lord Devlin is considered as a way to balance the exceptional use of punitive damages and the lack of a general scheme of punitive damages, according to the subjective profile, has been interpreted as the solution to release itself from Lord Camden's binding precedent that otherwise would have caused some problems because rather in the meantime was spreading the thought that this binding had been surpassed by new and modern systems of law of torts.

In fact there are those who said that “[...] *the categories represent an unhappy compromise between the desire to rid the law of punitive damages altogether and the belief that precedent is too firmly entrenched to allow this*”.

⁹⁴Another issue that concerns the possibility or even the necessity that the categories identified by Lord Devlin can be extended to private individuals. This matter hasn't generated interest until the case *White v. Metropolitan Police Comr*, which concerns the involvement of the responsibility for the conduct of the subordinate person, namely the *vicarious liability*.

Also this category was also used for cases of unlawful arrest even if there wasn't an abuse of power by the public official and then, as it can be seen in *Wilkes*, the exceptional grant of punitive damages, acclaimed by Lord Devlin, is belied by the preference for an extensive orientation by courts.

Still this category is used in cases in which the policy about assumptions in a public college by the local public authorities used some discriminant criteria on the basis of race and sex.

Hence the importance of the subjective element, namely the *status ex se* of public official and the indifference for the intentionality of a bad behavior, have generated

⁹³ On this point see *Watkins v. Secretary of State for the Home Department and Others* [2006] (UKHL) 395.

⁹⁴ A. BURROWS, *Remedies for Torts and Breach of Contract*, Oxford, 2009, pp. 421 ss.

cases in which, on the contrary, the decisive factor is only that objective, namely where the materiality of the offense actually reprimanded to the citizen has prevailed on the illegality of the procedure done to him, overshadowing the *ratio* of a punitive function of the sentence: these are the hypothesis of unlawful detention in which the courts have underline that however the compliance of the procedure *secundum legem* would prompt the citizen to be detained and therefore that were justified only nominal damages, and not also the punitive damages.

Finally the third category is not much used, because the legal rules which expressly provide the application of punitive damages are rare: among them - already mentioned - the s. 13 of the Reserve and Auxiliary Forces (Protection of Civil Interests) Act expressly admits that the punitive compensation against who fails to obtain the necessary authorization released by the competent Court, before implementing a civil act among those listed in the Statute towards the indicated people, namely members of the armed forces.⁹⁵

This category becomes problematic for the presence of other expressions to distinguish different kinds of damages.

Another rule that tells about punitive damages is the s. 97 of the Copyright Act of 1956 and then channeled into s. 97 of the Copyright, Designs and Patents Act of 1988 and which states “*Where in an action under this section an infringement of copyright is proved or admitted, and the court, having regard (in addition to all other material considerations) to the flagrancy of the infringement, and any benefit shown to have accrued to the defendant by reason of the infringement, is satisfied that effective relief would not otherwise be available to the plaintiff, the court, in assessing damages for the infringement, shall have power to award such additional damages by virtue of this subsection as the court may consider appropriate in the circumstances*”.

Although with different arguments, the definition of the *ratio* contained in s. 97 of

⁹⁵ Section 13 states “*In any action for damages for conversion or other proceedings which lie by virtue of any such omission, failure or contravention, the court may take account of the conduct of the defendant with a view, if the court thinks fit, to awarding exemplary damages in respect of the wrong sustained by the plaintiff*”.

the Act of 1988 was considered then peacefully as a compensatory function although punitive.

These rules allow to the judge, in case of infringement of intellectual property rights, to liquidate, to the victim, the "additional damages", that is a further compensation justified by the seriousness of the violation and by the benefits that the tortfeasor has obtained. But the concept of additional damages has no peaceful interpretation, and in particular the debate regards its possible configuration as an hypothesis of punitive damages.

Worth noting that, following the definition of the three characteristics of the conduct of the tortfeasor, is superfluous the proof of the malice of the offender. This consideration should be tempered taking into account two observations.

The first is that, whereas the punitive damages award is a discretionary remedy, the eventual good faith of the tortfeasor may be considered as an element in his favor and therefore at the expense of the injured (which therefore will not be a recipient of punitive damages). The second is that the courts intend to allow the application of punitive damages only if in actual case there is a particularly serious conduct.

So there is the following question: what happens if there is a conduct that is unconstitutional, because it infringes the fundamental interests of the injured but is neither arbitrary nor oppressive? In other words, the question is whether the compliance of Lord Devlin's *dictum* should be absolute to the point of evaluating if an unconstitutional conduct is sufficient to apply the punitive damages although missing the outrage and the contempt of the rights of the tortfeasor who traditionally justify the figure of punitive damages.

On the one side the answer to this question seems to be positive: the leading case is *Holden v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary*,⁹⁶ in which the Court of Appeal has nullified the trial of first instance and has ordered a new one because the competent judge had erred in subtracting to the jury the assessment about the request of punitive damages as he didn't believe that in the actual case there are the conditions for this request. In fact in this lawsuit the illegal conduct was materialized

⁹⁶ See *Holden v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary*, 2001, 2 WLR 1789 (HL).

in an illegal arrest that lasted about twenty minutes, without the use of violence or of oppressive modalities toward the victim and that was the consequence of a simple error by the police officer.

Therefore, according to the court of first instance, such behavior could not fall into the second category in *Rookes v. Barnard* because it was devoid of the necessary requirements for this. Instead the Court of Appeal noted that the only unconstitutional conduct - which in this case was materialized in an illegal and unconstitutional arrest and because it was made in violation of the Magna Charta – was enough *ex se* to include its in the second category outlined in *Rookes* and that therefore it was not necessary to search some aggravated elements. This position of the Court is the starting point for that current of doctrine that says precisely that the only unconstitutional conduct can justify the compensation of punitive damages.

But worthy of evidence is also the judge Purchas's position who believes that if it is true that the absence of "evidence of oppressive behavior, or [...] malicious arrest, cruelty in the mode of arrest, assault or prolonged imprisonment" doesn't exclude the compensation of punitive damages, the lack of these aggravating circumstances will influence on the decision of the judge (or of jury) about the *an* and *quantum*, but could lead also to the rejection of the request of the offended to obtain the compensation for punitive damages.

There have been also cases of denial of punitive damages award because there was a violation of a constitutional right but the resulting damage was insignificant and small.

From the description of this lawsuit is glaring a difference between the English experience and that of North America – that is the subject of the previous chapter – in the matter of punitive damages in particular about the amount of their compensation. Indeed it is true that in both it is problematic the question about the criteria with which punitive damages must be quantified but in English reality there are not large or "grossly excessive" sums (unlike what we was seen in the American experience).

In *Rookes v. Barnard*, Lord Devlin affirmed three parameters that must always be

used for the decision about the *an* and *quantum* of punitive damages. First at all the offended must have been damaged by a punishable conduct; the judges and the courts must evaluate according to the principle of the “moderation”, namely the punitive damages should be quantified in a *quantum minimum* necessary to satisfy the publicistic purposes that they intend to pursue, having in fact the functions of punishment and deterrence.

Finally the last factor to consider is the financial capacity of the tortfeasor because *"the means of the parties, irrelevant in the assessment of compensation, are material in the assessment of the punitive damages"*. It follows that the financial means of the offender are relevant only in exceptional cases and where they influence on the guilt of his conduct.

The same Lord Devlin added, however, a fundamental point: the categories outlined are not sufficient alone for ensure the effectiveness of punitive damages, but they have to be accompanied by the occurrence of an indispensable condition, which is that *"the compensation [awarded] (...) is inadequate to punish [the defendant] for his outrageous conduct"*; also the Lord has remarked the need that the culprit is the victim of a "punishable behavior" and that the amount of punitive damages compensation should not be *"a greater penalty than if the conduct were criminal. Restrain should be exercised in making the award"*.

After the judgment in *Rookes v. Barnard* the English courts have attempted to individuate some guidelines to quantify the punitive damages and that are different in each category. In particular we note that, after the decision in the case *Rookes v. Barnard*, the English courts have maintained the restrictive and severe approach that had been proposed by the Law Lords and then they adhere to the optics to narrow the possible hypotheses to grant punitive damages.

A next step in the discussion about the matter of applicability of punitive damages is the lawsuit *AB v. South West Water Services Ltd*⁹⁷ where to the injured person, who became ill after drinking contaminated water supplied by the defendant, is denied

⁹⁷*AB v. South West Water Services Ltd.*, [1993] QB 507 (CA).

compensation for punitive damages.

In this case the Court of Appeal has limited further the availability of punitive damages to lawsuits that concern *causes of action* in which these damages were already awarded before the judgment *Rookes v. Barnard*. So in this sentence it was affirmed that the remedy of punitive damages was not applicable to every tort but only for those which already before 1964 – and so before *Rookes v. Barnard* - could be classed and punished with this type of compensation; it is the cd. *pre-1964 test*.

So on the basis of the criteria outlined above, the judges felt that in this case, which concerns a case of public nuisance, there was not a cause of action that could justify the sentence of punitive damages, because, precisely, it was necessary that the request for punitive damages was "*in respect of a cause of action for which longer available prior to 1964 an award had been made*". After this judgment the punitive damages could not be granted in case of false imprisonment, malicious prosecution, trespass to land or goods, private nuisance, defamation, assault and battery, tortious interference with business, negligence or breach under the Consumer Protection Act 1987.

This debate has been recognized by some authors as a fundamental dowel in our discourse both because it is the first binding precedent in the matter of punitive damages (and it is preceded only by some *obiter dicta* of the past), and because it involves "smear" the problem about the limits of the civil compensation protection in cases where a only tort causes some damages to a lot of people.

The requests for punitive damages award were rejected in a lot of areas, over the hypothesis of contamination just mentioned, such as the discrimination based on sex, race or disability; breach of Community Law. This irrational result was defined by G. Pepe⁹⁸ as "*a regrettable ossification of the common law*".

The case of application of punitive damages about the compression of the fundamental rights of citizens by public officials, and especially by the police

⁹⁸S. PIPE, *Exemplary Damages after Camelford*, in 57 Mod. L. Rev. 91, 100 (1994).

officers, had already been the subject of previous convictions for punitive damages⁹⁹ but it has been specified more in *Broome v. Cassel & Co. Ltd.* (1972) in which the defendants had published a book even though they knew about its contents absolutely false and defamatory¹⁰⁰ towards the actor who was a retired naval officer who then attempted an action for libel to these writers. But however the defendant wanted the publication of his book, in fact he was convinced that the profits resulting from the sale of the book would have been greater than the size of the conviction to compensation. But they were wrong: in fact the House of Lords upheld the condemn to £ 15,000 like compensatory damages and £ 25,000 as punitive damages.

While in *Rookes* the reference to the requirement of the "servant of the government" advanced by Lord Devlin concerned offenses committed by representatives of the central government, in *Broome* the House of Lords has supported a broad interpretation of this expression so that it would include "*all persons purporting to exercise powers of government, central or local, conferred upon them by statute or at common law by virtue of the official status or employment which they held*".

Lord Hailsham's authoritative voice is expressed in construction on the categories identified by Lord Devlin in *Rookes* and particularly he wanted to specify their conditions for application. He crystallized a rule that concerned the subjective element and which emphasized the awareness of the offended about his unlawful conduct or the acceptance by the tortfeasor of the risk that this behavior can be made with reckless disregard, so with prior acceptance of the possibility of being sentenced to compensation due to the defamatory content of the book in question because of the higher profit that he calculated to obtain thanks to its content.

Instead about the objective element, it has been configured by the Lord in the necessity of evidence that "*material advantage [which] outweigh the prospects of material loss*". Then it is important that the tortfeasor accomplishes his conduct with

⁹⁹ See. *Wilkes v. Wood*, cit., *Huckle v. Money*, cit., *Benson v. Frederick* (1766) 3 Burrow's King's Bench Reports (Burr.) 1845)

¹⁰⁰More precisely, the book described so sensationalistic an unfortunate story of war that had involved the British navy.

an hypothetical horizon of a possible gain and not only through the proof of an arithmetically and precise calculation of profits and revenues and in fact Lord Morris said that "*He is prepared to hurt somebody because he thinks he may well gain by doing so even allowing for the risk that he may be made to pay*".

Besides the fact that punitive damages are awarded in such cases, in which "may exceed the defendant's gain" in view of the social purpose that justifies the institution, finds its motivation in Lord Diplock's words to escape the risk that, in the opposite case, the balance between the illicit gains and the eventual compensation redress, can reduce the cases of application of punitive damages.

Therefore it was argued that with the qualification of servant of government means the police, who are the figure that mainly performs the offenses which justify the granting of punitive damages; authorities who exercise executive functions; finally local authorities.

So the concept of government servants is characterized by its objection-functional connotation because it depends both on the *status* of the individual who performs the illicit conduct and the nature of the act or action that has produced the damage. In fact the jurisprudence believes that it is not a case of granting of punitive damages that in which the author of the illegal conduct is a individual who jobs in the public service but he performs an offense with an activity that is not the expression of public power; this is explained with the consideration that for punitive damages compensation there must be the assessment of the functional link, namely it is necessary that the harmful act is attributable to the public service that the person covers.

In *Broome* Lord Reid argued that the distinction made by Lord Devlin, in *Rookes* between servant of the government and private individuals, was illogical because he believed that the true reasoning behind its it is the fact that while about public officials there were since 1964 some judgments which authorize the conviction to pay punitive damages, at contrary for private individuals there was no case expressed of overruling and which provided the conviction of a private individual, who performed an oppressive conduct, to pay a sum greater than necessary to compensate

the injury suffered by the victim.

Another crucial question still deserves few words is the admissibility, or not, of the inclusion, into the common law, of the figure of punitive damages compensation; about it in *Broome* judges disagree. The spokesman of that current that denies the legitimacy of punitive damages is - already mentioned - Lord Reid that says so “*the plaintiff, by being given more than on any view could be justified as compensation, was being given a pure and undeserved windfall at the expense of the defendant, and that is so far as the defendant was being required to pay more than could possibly be regarded as compensation he was being subjected to pure punishment [...]. I thought and still think that is highly anomalous. It is confusing the function of the civil law which is to compensate with the function of the criminal law which is to inflict deterrent and punitive penalties*”.

Opposite orientation is defended by Lord Wilberforce - who was inspired by Lord Nicholls in *Kuddus* as we will see below - who defends the legitimacy of punitive damages and who had pinned “*it cannot be lightly taken for granted, even as a matter of theory, that the purpose of the law of tort is compensation, still less that it ought to be, an issue of large social import, or that there is something inappropriate, or illogical or anomalous (a question begging word) in including a punitive element in civil damages, or, conversely, that the criminal law, rather than the civil law, in these cases a better instrument for conveying social disapproval, or for redressing a wrong to the social fabric, or that damages in any case can be broken down into the two separate elements. As a matter of practice English law has not committed itself to any of these theories: it may have been wiser than it knew*”.

Doubtless the category of offenses committed by public officials represents a crucial point in the discipline of punitive damages; furthermore in the light of what has been said until now, it is evident that the discipline of punitive damages concerns a particular mode of expressing the English non-contractual liability that aims to ensure the protection of fundamental rights and of civil liberties of individuals towards abuses by the executive.

Recently the House of Lords rejected the decision taken in *AB* - and so the cause of

action limitation - stating that the granting of punitive damages should not find a relationship with the causes of action but must look at all the circumstances in which the offense occurred. In fact what was stated in *AB* and the preference for a restrictive vision of punitive damages related to the causes of action, was the subject of an overruling.

This new and opposite orientation of the Court is based in the lawsuit *Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary*.¹⁰¹ In the aforementioned lawsuit the defendant Chief Constable was accused of being responsible for "misfeasance in public office", even if indirectly, because such conduct had been made by one of his agents who had forged *Kuddus'* s signature on a declaration about the renunciation of the claim. Chief Constable resisted in trial arguing that here the punitive damages could not be claimed by the plaintiff because the tort of misfeasance in public office was not among the offenses recognized before 1964, namely before *Rookes* case.

The House of Lords was called to face and try to resolve definitively the issue about the need to maintain or not the cause of action limitation to the applicability of punitive damages but indeed the court preferred to discuss in advance the crucial question about the admissibility of punitive damages and "*the role of punitive damages in private obligations law generally*".

The majority of the members of the Supreme Court, among which there were Lord Slynn, Lord Mackay, Lord Hutton, Lord Nicholls, was opposed to the idea of an hypothesis of causes of action limitation as "pole" to confine the assumptions of applicability of punitive damages and therefore recognized the legitimacy of this compensative figure provided that the conduct was part of one of the three categories provided in *Rookes* and regardless that for this tort the punitive damages were admitted before 1964.

Lord Slynn recognized that the legitimacy of punitive damages was "well founded".

The difficult identification of the *ratio* of the decision, following the judgment in *Rookes v. Bernard* that had led to the important restriction of cases of application of

¹⁰¹ *Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary*, (2001) 2 WLR 1789 (HL), 1789.

punitive damages, was subject to intervention by Lord Mackay who stated that “*The genius of the common law is its capacity to develop and it appears strange that the law on this particular topic should be frozen by reference to decisions that had been taken prior to and including Rookes v. Barnard*”; therefore the Lord believed that punitive damages should not be eliminated from the legal system of common law.

Lord Hutton was inspired by the orientation of "his" jurisdiction in Northern Ireland arguing that punitive damages allow to confine the irrational and discretionary abuse of executive power and reaffirm the force of law.

It was noted that these three members of the Chamber of the House of Lords did not express concluded opinions even if they were strongly in favor of punitive damages and their legitimacy.

Finally in the wake of what was stated by Lord Hutton and after an important route of doctrine and jurisprudence that, as we have seen, began in *Rookes* and continued with the case *Broome*, it can be concluded that the punitive means is seen in civil matter as appropriate to claim the force of law; Lord Nicholls of Birkenhead stated that punitive damages are legitimate and continue to play “a role, perceived to be useful and valuable, in other common law jurisdictions. [...] *The future I find most striking is the extent to which the principle of punitive damages continues to have vitality. The availability of punitive damages has played a significant role in buttressing civil liberties, in claims for false imprisonment and wrongful arrest*”.

Because of its brevity, this consideration was much criticized. In fact, both the jurisprudence and the doctrine have shown that in modern society there are often large commercial companies and financial holding which have a greater power than that of some national authorities and therefore it would be illogical to expect a restriction on the granting of punitive damages only for the abuse of power made by governmental authority.

But Lord Devlin had taken account of this possible objection and therefore he had preferred to explain the numerous reasons for which he thought that not having to extend the case of offenses committed by "servant of the government" to the hypothesis of violations and of abuse of public power committed by individuals or

private companies. According to Lord Devlin in fact, only the figure of the abuse of public power justifies the application of punitive damages in civil area, because it is considered as a particularly serious situation and therefore it justifies the condemn to the payment of punitive damages.

Moreover, even if the private citizen who holds a public position abused of its at the expense of citizens, there are the ordinary instruments of compensation.

Finally the assignments concerning public power are attributed to the private citizen for in order that he use them to service the society and to defend the freedom of the associates from unlawful violations of their rights: so if, on the contrary, this attempt was deflected and the public power is used for illegal goals and not covered by the legal system, in the civil field there is only one instrument which is abled to operate effectively: namely the compensation for punitive damages.

The only position not in favor of recognizing the legitimacy of punitive damages is Lord Scott who, in line with Lord Devlin's considerations in *Rookes*, does not support the legitimacy of this compensation figure, highlighting both that its presence is an anomaly in a legal system in which the compensation has a fundamental goal to compensate the injured person for the loss suffered and that to serve this function there is already the category of restitutionary damages.

But despite this semblance of greater openness and flexibility, in contrast to the rigidity of the lawsuit *Rookes v. Barnard*, the House of Lords has substantially maintained its restrictive approach by stating that *“the function of an award of damages in our civil justice system is to compensate the claimant for a wrong done to him [...] But whatever the wrong may consist of the award of damages should be compensatory in its intent. Measured by this fundamental principle of damages, an award of exemplary damages, the intention of which is not to compensate the victim of a wrong but to punish its perpetrator, is an anomaly”*.

Therefore, the House of Lords considered legitimate that courts would grant the compensation of punitive damages, and the relative convictions to payment, in the context of damages caused by the tortious exercise of public functions and considered that it was not necessarily in line with the parameters indicated in

accordance with *AB*.

Following the decision in *Kuddus*, defined by the British government as "a sensible change removing an arbitrary restriction on claims", have increased the hypothesis of grant of compensation for punitive damages.¹⁰²

Another case of overcoming the limit of the causes of action imposed in *AB* are represented, *extra materia* respect to activities related to public functions, is the lawsuit *Design Progression Ltd. V. Thurloe Properties Ltd.*,¹⁰³ in which an owner, who had not respected the legislative obligations arising from *Landlord and Tenant Act* (1988), had been sentenced to the payment of punitive damages; another case is *Muuse v. Secretary of the State for the Home Department* about the *status* of servant of the government.¹⁰⁴

This orientation in favor of recognition of punitive damages has supported the thorny debate about their quantification. In 1990 entered into force the *Court and Legal Service Act* which attributed to the Court of Appeal the power to reduce the compensation if it had been considered excessively disproportionate; before this crucial moment, however, shone through the intention of courts to "do not touch" the verdict of the jury.

But must wait until 1998 in which there was the judgment *Tompson v. Commissioner of Police of the Metropolis*,¹⁰⁵ that concerned the request of punitive damages for false imprisonment, wrongful arrest, malicious prosecution; in this lawsuit the Court of Appeal has set a practical criterion that juries should have followed and according

¹⁰²Even if there are those who admit that the decision of House of Lords has opened new horizons and new and greater applicability to this case but remain the restrictions which had been introduced previously in the case law. Therefore the punitive damages continue to be eligible only if they are the only way to effectively punish the tortfeasor and fulfill fully function of deterrence; if the injured was the direct victim of a tort; if, in the discretion of the courts, the offense has contributed to cause the damage, if there are more offended or the offender has already been punished for the same act, if the offender has acted in good faith.

¹⁰³Cfr. *Progression dispute Design Ltd. V. Thurloe Properties Ltd.*, [2005] 1 WLR 1.

¹⁰⁴ *Muuse v. Secretary of the State for the Home Department*, [2009] EWHC 1886 (QB) then [2010] EWCA Civ 453.

¹⁰⁵ *Tompson v. Commissioner of Police of the Metropolis*, (1998) QB 498 (CA).

to which, except in exceptional cases, the total amount of punitive damages should not have been more than three times that of the basic damages. For the granting of punitive damages this criterion is accompanied obviously by the need that this compensative figure is likely to condemn and to rebuke the outrageous conduct of the tortfeasor.

Excluding the validity of the causes for action test, new limits were outlined: for example in case in which the offended provokes the conduct of the tortfeasor and so punitive damages as the extension of the principle of contributory negligence in causing the damage.

Another limitation is revealed when the damages are paid for a compensative purpose and are suitable to satisfy the function of punishment because they are represented by a sum that is equal to the aim: it is the test "if but only if" - already mentioned - which was created following the expression used by Lord Devlin to explain the ability of juries to make proposals of only pecuniary condemnation.

This could be just "if but only if" the amount that have to pay to compensate was insufficient to punish the guilty.

Another limitation is due to the *ratio* of the institute and to the prohibition of double punishment for the same act, that is when the tortious conduct analyzed notices also in Criminal law, whose the sanction provided has been paid by the culprit and then the conviction to the punitive damages payment is unlawful.

Outside the conduct punished in *Cassell* and in particular looking the types of unjust enrichment of the tortfeasor, seems out of applying the Lord Devlin's definition in *Rookes* when he defined more broadly the kind of profit that should be considered important for the integration of responsibility, because it was extended also to real rights where there was, with actions of trespass or nuisance, the unjust conviction of a tenant by the owner of a ground and this is an hypothesis in which "*the defendant is seeking to gain at the expense of the plaintiff some object – perhaps some property which he covets – which either he could not obtain at all or not obtain except at a*

price greater than he wants to put down".¹⁰⁶

In conclusion, it is glaring the ability of the House of Lords to review in a modern way the punitive damages institute which is enucleated in a system based on the "exemplary principle" and it is used in subsidiary and eventual function for the lawsuits in which the compensatory or restitutionary damages are not able to guarantee the satisfaction of the punishment that the wrongdoer deserves for the commission of a certain conduct. Moreover, the court has been able to put effectively a solution to the problem related to the amount of punitive damages and the excessive discretion of the jury, suggesting that is the judge, rather than the jury, to intervene about the *an* and *quantum* of the pecuniary - punitive conviction.

Just the attitude of openness towards punitive damages in recent years has involved the discussions in English courts also for what that regards the admissibility of the punitive damages institute in cases of breach of contract in which the doctrine agrees peacefully about the presence of the compensation principle of the damage¹⁰⁷ and still resonate Lord Atkinson's words in *Addis v. Gramophone Co. Ltd.*¹⁰⁸ "*In many other cases of breach of contract there may be circumstances of malice, fraud, defamation, or violence, which would sustain an action of tort as an alternative remedy to an action for breach of contract. If one should select the former mode of redress, he may, no doubt, recover exemplary damages, or what is sometimes styled vindictive damages; but if he should choose to seek redress in the form of action: Thorpe v. Thorpe.*"¹⁰⁹

One of these consequences is, I think, this: that he is to be paid adequate

¹⁰⁶ On this point see also the case *Drane v. Evangelou* [1978] in which the compensation for exemplary damages included compensatory and punitive damages; in this case Lord Denning has advanced a construction showing that the owner had tried to get into the possession at the expense of the tenant "[...] so as to keep or get a rent higher than that awarded by the rent tribunal, or to get possession from a tenant who is protected by the Rent Acts".

¹⁰⁷ Cfr. WILCOX, *Punitive Damages in England*, p. 97 and in KOZIOL WILCOX (eds), op. cit., p. 7 ss.

¹⁰⁸ Cfr. *Addis v. Gramophone Co. Ltd.*, [1909] AC 488.

¹⁰⁹ *Thorpe v. Thorpe* [1832] 3 b 6 Ad. 580.

compensation in money for the loss of that which he would have received had his contract been kept, and no more. I can conceive nothing more objectionable and embarrassing in litigation than truing in effect an action of libel or slander as a matter of aggravation in an action for illegal dismissal, the defendant being permitted, ad he must in justice be permitted, to traverse the defamatory sense, rely on privilege, or raise every point which he could raise in an independent action brought for the alleged libel or slander itself. In my opinion, exemplary damages ought not to be, and are not according to any true principle of law, recoverable in such an action as the present, and the sums awarded to the plaintiff”.

In fact between the recommendations of the Law Commission about *Aggravated, Exemplary Damages Restitutionary* and 1997 there was the hope of the extension of the applicability of punitive damages to the all matter of civil liability, except the breach of contract. But this consideration does not apply if the hypothesis of breach of contract becomes an element of a larger case of tortious behavior that presents both the subjective element – namely the difference qualification of the subjective element of the defaulting person compared to the cases of breach of contract - and the objective element – that is the passage and/or cumulative effect of purely economic losses that are peculiar to the breach of contract with the type of sanctions suffered by claimant. So for this the case of breach of contract configures as an important category for the purpose of deterrence of punitive damages.

Relating to breach of contract there is a fundamental judgment of the House of Lords that is *Attorney General v. Blake*.¹¹⁰ This lawsuit concerns the defendant George Blake, who worked as a member of the SIS, namely Secret Intelligence Service, between 1944 and 1961 – and so for seventeen years - and, according to Official Secret Act Declaration, he undertook the obligation to not disclose any information or news that he had during the course of his job.

But the fulfillment of this obligation didn't last long because in 1951 the Mr. Blake became an agent of the Soviet Union and, covering the role of the "traitor", moved important documents and news for over ten years. On 3 May 1961, he was found and

¹¹⁰ *Attorney General v. Blake*, (2000) 4 All ER 385.

declared guilty of five counts of indictments that culminate in the crime of "unlawfully communicating information", because he had violated the sec. 1 of the Official Secrets Act (1991), and therefore he was sentenced to serve 42 years in prison. Not only. In fact in 1966 Mr. Blake tried to escape successfully and took refuge in Moscow. The elements of the history which are useful for the purposes of our analysis begins now: in fact, in 1989, Blake wanted to try writing his autobiography, in which necessarily had to report and describe the days when he was a secret agent and he sold the exclusive rights to publish its in UK to the publisher, Jonathan Cape Ltd: this contract provided three payments of \$ 50,000 which must be paid respectively in the phase of the signature, of the delivery of the manuscript, and of its publication.

In September in 1990 was published the book "No other choice" and this fact triggered the furious reaction of the British government because it was left in the dark until that moment. Then the next year – precisely in 24 May 1991 - Attorney General established a lawsuit complaining that the publication of the book incorporated a case of breach of the fiduciary duty that Blake had taken towards the Crown.

At first instance the Vice Chancellor, Sir Richard Schott, pointed out that each member of the SIS must to respect the obligation to life, as a kind of essential obligation not to disclose secret and confidential information, emphasizing that "*the law did not imposed a duty which went beyond this*".

The decision determined in first instance was upheld by the Court of Appeal - among which were present Lord Millet, Woolf MR, Mummery LJJ - but initially it conceded that the initial request was correct and translated into a public law claim: the legal action of Attorney General would not have to claim "a private right on behalf of Crown" but pursue a "relief in his capacity as guardian of the public interest". In fact only this purpose allowed the application of the instrument of punitive damages, because it is an institution of private law for the criminal repression.

Then the appellate court decided to take a measure which exclude any possibility of gain tied to the economic exploitation of the book because it contained some

confidential information that Blake had collected during his service at the SIS.¹¹¹

Obviously Mr. Blake appealed this decision at the House of Lords - between favorable voices to the application of punitive damages there are Lord Nicholls of Birkenhead, Lord Steyn, Lord Goff of Chieveley, Lord Browne-Wilkinson; the only negative opinion is that of Lord Hobhouse of Woodborough - which upheld the judgment of the Court of Appeals.

In particular worth mentioning Lord Nicholls's opinions which stated that when the court exceptionally found a case in which the right reaction to the fulfillment of breach of contract is the application of an instrument aimed to the punishment, the court should ask to the offender to pour to the offended the profits and advantages obtained after a failure.

Indeed the Lord argued that the legitimate aim of the Crown to remove to the culprit the profits following the unlawful disclosure of secret information is justified with two facts.

At first with the legal nature of the commitment that Blake was hired with the promise of its respect and that, in fact, being "closely akin to a fiduciary obligation", constitutes a suitable hypothesis of application of the remedy adopted in case of breach of fiduciary obligations, that is the instrument of the *cd. retroversion of profits*; at second it is justified by the need to prevent and avoid that the lawsuit could take the characteristics of a "dangerous precedent" that could stimulated the members of the Intelligence to not respect their commitments and to barter the secret information to yield rather to the temptations of money; then the risk would be materialized in a dangerous domino effect or chain reaction which could even lead to irreparable consequences the activities of the SIS.

In conclusion, the English Supreme Court has sustained that punitive damages may be granted in the event of breach of contract that is with the aim to prevent and to punish a breach of obligations assumed by contract, if other compensatory means are

¹¹¹ Cfr. J.O. SULLIVAN, *Reflections on the role of restitutionary damages to Protect Contractual expectations, in Unjustified enrichment: key issues in comparative prospective*, 2002, pp. 327- 330 ss.

inadequate. In fact in the lawsuit, just outlined, was not possible to apply neither the *expectation damages*, because the secret information in question had no a market value and therefore don't cause an economic loss for the British government; nor *restitutionary damages*, because it was not possible to identify a precise advantage that Blake would obtain from the government authorities and that could be the subject of an action of law of restitution; nor the *specific performance*, the application of which is hindered from breach of contract; nor *reliance damages* because the government authorities had failed to bring proofs about the existence of any costs of commitment.

Opposite view is represented by Edelman¹¹² which states that the position in favor of the legitimacy and admissibility of punitive damages in the common law is supported by the “*direct support by courts for the legitimacy of exemplary damages in recognition of the broad range of aims of tort law; aims which reach beyond compensation. Secondly, a powerful normative need can be shown for exemplary damages in order to avoid a breakdown of the rule of law*”.

In doctrine there is who does not agree with this conclusion because argues that punitive damages can never be granted for breach of contract, independently of the conduct with which the breach was committed.

Another case of application of punitive damages in the context of English breach of contract is the hypothesis in which the promisor is in default deviously and this case is realized, for example, when he uses a different and with lower quality material than that agreed with the other party of the contract. This behavior allows to the promisor make a profit equal to the sum that keeps following the "cost savings" and not cause a financial loss for the other contractor, who however seems to be offended.

Therefore the risk of incurring in substantial penalties would be a valid reason to convince the people of the contract to perform the obligation also in cases in which this is not required explicitly by any duty to perform.

¹¹² J.EDELMAN, op. cit., p. 13 ss..

In other words this means to provoke a strong deterrent to the violations of freedom of contract due to fear of the parties to incur in punitive damages award. It is shown that for breach of contract or for tort, the uncertainty may be reduced to some extent by the requirement of intention or of knowledge of the non-countervailable damage and that to eliminate the punitive damages institute in the context of breach of contract could involve in a lack of the guarantees offered by the people of the contract.

The c.d. *chilling effect*, that could result, would lead to the paradoxical result of discourage however the business transactions: the contracting people, not considering to have adequate safeguards with the forms provided for compensation, would have incentives to act carefully and sometimes to renounce to conclude the contract rather to submit to the will of the other person to fulfill the obligation agreed.

In conclusion, putting aside the isolated unfavorable positions, we can say that the English courts - as American courts – are moved by the need to preserve and protect the contents of confidential information and therefore they agreed on the need to apply the only means which is able to compensate the victim for the injury resulting from the breach or default of the contract. Only the presence of such instrument means that the contractors are encouraged to respect the contract, both the enforcement and the fulfillment, and through the payment of the obligation not performed, prevents the breaching party is enriched unjustly.

3.3 Conclusions

In the English legal system the possibility of maintaining or reducing the cases in which there is the grant of punitive damages compensation has been submitted to the scrutiny of, already mentioned, Law Commission that has published a special report in 1997: this report recognizes that there are two different currents of thought about this issue: one restrictive (expressed in the judgment *Rookes v. Barnard*) and the

other which is more elastic and in favor of a generalized grant of punitive damages. The Law Commission shows its preference for the second thesis and moves to identify what might be the necessary steps for a future reform of the institution in question. There are three possible positions: the complete elimination of punitive damages (in line with the first thesis); an *overruling* as advocated in *Rookes v. Barnard* (in line with the second current); between these extremes there is an intermediate view that wants a gradual reform that can exceed, in a rational and balanced way, the limitations present for the grant of this compensative category.

The first position, as already seen, was preferred by Lord Devlin despite then he inclined towards a more bland solution, a sort of compromise; also Lord Scott in *Kuddus* was in favor of a total repeal of the punitive damages because they are considered in contrast with the CEDU potentially underlies to this compensative category and cited by the Human Rights Act.

Indeed there are obvious and valid reasons which justify a so radical result but they are not sufficient to support the elimination of punitive damages by English law; instead would be more constructive to introduce some changes in the trial for their redress and greater safeguards to protect the defendant. Besides someone thinks that if punitive damages were eliminated from the range of remedial categories available for the offended, there would be heavy negative some relapse in terms of deterrence of tort law, in particular risking of undermining the effectiveness of the rule of law.

Not even the second position can find peaceful acceptance: although in the lawsuit *Rookes v. Barnard* there is the full agreement about the non-reasonableness of the limits here established for punitive damages award, and as the Court of Appeal affirmed in *Broome v. Cassell & Co.* and also in *Kuddus*, an operation of overruling of the punitive damages institute is not desirable because it would lead to a litigation explosion.

The third stance seems to be preferred and to follow in the future: it consists in a gradual and progressive elimination of rigid restrictions to the grant of punitive damages in order to define, in a clear and transparent way, their area of applicability. To achieve such result should be on the one side the introduction of adequate

measures to contain the uncontrollable phenomenon of frivolous lawsuits, on the other a weighted assessment of the cases to which the range of this rimedial category can be extended.

There be also who has proposed to use, as a parameter for their grant, the nature of the right violated: this would increase the protection of fundamental rights and would also be the coherent and consistent solution with the historical origin and the original "dress" of punitive damages in the English legal system as a mechanism of protection of the person against conducts that are intentionally injurious of his fundamental rights, especially in areas recently born and in which there are forms of protection of the citizen from incorrect behaviors by the state.

In particular, it has highlighted the irrationality of limiting the applicability of punitive damages represented by the reprehensible conduct made to obtain profit and characterized by malice. Therefore it is suggested to define the peculiarity of this rimedial category to prevent the unjust enrichment of the offender, and not to punish him, otherwise there would be an overlap between punitive damages and restitutionary damages.

The first are "a blunt instrument to prevent just an enrichment" and their quantification is approximate and may be higher or less than the actual extent of the damage suffered by the offended because they are not only designed to remove the profit made by the offender with the offense.

Moreover punitive damages operate whenever the offender has decided to perform a certain illegal conduct to punish him for the benefits potentially arising from this and are usually greater than the risks; then they may be granted in the absence of profit by the offender. Instead restitutionary damages operate only where it is a practical and effective gain of the offender and therefore an unjust enrichment.

Where, however, there is an unjustified enrichment of the offender, the punitive damages are not intended only to nullify the benefits earned by its unlawful conduct - this is the peculiar role of disgorgement damages - but also condemn him precisely to the payment of a sum to punish the guilty; then, summing up, we can say that only the punitive damages have a real deterrent function aimed to teach to the wrongdoer

that "tort does not pay."

As seen in the decision in *Kuddus* it is hoped an overcoming to the rigid restrictions imposed in *Rookes v. Barnard* which now are considered old and need of a reform. This step forward could be done, according to the authoritative opinion of the Law Commission, through the replacement of the current criteria with a single factor identified in the "deliberate and outrageous disregard of the plaintiff's rights."

So the criticism against the punitive damages institute in English law are not those traditionally raised against that remedial category, namely that punitive damages are a violation of the Due Process Clause or that their amount is excessive and irrational, but also concern the uncertainty which permeates around their area of application.

Indeed there is a contradiction in the stance of the English courts because they are sometimes inclined to grant them without major problems, and other times they see punitive damages as a quite exceptional remedy; on the one side in fact the courts argue that the only function of punitive damages is to compensate the victim of the tort and other times they attribute to them more purposes to justify their large concession.

Therefore is obvious the inconsistency of the current configuration in which the criteria for granting them are lacking of a solid and rational justification.

In other words, looking at all lawsuits and the various doctrinal and jurisprudential orientations outlined, the presence of a critical profile which focuses its attention on the incompatibility between a punitive *ratio* derived from the Criminal Law and the guarantees provided in favor of the defendant and that are typical of judgment on torts; this combination reveals the differences between the two procedural systems- civil and criminal - and the potential risk of interferences in each other and raises a question about the real root of punitive damages institute. In fact, if the purpose of punishment and deterrence of the law system is applied exceptionally in modern societies, then the conclusion should be that the only procedural system that can contemplate the provision of punitive damages and, therefore exclusively, is the criminal trial.

And from this conclusion, that supports the rationality of a punitive monopoly in the

hands of the criminal process, resulted the problem that involves the recipient of the compensation who is not embodied in the State but in the private citizen because "[...] *punishments require a state-individual relationship rather being for one individual to demand against another*"¹¹³.

Moreover the ambiguity of the nature of punitive damages involves that are noted what are the cases where punitive damages could be disciplined more reasonable with by legal figures that were the subject of division between torts and crimes.

Professor Burrows added that the cases that are included in the first category outlined in *Rookes*, if they are considered according to the ordinary compensation mode for torts, could create also some convictions for the offended who are no aimed at the simple compensation, for example through the use of quasi-afflictive figures which are in a mid-position between compensation and punishment and which falls in the compensative damages aimed to restitution.

Instead Lord Wilberforce's opinion in *Cassell v. Broome* represents the premise to extend the application of punitive damages in the English common law, if it is argued that it is irrational to exclude the possibility of introducing punitive damages in the context of civil law because there are not major objections to such attempt.

Therefore someone might think about a civil punishment with peculiar requirements of applicability, such as the relative request of the victim following a state intervention or a particular *status* of the individual but that has not caused more severe consequences than criminal punishment.

Similarly according to Lord Devlin in *Rookes* and Lord Nicholls in *Kuddus* there are some cases that still today justify, in relation to the current legal system, punitive damages institute, namely the cases where occurred to "vindicate the strength of the law".

In conclusion, there are cultural and technical considerations which support the actuality of punitive damages in the modern English common law.

However it is hoped that the British government and the courts intervene to minimize

¹¹³ See BURROWS, op. cit., 2009, pp. 424 ss.

the uncertainties about this category of damages: it is a path already started with the elimination of the causes of action between the criteria for granting punitive damages award and which continues with the intent to abolish the presence of additional damages in the matter of Copyright, and the next step could be the definition of their area of application.

In conclusion therefore seems obvious the contrasting situation of punitive damages in English law, plumped by conflicting doctrinal currents which are combined with a low interest both of the jurisprudence and the doctrine, with the result that it is not possible to predict what will be the future discipline of this remedial category that in the English legal landscape oscillates between its exclusion and its affirmation but surely the current definition of them will not be subject to significant changes in the near future.

CAPITOLO QUATTRO:

IL NO DELLA CORTE DI CASSAZIONE AI DANNI PUNITIVI IN ITALIA:

4.1 Brevi cenni introduttivi - 4.2 Corte di Cassazione civile, sezione III, sentenza n. 1183/2007 - 4.3 Corte di Cassazione civile, sezione I, n. 1781/2012 - 4.4 Conclusione

4.1 Brevi cenni introduttivi

Autorevole parte della dottrina italiana ha recentemente formulato l'espressione "grande freddo" per identificare la acclamata incompatibilità sistematica della figura dei danni punitivi con il principio dell'ordine pubblico secondo il consolidato orientamento interpretativo della Corte di Cassazione italiana.

Quest'ultima ha infatti negato la delibazione¹¹⁴ di sentenze di condanna al pagamento di *punitive damages* pronunciate negli Stati Uniti e delle quali si chiedeva l'applicazione in sede di richiesta di risarcimento del danno in Italia. Infatti,

¹¹⁴ La delibazione, o *exequatur*, consiste in una procedura giudiziaria con cui in un determinato Stato, su istanza di parte, si ottiene il riconoscimento di un provvedimento (giudiziario) emesso da un'autorità giudiziaria di un'altro Stato. In Italia questa procedura viene svolta di fronte alla pendenza della Corte di appello territorialmente competente, la quale ha il compito in *primis* di verificare che il processo straniero sia stato svolto conformemente e nel rispetto delle regole del contraddittorio; in secondo luogo deve verificare che la sentenza, di cui si richiede il riconoscimento, sia passata in giudicato e che non sia contraria ad un'altra sentenza pronunciata in Italia; infine deve sottoporre al proprio vaglio il contenuto della sentenza straniera ed accertarsi che il suo contenuto non sia contrario ai principi fondamentali cristallizzati nell'ordinamento italiano.

A ragion del vero, occorre anche sottolineare che con la l.218/1995 (Riforma del sistema italiano di diritto internazionale) sono state abrogate le norme di procedura civile che riguardavano proprio la delibazione delle sentenze straniere; infatti la normativa vigente non parla più di "delibazione" ma di "accertamento" dei requisiti della sentenza da parte della Corte di Appello territorialmente competente.

nonostante l'innegabile presenza, nel panorama giuridico italiano, di figure identificate come pene private e il loro confronto in termini comparativi con l'istituto di *common law* dei danni punitivi, la Suprema Corte di Cassazione ha sempre mantenuto un atteggiamento di chiusura verso questi ultimi.

Sul punto sono esemplari le sentenze n. 1183 del 2007 e n. 1781 del 2012 pronunciate dalla Corte di Cassazione, con le quali essa elimina qualunque dubbio o incertezza residua circa la possibile esistenza della funzione punitiva del risarcimento nel diritto privato italiano, ponendo l'accento sulla figura della clausola penale in materia di liquidazione preventiva del danno e della c.d. pena privata.

4.2 Corte di Cassazione civile, sez. III, sentenza n. 1183/2007

La sentenza in esame ha ad oggetto il ricorso presentato dalla Sign.ra Judy Parrot contro la sentenza della Corte d'appello di Venezia per chiedere la delibazione della sentenza emessa dalla Corte distrettuale della Contea di Jefferson (Alabama, Stati Uniti); in tale sentenza l'azienda italiana Fimez s.p.a. era stata condannata a risarcirle a titolo di danni punitivi una somma pari a ben 1.000.000 di dollari - oltre agli interessi ed accessori - per la morte del figlio Kurt. Infatti come la sentenza della corte americana aveva opportunamente accertato, quest'ultimo era alla guida di una motocicletta, viaggiando a velocità moderata e con il casco ben allacciato, ma un macchina, il cui conducente stava violando ogni norma di procedura del codice della strada, gli tagliò la strada e l'urto con l'autovettura fece sbalzare il giovane dal sellino della propria motocicletta. Il giovane, poiché nell'incidente aveva perduto il casco protettivo a causa di un difetto di progettazione e fabbricazione della fibbia di chiusura prodotta proprio da Fimez s.p.a., cadendo a terra aveva riportato gravissime lesioni alla testa che lo portarono immediatamente alla morte. Pertanto la Sign.ra

Parrot conveniva la Fimez s.p.a. davanti alla Corte d'appello di Venezia per fare dichiarare l'efficacia nell'ordinamento italiano della sentenza statunitense.

La convenuta Fimez s.p.a.¹¹⁵ si difendeva eccependo in particolare il difetto di prova del passaggio in giudicato e della esecutività della sentenza *delibanda* nonché la contrarietà di tale sentenza all'ordine pubblico italiano sia per la mancanza di motivazione della sentenza in ordine alla prova del danno sia per la natura punitiva della condanna in quanto non contemplata nel nostro ordinamento giuridico.

Con queste motivazioni il convenuto chiedeva alla Corte d'appello di Venezia di rigettare la richiesta dell'attrice.

La Corte d'appello di Venezia con sentenza n. 1359/2001 respinse la richiesta dell'attrice motivando principalmente la sua decisione con la considerazione che la sentenza statunitense in questione si configurava come una condanna al risarcimento dei danni punitivi e pertanto in contrasto con l'ordine pubblico italiano.

¹¹⁵ Instauratosi il contraddittorio la Fimez s.p.s.s convenuta eccepiva preliminarmente il difetto di *legitimitas ad processum* e *ad causam* dell'attrice e, nel merito, denunciava la mancanza dei requisiti legittimanti la richiesta di delibazione della sentenza statunitense. Infatti il convenuto contestava che il procuratore dell'attrice - avv. Belvederi - era legittimato da un mandato alle liti redatto in lingua italiana ma privo dell'autentica di un pubblico ufficiale; inoltre l'attrice mentre in Alabama aveva agito in quanto amministratrice del patrimonio del figlio e quindi *iure proprio*, invece con l'atto introduttivo del presente giudizio di fronte alla pendenza della Corte d'appello di Venezia, invocava *iure hereditatis* il diritto al risarcimento dei danni per la morte del figlio. Pertanto l'impresa italiana ne dedusse che mancando l'autenticità dei provvedimenti giudiziari e la loro traduzione ufficiale, questi ultimi non fossero utilizzabili. La corte d'appello di Venezia affermò che tale eccezione era infondata in quanto non era necessario che la legalizzazione per la procura alle liti - come la procura in questione - fosse autenticata da un pubblico ufficiale e corredata dalla postilla ai sensi dell'art. 1 della convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961 sull'abolizione della legalizzazione.

Inoltre la Fimez s.p.a. eccepiva che, nel caso pendente, si era di fronte ad un difetto di giurisdizione del giudice statunitense sia perché, omettendo ogni motivazione, aveva precluso la possibilità di individuare la sua giurisdizione sia perché non poteva essere convenuto davanti ad un giudice italiano un soggetto straniero, in quanto produttore del casco protettivo, per un incidente mortale avvenuto nel nostro Paese. Anche tale eccezione venne considerata infondata dalla Corte veneziana in quanto il giudice, dopo aver accertato la sussistenza dei requisiti relativi al diritto di difesa di cui all'art. 797 n.2 e n.3 cod. proc. civ., non deve accertare la pedissequa conformità delle regole procedurali del processo straniero a quello nazionale.

Più precisamente le motivazioni per le quali la Corte d'appello di Venezia rigettò l'istanza della ricorrente principale erano il difetto di motivazione della pronuncia *delibanda* e in secondo luogo per la mancata correlazione, nella figura giuridica anglosassone dei danni punitivi, tra il *quantum* risarcitorio e il danno effettivamente subito dall'offeso.

Infatti dal tenore e dalle succinte motivazioni della sentenza pronunciata dal giudice statunitense non si era in grado di individuare quali fossero le norme o i principi con cui era stata quantificata la somma dovuta nè poteva dedursi la natura della somma stessa.

Tuttavia i giudici della Corte d'appello del capoluogo veneto ritennero che l'entità del risarcimento del danno *“lascia presupporre che la condanna della convenuta rappresenti una vera e propria sanzione, comminata per finalità meramente afflittive e deterrenti, estranea ai principi della nostra giurisdizione”*; pertanto la Corte considerò in *via presuntiva* che si trattasse di una sanzione attribuita per una finalità sanzionatoria e deterrente sulla base del fatto che l'ammontare della somma liquidata era considerevole e tenuto conto della particolare attività professionale svolta dal danneggiante, ovvero quella di produttore.

La difesa della Sign.ra Parrot negò che questa condanna fosse un' ipotesi di risarcimento dei danni punitivi ma se così fosse stato - e la Corte era di questo parere - ci si sarebbe trovati di fronte ad una figura risarcitoria sconosciuta all'ordinamento giuridico italiano.

La Corte ha infatti concluso affermando la contrarietà dei danni punitivi all'ordine pubblico in quanto i principi che regolano il nostro sistema civilistico in materia di responsabilità da illecito extracontrattuale – e contrattuale – configurano il risarcimento dovuto dal danneggiante come mera riparazione del pregiudizio arrecato all'offeso. Infatti il nostro sistema di responsabilità civile si caratterizza per la finalità risarcitoria, e non punitiva o sanzionatoria, sulla base dello schema aquiliano della pura reintegrazione del danno.

È anche vero che eventuali impedimenti all'introduzione dei danni punitivi nel nostro ordinamento giuridico possono ad oggi essere ricercati esclusivamente utilizzando come giustificazione – o pretesto - la contrarietà di questi al concetto di ordine pubblico.

Allo stato attuale infatti non c'è alcuna fonte normativa italiana che impedisce specificamente l'applicabilità nell'ordinamento italiano delle sentenze che condannano al risarcimento dei danni punitivi. E nemmeno esistono in materia di mutuo riconoscimento delle sentenze, sul piano delle fonti di diritto internazionale, apposite convenzioni tra Italia e Usa, né Trattati di amicizia, navigazione e commercio, i cd. trattati FCN; questo perché alcuni tribunali americani tendono ad interpretare, in particolare, i trattati FCN come uno strumento in grado di assicurare una copertura normativa anche al reciproco riconoscimento delle sentenze che provengono da un altro Stato contraente.¹¹⁶

Nel prospettare le notevoli differenze fra il sistema risarcitorio anglosassone e quello italiano, la Corte veneziana ha illustrato due distinguo. Il primo concerne il fatto che se è vero che anche nel nostro ordinamento ci sono le cc.dd. pene private, cioè ipotesi di quantificazione del danno avulse dalla precisa determinazione del danno effettivamente patito, nel sistema italiano questi strumenti quantificatori trovano fondamento nella volontà dei privati, mentre al contrario i danni punitivi non possono essere oggetto di un contratto determinato *a priori* dalle parti.

Quindi le pene private – tra cui si inserisce proprio la clausola penale *ex art.* 1382 c.c. - previste nel sistema italiano non sarebbero assimilabili ai danni punitivi ma in esse la quantificazione del danno precederebbe la concreta realizzazione dello stesso. Questa considerazione dei giudici veneziani deve però confrontarsi con alcune argomentazioni.

¹¹⁶ Secondo una corrente seguita da alcuni giudici americani ma molto contestata, la clausola del trattamento nazionale eleverebbe il *foreign judgment* proveniente dal Paese "amico" allo status di *sister state judgment* e quindi gli assicurerebbe maggiori garanzie di riconoscibilità, ovviamente con carattere di reciprocità.

Infatti anche se si potesse condividere la tesi dell'inesistenza nel nostro ordinamento di un istituto assimilabile ai danni punitivi, la proposta di un raffronto fra la clausola penale e il danno punitivo non sarebbe sufficientemente salda, come ha delineato autorevole dottrina.¹¹⁷

Infatti i punti di contatto tra la clausola penale e i danni punitivi sono circoscritti alle modalità di quantificazione dell'importo dovuto che sono solitamente affrancate dall'entità della perdita effettivamente subita; infatti l'effetto processuale precipuo della clausola penale si configura nella sottrazione all'*onus probandi* del *quantum* del pregiudizio, al punto che molteplici autori in dottrina ne hanno denunciato la natura vessatoria¹¹⁸ ex art. 1341 comma 2 c.c.

Ma anche questo possibile punto di incontro tra i due istituti sembra venire meno, in quanto nel nostro ordinamento la clausola penale è oggi riducibile, senza onere di eccezione delle parti, come affermato dalla Suprema Corte stessa nella sentenza n

¹¹⁷ Cfr. V. SARAVALLE, *I punitive damages nelle sentenze delle Corti europee e dei tribunali arbitrali*, in *Riv. Dir. Int. Priv. e Process.*, 1993, pp. 867 e ss, il quale però ravvisa un punto di accostamento tra clausola penale e danni punitivi ovvero la componente punitiva e deterrente comune ad entrambi.

¹¹⁸ Cfr. F. CARRESI, *Il contratto*, in *Trattato Cicu Messineo*, I, Milano, 1987, p. 253; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario UTET*, Torino, 1980, p. 343; Magazzù, voce "Clausola penale", *ED*, VII, 2002, p.192; T. AULETTA, *Le clausole vessatorie nella giurisprudenza*, in *Le condizioni generali di contratto*, a cura di Bianca, I, Milano, 1979, p. 25. Sulla deroga all'onere della prova nella clausola penale si veda Bianca, *Trattato di diritto civile, in La responsabilità*, Milano, 1994, p. 222.

10511/1999;¹¹⁹ pertanto non essendo più la sua vincolatività illimitatamente rimessa alla volontà negoziale delle parti, la clausola penale ha visto in parte temperato il suo carattere di pena privata.¹²⁰

In conclusione la Corte d'Appello di Venezia non rinviene nel nostro ordinamento giuridico una figura normativa assimilabile ai danni punitivi di *common law*.

La seconda distinzione delineata dalla Corte d'appello veneziana trova come premessa il fatto che negli Stati Uniti la condanna al risarcimento dei danni punitivi “*non beneficia la collettività o, se si vuole, un'associazione di categoria portatrice di interessi diffusi, ma il solo danneggiato che promuove l'azione e che, in tal modo, gode surrettiziamente di una ingiustificata (alla stregua dei principi generali del nostro ordinamento civilistico) locupletazione*”. Pertanto la Corte ritiene che i danni punitivi si connotano come una fattispecie di esercizio privato della potestà pubblica e pertanto, anche sotto questo profilo, si esplica la loro contrarietà all'ordine pubblico interno.

¹¹⁹ La sentenza succitata ha stabilito che “*Il potere di riduzione ad equità della penale previsto dall'art.1384 c.c. deve essere esercitata anche d'ufficio, indipendentemente da un atto di iniziativa del debitore, configurandosi come potere-dovere attribuito al giudice per la realizzazione di un interesse oggettivo dell'ordinamento*”. Questa sentenza è stata commentata da una nutrita schiera di voci dottrinali, tra cui si veda A.PALMIERI, *La riducibilità ex officio della penale e il mistero delle liquidated damages clauses*, Firenze, 2000,I, pp. 1930 ss.; C. ABATANGELO, *Clausola penale*, Studium 2000, pp. 843 ss.; M. FANCELLI, *Sulla riducibilità d'ufficio della penale manifestamente eccessiva*, in *Corr. giur.*, 2000, p. 69; G.PONZANELLI, voce “*pene private*”, in *Enc. giur. Treccani*, XXII, Ed.Enc. it., 1990; U. STEFINI, *Alcuni problemi applicativi in tema di clausola penale*, NGCC 2000,I, pp. 511 ss.

Sulla riducibilità della clausola penale senza onere di eccezione delle parti, v. G. GIOIA, *Riducibilità ex officio della penale eccessiva*, GI 2000, pp. 1155 ss. secondo la quale questa interpretazione della S.C. è il risultato della presa di coscienza della perdita di valenza soggettiva della sanzione che ormai ha assunto un palese connotato di oggettività e dunque deve essere controllata nella sua funzione punitiva per evitare che si trasformi in un ingiusto aggravio per il debitore.

¹²⁰ Questa perplessità sull'accostamento delle figure giuridiche dei danni punitivi e della clausola penale è condivisa anche dalla giurisprudenza del BGH; infatti anche la Suprema Corte tedesca ha rigettato l'istanza di *exequatur* di una condanna statunitense al pagamento dei *punitive damages* a motivo della contrarietà all'ordine pubblico e, parimenti alla Corte di Cassazione italiana, ha ritenuto che questo paragone fosse privo di significato.

Circa questo secondo distinguo la Corte veneziana ha dedotto la natura penale della sentenza di danni punitivi proprio dal fatto che l'attrice ha promosso l'azione quasi come se fosse una sorta di "p.m. privato"¹²¹ che agisce secondo interessi egoistici; la condanna probabilmente sarebbe stata diversa se fosse stata la collettività a beneficiare della sentenza di condanna.

Ma veramente la decisione della Corte veneziana sarebbe stata diversa se ci si fosse trovati di fronte ad una decisione di condanna pronunciata in uno Stato che prescrive la devoluzione di una parte della somma, ottenuta a titolo di risarcimento, per scopi assistenzialistici? E ancora: se della condanna avessero beneficiato degli organismi sociali sarebbe stato possibile giungere alla conclusione di riconoscere la sentenza? Tali domande non sono di poco conto, essendo infatti sufficiente la riflessione sul fatto che negli USA - come analizzato nel secondo capitolo - sono sempre più frequenti - e in alcune realtà addirittura obbligatori per legge - le ipotesi di devoluzione di parte dei risarcimenti di danni punitivi a fondi di tutela diffusa (quali scuole, Università, orfanotrofi etc).

Ma se la risposta a tali domande fosse positiva, il rischio - o vantaggio - di dover riconoscere l'operatività dei danni punitivi nel nostro ordinamento determinerebbe un aumento delle sentenze di condanna volte al loro risarcimento.

Il punto cruciale di tale argomentazione si snoda nella considerazione che le sentenze che concernono il pagamento di danni punitivi contengono una sanzione che va a beneficio solo dell'attore; esse inoltre hanno natura penale e non sono riconoscibili a causa del contrasto con l'ordine pubblico.

Tale problematica sorge dal fatto che la stessa origine dei *punitive damages* nell'ordinamento di *common law* è dibattuta e oscilla tra la natura civile e quella penale ma anche l'acuta dottrina svizzera e tedesca sono giunte alla riconosciuta

¹²¹ G. BROGINI, *Compatibilità di sentenza statunitense di condanna al risarcimento di "punitive damages" con il diritto europeo della responsabilità civile*, in *Europa e dir. priv.*, 1999, pp. 479 ss. evidenzia che in tali casi, l'attore agisce come "Private Attorney General", esercitando una funzione di Pubblico Ministero privato, nell'interesse della collettività.

matrice civile, e non penale, delle pronunce che contengono danni punitivi - sebbene in essi parte della dottrina ha ravvisato connotazioni penalistiche appunto perché servono a punire efficacemente l'autore dell'illecito in modo che non compia più nel futuro una condotta illecita di quel tipo e perché rappresentano inoltre una fattispecie di esercizio privato della potestà pubblica che rende palese la loro contrarietà all'ordine pubblico interno.

Siccome nel nostro ordinamento sia nelle ipotesi che concernono le sanzioni civili indirette¹²² sia in materia di danni non patrimoniali *ex art.* 2059 c.c. e quindi di illecito aquiliano sussistono rimedi strettamente civilistici che presentano anche connotati di afflizione e deterrenza, si può affermare che nel nostro ordinamento quando questi istituti, come quello dei danni punitivi, perseguono finalità solo pubblicistiche in campo privatistico, risulta lampante la loro contrarietà all'ordine pubblico.

Un'altra considerazione che ha portato la Corte di Appello veneziana a negare l'operatività, nel nostro ordinamento giuridico, della sentenza statunitense in questione è il difetto di motivazione di quest'ultima.

Su tale considerazione occorre premettere che il provvedimento in questione è frutto di due diverse, anche da un punto di vista temporale, pronunce e solo la seconda è corredata di motivazione e tra l'altro solo in riferimento all'*an* della responsabilità e non anche al *quantum* del risarcimento.

Ma sia la giurisprudenza di legittimità¹²³ sia di merito¹²⁴ hanno chiarito che tale difetto di motivazione non contrasta *ex se* con l'ordine pubblico interno. Infatti si è

¹²² Ne sono esempio quelle previste dall'art. 31 della legge sull'equo canone il cui utilizzo ha natura eccezionale e dimostrano che la funzione deterrente della sanzione civile, in limiti predeterminati, non si connota anche con il riconoscimento di un contestuale ed ingiustificato beneficio per il danneggiato.

¹²³ V. Cass. n. 5678 del 30 ottobre 1979, n. 4618 del 22 maggio 1990, n. 3029 del 13 marzo 1993, n. 5451 del 18 maggio 1995.

¹²⁴ Tra le altre si veda App. Milano, 7 febbraio 1992.

sostenuto che l'obbligo di motivazione della sentenza, sebbene sia cristallizzato nel primo comma dell'art. 111 Cost., non rientri tra i principi inviolabili del nostro ordinamento¹²⁵ perché, nonostante sia una norma di rango costituzionale, disciplina solo un assetto organizzativo della giurisdizione dell'ordinamento interno.

Inoltre l'insufficienza o l'assenza di motivazione della sentenza assume rilievo specifico sulla base del fatto che la conformità va verificata in relazione alle affermazioni che sostengono la decisione, e non anche alle motivazioni o alla logica sottesi.

Tra l'altro, risulta palese che la motivazione della sentenza non è compresa tra i requisiti richiesti per la declaratoria di efficacia previsti dall'art. 797 cd. civ. prev., né ora dall'art. 67 della legge 218/95, né dalle Convenzioni di Bruxelles e Lugano sulla competenza giurisdizionale.

Nonostante queste doverose premesse occorre sottolineare che l'insufficienza o la mancanza di motivazione potrebbero concretizzarsi in un ostacolo alla delibazione della sentenza, non permettendo così di affermare la conformità all'ordine pubblico. E tale sbarramento è presente proprio nel caso in esame.

Infatti la riforma del diritto internazionale privato e processuale introdotta con la l. 218/1995, ha evidenziato la centralità della nozione di ordine pubblico, inteso come istituto-sentinella che controlla e garantisce che non ci siano interferenze, nel nostro ordinamento, da parte di provvedimenti contenenti principi incompatibili con quelli inderogabili ed inviolabili del nostro ordinamento.

A tal proposito, l'art. 64 della l. 218/1995 indica come ultimo requisito per l'automatico riconoscimento della sentenza straniera la non contrarietà degli effetti del giudicato straniero all'ordine pubblico; il dettato di tale norma appare perfettamente in linea con quanto enucleato nell'art. 16 della stessa legge che prevede infatti come limite all'applicazione, da parte del giudice italiano, della

¹²⁵ Al contrario delle disposizioni che tutelano il diritto di difesa e il contraddittorio. su tale punto si veda Cass., n. 1769 del 3 marzo 1999.

normativa straniera proprio la non contrarietà dei suoi effetti all'ordine pubblico interno. Dunque il giudice italiano competente al riconoscimento della sentenza straniera nell'ordinamento giuridico interno, deve compiere un'indagine volta alla verifica della compatibilità degli effetti non limitandosi alla mera decisione pecuniaria di condanna ma deve giungere ad indicare, in modo esplicito e congruo, il suo "apprezzamento del titolo o *causa petendi*" su cui si basa la sua statuizione. Pertanto nessuna condanna al pagamento di una somma di denaro potrebbe risultare *ex se* incompatibile ed in contrasto con i valori peculiari del diritto interno bensì è la valutazione del titolo che permette di comprendere quale è l'impatto che avranno gli effetti del giudicato straniero sulla nostra disciplina giuridica interna.

Ed è evidente che se così non fosse, potrebbe accedere al nostro ordinamento qualunque statuizione di condanna pronunciata sulla base di un titolo illecito.

Pertanto la valutazione del giudice della delibazione deve essere fatta in maniera compiuta guardando alla causa che giustifica la sentenza straniera. E' in questa chiave che si comprende che anche la mancanza di motivazione può risultare ostativa alla possibilità di delibare perché non permette di procedere ad una corretta valutazione circa la liceità del titolo.

Inoltre la non contrarietà con l'ordine pubblico è oggetto di uno specifico onere probatorio a carico della parte processuale che richiede il riconoscimento della sentenza straniera; se questa non ottempera a tale onere probatorio, non permettendo quindi al giudice di procedere alla verifica di compatibilità, il riconoscimento sarà negato per tale motivo.

Il giudice della delibazione non dovrà limitarsi a verificare gli effetti che discendono dall'applicazione della fattispecie astratta ma dovrà guardare la sua applicazione concreta perché potrebbe accadere che in linea teorica-astratta sia del tutto compatibile con i principi generali del nostro ordinamento e che, al contrario, in via pratica-concreta si generi una situazione conflittuale.

Ne consegue che la sentenza straniera può causare effetti contrari all'ordine pubblico italiano sia nell'ipotesi di c.d. incompatibilità normativa, cioè in caso di diretta applicazione di una norma astratta incompatibile con il nostro ordine pubblico, sia nell'ipotesi di c.d. incompatibilità giudiziale, cioè laddove la sentenza sia frutto del travisamento del contenuto di una normativa di per sé compatibile ma che a causa di tale “cattivo uso”, produce effetti contrari all'ordine pubblico.

Ricordando che nel concetto di ordine pubblico¹²⁶ rientrano le norme costituzionali, precettive o programmatiche e quelle poste da leggi ordinarie nel disciplinare i vari istituti giuridici, si evidenzia che non si ricollegano all'ordine pubblico le “norme imperative”, in quanto solo il contrasto con il primo, e non anche la sola contrarietà con le seconde, rappresenta un ostacolo all'ingresso nell'ordinamento giuridico italiano della pronuncia straniera.

Infatti se tutte le norme che appartengono all'ordine pubblico sono imperative e inderogabili, non è vero anche il contrario. Inoltre la sanzione di nullità è indice sì del connotato di imperatività della disposizione ma non genera automaticamente la sua contrarietà con l'ordine pubblico.

In conclusione, in sede di delibazione ciò che importa è solo la contrarietà o meno con l'ordine pubblico e tale contrarietà viene esclusa se la deroga riguarda solo principi espressi in norme imperative deboli e pertanto derogabili.

¹²⁶ Sul concetto di ordine pubblico in delibazione si veda in particolare M. MARESCA, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1996, sub art. 64, 65, 66, pp. 1469 ss. il quale evidenzia che, anche se la sentenza straniera è frutto dell'applicazione di normative con carattere pubblicistico, il controllo del giudice deve concernere anche la conformità con i principi pubblicistici italiani. Si vedano ancora G. CIVININI, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, Milano, 2001, 55 ss.; F. MOSCONI, *Diritto internazionale privato e processuale - parte generale e contratti*, Milano, 1996, p. 159; S. CARBONE - P. IVALDI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Milano, 2000, pp. 51 ss. e BALLARINO, *Manuale breve di diritto internazionale privato*, Milano, 2001, p. 90; M. BIANCA - S. PATTI, *Lessico di diritto civile*, Milano, 1995, p. 716; G. GUASTINI, in BELVEDERE - GUASTINI - ZATTI - Z. ZENCOVICH, *Glossario*, nel tratto Iudica-Zatti, Milano, 1994, p. 376.

Tornando alla sentenza americana in esame, quest'ultima ometteva di indicare le modalità con cui veniva calcolato il *quantum* del risarcimento punitivo irrogato alla ditta convenuta in giudizio.

La mancanza di questo requisito e quindi l'assenza della motivazione a fondamento della pronuncia del giudice statunitense, avrebbe permesso di spiegare la natura – punitiva o solo compensatoria - del danno e quindi il carattere penale o meno della sentenza *delibanda*: ne consegue che, non essendo indicata la motivazione della sentenza, si presume la natura penale di un danno il cui risarcimento è molto elevato.¹²⁷

La Corte ha affermato infatti che “[...] *non può escludersi che la carenza di motivazione o la sua insufficienza possono rappresentare un ostacolo alla deliberazione della sentenza, impedendo di affermare la conformità all'ordine pubblico*”. Si palesa quindi che la motivazione della pronuncia statunitense era indispensabile per comprendere a quanto ammontava la somma a cui la ditta italiana era stata condannata a titolo prettamente compensativo e quanto veniva risarcito come danno punitivo.

Anche su tale considerazione sorge il seguente interrogativo: si può affermare che, come per il *quantum* compensativo, anche il *quantum* punitivo deve essere valutato guardando al rispetto del principio di proporzionalità nel rapporto matematico fra danno cagionato e risarcimento?

¹²⁷Alcuni autori hanno appunto sostenuto che il difetto di motivazione della sentenza non contrasta di per sé con l'ordine pubblico interno. Sul punto di veda M. NOBILI, *Crisi della motivazione e controllo democratico della giurisdizione*, Crit. Diritto, 1997, p. 123 ss. il quale sostiene che la “crisi della motivazione della sentenza” si configura come una delle cause della crisi dell'attività giudiziaria, premesso che proprio dalla motivazione della sentenza emerge la possibilità di un controllo democratico del potere giudiziario.

In dottrina si sostiene che tale principio rappresenta un valore fondamentale e infatti qualcuno¹²⁸ sostiene che la lesione di tale principio rappresenti la vera e unica motivazione che impedisce l'introduzione dei danni punitivi nel nostro ordinamento giuridico.

Si ritiene comunemente che il principio di proporzionalità attiene al rapporto fra il danno arrecato e il suo risarcimento, e non fra il danno e la punizione del danneggiante; pertanto per poter additare il principio di proporzionalità come scoglio al riconoscimento dei danni punitivi in Italia sarebbe necessario interpretare tale principio esclusivamente in chiave risarcitoria-compensativa e concretizzarlo in “stretta commisurazione” con il danno.

Se così venisse riletto, ci sarebbero due vantaggi: da un lato permetterebbe di precludere il riconoscimento di tutte le sentenze di *punitive damages*, dall'altro di riconoscere almeno parzialmente le sentenze straniere che non sono in contrasto con l'ordine pubblico italiano per lesione del principio di proporzionalità.

Infatti si considera che il limite dell'ordine pubblico sia un possibile ostacolo al riconoscimento delle sentenze straniere solo in casi di grave lesione del principio di proporzionalità, tra cui proprio la condanna ad un risarcimento punitivo che non ha alcuna corrispondenza con la quantificazione del danno effettivo.

Queste argomentazioni potrebbero portare a concludere che la sentenza di condanna al pagamento dei danni punitivi potrebbe essere riconosciuta ma solo se si riuscisse ad attribuire ai danni punitivi una finalità ripristinatoria dello *status quo ante* la commissione dell'illecito; pertanto potrebbe essere incluso, nella somma dovuta a titolo di danni punitivi, quanto è stato sostenuto dall'attore negli USA per le spese processuali, per esempio per gli accertamenti peritali.

¹²⁸Cfr. C.REGHIZZI, *Sulla contrarietà all'ordine pubblico di una sentenza straniera di condanna a punitive damages*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, p. 988 ss. sostiene che “la tesi più convincente pare quella secondo cui una sentenza straniera urta contro l'ordine pubblico soltanto laddove il valore della condanna sia sproporzionato rispetto alla gravità dell'illecito e del danno”.

Questa tesi sembra essere in linea con il disposto del § 33 della bozza di Convenzione sul riconoscimento delle sentenze, preparata dalla Conferenza dell' Aja sul Diritto Internazionale Privato, la quale dopo aver ricordato il principio secondo cui la decisione *riconoscenda* o *esecutanda* può trovare come sbarramento la clausola dell'ordine pubblico (§ 28, c.1, lett. f), al § 33 co. 3 sancisce che “*in so far as a judgement awards non-compensatory, including exemplary or punitive damages, it shall be recognized at least to the extent that similar or comparable damages could have been awarded in the State addressed*” e quindi “*the court addressed shall take into account whether and to what extent the damages awarded by the court of origin serve to cover costs and expenses relating to the proceedings*”.

In conclusione in seguito all'analisi della sentenza della Corte d'appello di Venezia è possibile tracciare uno schema con linee-guida per il futuro. Innanzitutto non riconoscere la sentenza di condanna a *punitive damages* solo a causa della natura penale della stessa è plausibilmente discutibile, per i motivi indicati.

Infatti è possibile comunque negare l'ammissione dei danni punitivi eccependo l'ostacolo della contrarietà all'ordine pubblico interno che può però essere ritenuto sussistente solo laddove la sentenza straniera non indichi la motivazione della condanna al risarcimento dei danni punitivi, non permettendo così di stabilire se e in quale misura è stato quantificato il risarcimento dei danni punitivi, oltre che dei danni compensativi.

Ma il principio di proporzionalità o di commisurazione della pena permette comunque di riconoscere il risarcimento del danno punitivo ma solo come restituzione delle spese processuali “vive” fatte dall'attore vittorioso durante il processo straniero.

In sintesi il difetto di motivazione sull'*an* del risarcimento, l'ammontare eccessivo della somma accordata a titolo di risarcimento, la qualità del danneggiante (ovvero la professione di produttore), hanno portato la Corte d'Appello di Venezia a supporre

che la condanna della azienda convenuta si configurasse come una vera e propria sanzione con finalità afflittive e deterrenti, avulsa dal nostro ordinamento.

Per questi motivi la Corte ha respinto la domanda avanzata dalla sign.ra Parrot.

Sulla sentenza veneziana in esame la dottrina vede pronunciarsi alcune tra le sue più autorevoli voci. Brogini¹²⁹ sottolinea che l'ambito civilistico in materia di repressione dell'atto illecito - che quindi coinvolge la qualifica civile del giudice, il tipo di procedimento, la natura e il contenuto penale della sentenza, l'iniziativa privata che promuove il giudizio - non preclude di individuare il connotato penalistico della condanna, che spesso fa riferimento alla componente afflittiva e deterrente. Quindi i danni punitivi vanno considerati come figura giuridica a cui sottende - "*giustamente*" secondo l'autore - l'idea che la punizione del responsabile dell'illecito gravi su di lui e sul suo patrimonio, attraverso una condanna pecuniaria che presuppone un *quid* in più, in termini di accertamento e di quantificazione patrimoniale, rispetto alla mera contestazione del danno.

Campeis e De Pauli¹³⁰ ritengono che la contrarietà all'ordine pubblico vada dedotta dall'assoluta assenza di proporzionalità fra il pregiudizio patito dal danneggiato e quello che il danneggiante deve subire come conseguenza della sua condotta illecita.

Di avviso opposto è Serravalle¹³¹ il quale sostiene che i danni punitivi non siano *ex se* contrari all'ordine pubblico ma che vadano analizzati nel contesto della decisione in cui sono comminati concretamente e così la tanto acclamata contrarietà potrà emergere solo dalla sproporzione con l'entità del danno effettivamente cagionato con la condotta illecita. Per ogni sentenza straniera occorre verificare chi è il soggetto beneficiario della sanzione, se c'è un interesse pubblico diretto, le modalità di

¹²⁹ G. BROGINI, op. cit., p. 499 ss.

¹³⁰ G. CAMPEIS, A. DE PAULI, *Danni punitivi, ordine pubblico e sentenze straniere delibande a contenuto anfibio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, p. 765.

¹³¹ SERRAVALLE, op. cit., p.867. Dello stesso avviso sono anche M. ROMANO-F. COSENTINO, *Quando il troppo è troppo: verso un argine costituzionale ai danni punitivi*, in *Danno e resp.*, 1997, p. 298.

calcolo etc. e sulla base di questi elementi *“può essere presa una decisione equilibrata relativa alla delibazione”*.

Come anticipato, contro la sentenza della Corte di Appello di Venezia la Sign.ra Parrot ha proposto ricorso di fronte alla Corte di Cassazione ma la Fimez resistette con controricorso e spiegò ricorso incidentale condizionato.

La Cassazione ha innanzitutto rilevato che i motivi di diritto presi in considerazione in tale sentenza sono molteplici ma prima bisogna ricordare che secondo l'art. 335 c.p.c. tutti i ricorsi vanno preliminarmente riuniti.

Con il primo motivo, ovvero l'insufficiente e contraddittoria motivazione, la Sign.ra P. ha sostenuto che la sentenza impugnata fosse palesemente contraddittoria in quanto affermava che la mancanza di motivazione non rappresenta condizione ostativa alla delibazione in Italia di un provvedimento del giudice straniero e riteneva contemporaneamente di poter desumere la natura o la finalità punitiva della condanna al risarcimento, semplicemente dalla mancanza delle indicazioni che ha utilizzato il giudice straniero ai fini di procedere alla determinazione del danno. Inoltre comunque la Corte di merito ha errato nel considerare eccessiva la liquidazione e nell'attribuire apoditticamente ad essa, sulla base di questa errata valutazione, la finalità sanzionatoria e punitiva propria dell'istituto anglosassone dei danni punitivi.

Ma tali considerazioni per la Corte di Cassazione risultano inammissibili e infondate in quanto non c'è nessuna contraddizione nello stabilire che la mancanza di motivazione impedisce la delibazione di un provvedimento di un giudice straniero in Italia; inoltre questa medesima mancanza può essere posta come il punto di partenza per attribuire alla condanna al risarcimento del danno, pronunciata da quel giudice, natura punitiva e sanzionatoria.

Inoltre a differenza di quanto sostenuto dall'attrice principale, questa presa di posizione della Corte d'appello veneziana non può considerarsi apodittica, in quanto si basa, da un lato, sulla mancanza di qualunque indicazione dei criteri utilizzati dal

giudice per determinare il *quantum* del risarcimento, sulla natura del danno arrecato nella fattispecie concreta, su quali sono le conseguenze di tale illecito e che la sentenza di condanna vuole eliminare; dall'altro si fonda su una valutazione circa l'eccessività e la sproporzione della somma liquidata, facendo riferimento ai criteri a cui generalmente ricorrono i giudici italiani per la determinazione dell'importo da risarcire e a quanto ha già ottenuto la Sign.ra P. sempre a titolo di risarcimento dalla conducente dell'autovettura coinvolta nell'incidente del figlio e dalla società produttrice del casco e dal altri soggetti convenuti in giudizio.

Inoltre l'accertamento del giudice della delibazione sull'eccessività della somma liquidata per danni dal giudice straniero e la conseguente sentenza di condanna con finalità punitiva, si risolvono in un giudizio di fatto che è riservato al giudice della delibazione stessa, insindacabile in sede di legittimità se motivato in modo congruo. Infatti la Corte di Cassazione può censurare la sentenza della Corte d'appello solo circa la definizione del concetto di ordine pubblico interno e controllare la congruità della motivazione adottata, ma non può fare altrettanto in ordine all'apprezzamento del giudice di merito sul contenuto del provvedimento da delibare in quanto si tratta di un indagine riservata a tale giudice (Cass. n. 1266/1972; n.3709/1983; n. 3881/1969).

Il secondo motivo dedotto dalla ricorrente principale è che la sentenza della corte americana non è in ogni caso contraria all'ordine pubblico interno italiano, in quanto anche il nostro ordinamento civilistico contempla istituti con natura o finalità sanzionatoria e afflittiva, come la clausola penale e il risarcimento del danno morale o non patrimoniale.

Ma anche questa censura è per i giudici di legittimità infondata: infatti la clausola penale non ha natura né finalità punitiva o sanzionatoria ma ha la funzione di rinforzare il vincolo derivante dal contratto e di liquidare preventivamente la prestazione risarcitoria.

L'ammontare viene quindi fissato secondo il discrezionale apprezzamento del giudice ma qualora l'importo così stabilito risulti eccessivo e sfoci in una ipotesi di abuso o invadenza dell'autonomia privata, oltre certi limiti di equilibrio contrattuale, può essere ridotto equamente.

Pertanto appare evidente che la somma a titolo di penale è dovuta a prescindere dalla prova del danno subito e da una rigida correlazione con la sua entità; quindi è comunque da escludere che la clausola penale contemplata all'art. 1382 c.c. possa essere ricondotta all'istituto dei danni punitivi, il quale guarda la condotta dell'autore dell'illecito e non il tipo di lesione del danneggiato, spesso sfociando in una ingiustificata sproporzione tra la somma liquidata e il danno effettivamente subito.

Inoltre la Corte ha delineato anche la demarcazione dell'istituto anglosassone dei danni punitivi rispetto alla pur simile figura del danno morale: è infatti da considerare errata qualunque equiparazione anche solo parziale del risarcimento del danno morale con l'istituto dei danni punitivi.

Infatti il danno morale si configura in una lesione subita dal danneggiato e il suo risarcimento è quantificato sulla base dell'entità dell'offesa da lui subita, ponendo quindi l'accento sulla sfera giuridica del danneggiato, e non del danneggiante ed è volto ad reintegrare la lesione; al contrario, come analizzato nei capitoli precedenti, il risarcimento del danno punitivo non trova alcuna corrispondenza con l'entità del danno effettivamente subito, anzi quasi sempre è quantificato con una somma di gran lunga maggiore rispetto al danno causato.

Quindi la sentenza in esame evidenzia l'asimmetria fra un sistema – quello italiano – che calibra il risarcimento sulla base della prova del danno concretamente subito, c.d. “sofferenza determinata”, e un sistema – quello anglosassone – in cui il *quantum* oggetto di risarcimento esplica una dichiarata finalità punitiva e che dunque si deve quantificare sulla base del patrimonio del colpevole.

Ecco allora che la Corte di Cassazione ha centrato i due elementi cardinali della figura dei danni punitivi e che escludono l'ammissibilità di una tale figura risarcitoria

nel nostro sistema giuridico, ovvero la condotta del danneggiante e la capacità patrimoniale dell'obbligato, considerato come colui su cui grava l'obbligo risarcitorio per ipotesi di danno morale o non patrimoniale.

Nel vigente ordinamento civilistico italiano la valenza punitiva del risarcimento è estranea¹³², così come è irrilevante la condotta del danneggiante. La responsabilità civile ha la finalità di restaurare la sfera patrimoniale del danneggiato che ha subito la lesione attraverso la condanna dell'autore dell'illecito al pagamento di una somma di denaro che elimini le conseguenze del danno arrecato.

Questo vale per ogni tipo di danno, incluso quello non patrimoniale o morale per il cui risarcimento, che non ha natura punitiva come già ribadito, si guarda lo stato di bisogno del danneggiato e la capacità patrimoniale dell'obbligato; ma occorre anche la prova dell'esistenza del danno conseguente l'illecito attraverso l'allegazione di concrete circostanze di fatto da cui presumerlo, restando escluso che tale prova possa considerarsi *in re ipsa* (Cass. n.10024/1997, n.12767/1998, n.1633/2000).

Secondo la Cassazione è proprio la circostanza che la condanna sia stata irrogata per ragioni meramente afflittive a non trovare pacifica convivenza con i principi fondamentali del nostro sistema giuridico della responsabilità civile. Quest'ultima infatti considera il risarcimento del danno come mera riparazione del pregiudizio cagionato all'offeso.

Sempre secondo l'autorevole opinione della Corte, questa considerazione non viene smentita dalla sussistenza nel nostro ordinamento di figure giuridiche come la clausola penale o le sanzioni previste dagli enti dotati di soggettività giuridica in quanto è vero che questi istituti hanno una finalità afflittiva ma trovano la loro *ratio* nella volontà delle parti private.

Infatti la sanzione civile connotata dalla deterrenza non riconosce l'ingiustificato beneficio del danneggiato al contrario di quanto avviene nei danni punitivi che infatti

¹³² M.FRANZONI, *Fatti illeciti - Supplemento (art. 2043, 2056-2059)*, in *Commentario Scialoja-Branca* a cura di F.GALGANO, Bologna-Roma, 2004, p. 666.

nell'ordinamento di *common law* sono spesso richiesti dall'offeso instaurando una "lite temeraria": in questi casi solitamente la sanzione comminata a titolo di danni punitivi a colui che è individuato come autore dell'illecito è assolutamente slegata dal caso concreto e riferita a simili condotte del danneggiante.

La punizione è avulsa dai compiti della responsabilità civile, la cui finalità è solo quella di "*restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, mediante il pagamento di una somma di denaro che tenda ad eliminare le conseguenze del danno arrecato*" e quindi di garantire una piena riparazione a tutte le perdite, sia patrimoniali sia non, causate dal danneggiante.

Secondo i giudici della Cassazione il concetto di punizione esula dai compiti della responsabilità civile, in quanto guarda solo alla posizione del danneggiante e privo di alcuna relazione con il danno effettivo patito dalla vittima; pertanto deve essere ritenuto in contrasto con la figura dell'ordine pubblico che rende non delibabile la pronuncia americana. Quindi la decisione della Cassazione è concentrata sulla funzione punitiva e non anche riparatoria dei danni punitivi.

In dottrina la voce autorevole di Ponzanelli sottolinea che questa affermazione della Cassazione non riflette adeguatamente la dinamica della responsabilità civile visto che negli ultimi quarant'anni la responsabilità civile ha sì consolidato la finalità riparatoria del risarcimento ma è anche vero che si è confrontata anche con altre valenze, diverse dalla riparazione del danno.¹³³

L'A. ritiene che bisogna interrogarsi non solo sul fatto se esistano nel nostro sistema giuridico italiano figure rimediali con finalità riparatorie e/o punitive ma se il sistema italiano della responsabilità civile consenta in termini di opportunità e legittimità di avere un rimedio punitivo caratterizzato da valenza generale.¹³⁴ Inoltre l'autore

¹³³ G. PONZANELLI, *Danni punitivi? No, grazie*, in *Foro It.* 2007, I, p. 1461.

¹³⁴ L. CIARONI, *Il paradigma della responsabilità civile tra tradizione e prospettive di riforma*, in *Europa e dir. priv.*, 2007, p. 1129, con nota di G. SPOTO, *I punitive damages al vaglio della giurisprudenza italiana*.

delinea brevemente le caratteristiche dell'*American tort law* per fare una comparazione giuridica con il nostro ordinamento e individuare così le radicate differenze che rendono difficile - per non dire improponibile - qualsiasi tipo di accostamento. I quattro fondamenti che giustificano la figura giuridica dei danni punitivi in America che rendono tale istituto un *unicum* irripetibile - già ampiamente analizzati nel primo capitolo - sono la dipendenza condizionante e forte dell'illecito civile da quello penale; la giuria e l'ansia ridistribuita della responsabilità civile; l'*American rule*; l'analisi economica del diritto.¹³⁵

In Italia il sistema giuridico è completamente diverso: innanzitutto l'illecito civile è oggi del tutto sganciato dall'illecito penale; in altri termini il giudice civile può accertare autonomamente l'astratta sussistenza di un illecito penale ai fini della concessione del danno non patrimoniale. In secondo luogo non è prevista la giuria in quanto c'è un rigido sistema forte di *social security* che favorisce esclusivamente la finalità risarcitoria. In terzo luogo è contemplato il principio di soccombenza; infine l'analisi economica del diritto e la teoria del "*multiple*" non si sono sviluppate. Nonostante le profonde differenze tra i due ordinamenti, l'A. sostiene che non si possa precludere l'introduzione di un istituto analogo ai danni punitivi e parla di una vera e propria delusione dal comportamento della Corte di Cassazione sul punto.

A tal proposito dure sono le parole dell'A. "*Tanti anni di vivace discussione intellettuale sui nuovi compiti della responsabilità civile, destinata a non essere più mera riparazione, ma a svolgere anche una funzione di generale prevenzione nei confronti di fatti illeciti, vengono cancellati da una scialba motivazione dai giudici di legittimità*".¹³⁶

¹³⁵ In situazione di *undercompensation* questa impone di trasferire tutte le somme globalmente non risarcite a favore dei soggetti che sono riusciti ad ottenere il risarcimento.

¹³⁶ G.PONZANELLI, I "*punitive damages*" nell'esperienza nordamericana, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, pp. 435 ss. Si veda anche P. SIRENA, *Il risarcimento dei danni c.d. punitivi e la restituzione dell'arricchimento senza causa*, id., 2006, I, p. 531.

Ponzanelli ha infatti sostenuto che la Cassazione avrebbe potuto e dovuto motivare meglio, giudicando nel merito la misura dei danni punitivi¹³⁷ e magari non soffermandosi sulla clausola penale e sul danno non patrimoniale ma individuando i settori - come per esempio quello della privativa industriale, delle intercettazioni telefoniche illegali, dei danni da diffamazione - in cui servirebbe la previsione di uno strumento che fosse adeguatamente incisivo e deterrente come i danni punitivi.

Come visto, il *dictum* della Corte di Cassazione sottende l'accoglimento del principio di integrale riparazione del danno all'interno del sistema di responsabilità civile; infatti la condanna al pagamento di una somma superiore e ulteriore a quella che è necessaria per riparare la perdita subita e concessa a titolo di danni punitivi, per l'appunto, porterebbe ad un risarcimento che eccederebbe la riparazione del danno arrecato e attribuirebbe al danneggiato una somma che non sarebbe volta a ripristinare lo *status quo ante* la commissione dell'illecito ma mirerebbe ad incidere negativamente sulla posizione giuridica-economica del danneggiante secondo un'interpretazione deterrente-punitiva.

Pertanto per tutte le motivazioni riportate, la Corte di Cassazione ha rigettato il ricorso principale, di fatto confermando la pronuncia della Corte d'appello di Venezia, e ha quindi dichiarato la non riconoscibilità nel nostro ordinamento della sentenza americana in virtù del difetto dei requisiti di motivazione *ex art. 64 lett. e)* della l. 218/1995.

Invece per quel che riguarda il ricorso incidentale, quest'ultimo è dichiarato inammissibile per la mancata notifica alla parte verso cui è stata ordinata dalla Corte l'integrazione del contraddittorio e, siccome si è verificata la reciproca soccombenza delle parti in giudizio, questa giustifica la compensazione tra le parti delle spese del giudizio di Cassazione.

¹³⁷ Per esempio l'A. avanza la necessità che la Cassazione facesse un'analisi più approfondita in quanto, affinché i danni punitivi concessi al produttore italiano siano parte di un più grande verdetto risarcitorio, non era chiara la proporzione tra il risarcimento globale e quello concesso a titolo punitivo.

La pronuncia della Corte di Cassazione ha diviso la dottrina tra i sostenitori di tale decisione e chi invece non la condivide. A sostegno della pronuncia della corte di Cassazione c'è chi afferma che l'insuperabilità dell'unica funzione riconosciuta al sistema della responsabilità civile, cioè la sola funzione riparatoria, è inevitabile conseguenza dell'esigenza di evitare che la condotta illecita del danneggiante possa arrecare un ingiustificato arricchimento privo di qualunque *ratio* a favore del danneggiato.

La succinta motivazione della Suprema Corte non permette di valorizzare, anche se non come uniche componenti, finalità diverse da quelle meramente riparatorie. La *ratio* di questa considerazione è avallata dall'esigenza di evitare qualsiasi possibilità di una commistione tra diritto civile e penale.

Infatti si teme che l'introduzione nel nostro ordinamento dei danni punitivi in quanto forma di un risarcimento caratterizzato dalla valenza punitiva possa tradursi concretamente nell'applicazione di una sanzione di matrice penalistica, in mancanza delle garanzie previste nel diritto penale.

Al contrario parte della dottrina ha ritenuto che l'interpretazione conservatrice della Cassazione fosse estremamente rigida nel rifiutare in maniera così forte qualsiasi richiesta ultracompensativa all'interno della disciplina della responsabilità civile italiana. Infatti, nonostante nella pronuncia in esame la Suprema Corte abbia asserito l'indiscussa estraneità del concetto di punizione e di sanzione nella nostra figura di risarcimento del danno ricorrendo ai consolidati principi della responsabilità civile italiana, la sua posizione non sembra corrispondere alla realtà del nostro *tort system*. In altre parole questa interpretazione monofunzionale delle figure di illecito civile, di cui la Corte si è fatta paladina, non sembra rappresentare realmente la disciplina normativa e giurisprudenziale italiana.

Questo comportamento della Corte può essere da un lato compreso sulla base della ferma volontà di non introdurre né riconoscere la compatibilità dei danni punitivi nel nostro ordinamento ma dall'altra, secondo il mio modesto avviso, non può essere

condiviso in quanto viene negata la sussistenza di fattispecie di risarcimento non esclusivamente compensativo o ultracompensativo.

Infatti non può essere accolta pacificamente la considerazione che attribuisce al nostro *tort system* la sola funzione riparatoria e questo perché, invocando il principio di integrale riparazione del danno, la Corte non ha proceduto ad approfondire né ad analizzare in maniera compiuta, o quantomeno più attenta, le funzioni attribuibili alla responsabilità civile: questo ha portato ad un livellamento di tali funzioni e alla negazione della possibilità di riconoscere una valenza punitiva ad alcuna fattispecie di illecito civile.

In conclusione, poiché, per la ragioni illustrate, ha perso solidità l'esempio addotto dalla fattispecie in esame occorre chiedersi se nell'ordinamento giuridico italiano sussistono altri istituti che possano permettere un accostamento più corretto alla figura giuridica anglosassone dei *punitive damages*.

Il primo che salta alla mente a tal proposito è la pretesa natura sanzionatoria o punitiva del danno ambientale ex art. 18 l.349/1986, poi abrogato, in quanto si era sostenuto che tale disposizione avesse introdotto nel nostro ordinamento un'ipotesi di *market share liability*, cioè di responsabilità civile di stampo statunitense avulsa dallo schema tradizionale e tipica delle attività industriali ad alto rischio, dove cioè il danno verrebbe addebitato secondo le quote di mercato detenute dai singoli agenti e non secondo un rapporto di stretta consequenzialità.

Tale norma prevedeva che in caso di condanna bisognasse usare come criterio principale il ripristino dello *status quo ante* a spese dell'autore dell'illecito. Solo nel caso in cui non si potesse giungere al ripristino totale o parziale dello stato dei luoghi, il giudice poteva condannare al risarcimento del danno per equivalente; ma se l'esatta entità del danno cagionato non poteva essere calcolato, il giudice poteva fare una valutazione equitativa del danno sulla base della gravità della colpa del convenuto, dei profitti ottenuti dal danneggiante, e delle spese necessarie per il ripristino dello *status quo ante* il compimento dell'illecito.

E il riferimento contenuto in questo art. 18 al parametro del grado della colpa era considerato un'anomalia nell'ambito della responsabilità civile e parte della dottrina, per l'appunto, ritenne che il legislatore avesse introdotto una nuova categoria di responsabilità civile, di matrice sanzionatoria.

Al contrario la tesi più diffusa in dottrina e dalla giurisprudenza di legittimità considerava questa disposizione risarcitoria come un'ipotesi di responsabilità speciale connotata dalla prevalenza della finalità deterrente piuttosto che compensativa e questo sulla base di alcune pronunce che condannavano il colpevole al risarcimento di una somma di gran lunga maggiore all'entità accertata del danno arrecato. E proprio la possibilità di una siffatta condanna ha generato numerose critiche, visto il palese allontanamento delle ordinarie regole aquiliane.

Ma di fronte all'accusa rivolta contro il legislatore italiano di aver introdotto una figura assimilabile ai danni punitivi, l'autorevole opinione di alcuni autori in dottrina ha sostenuto che il legislatore avesse piuttosto adattato tale figura del panorama giuridico anglosassone al modello di responsabilità nel nostro ordinamento basato sempre sulla centralità del momento "riparatorio". In ogni caso gli autori si trovavano pacificamente d'accordo sul fatto che con il dettato dell'art. 18 della l. 349/1986 *"si esce ampiamente dal settore del mero risarcimento del danno per entrare a pieno titolo in quello delle sanzioni afflittive con finalità disincentivante"*.¹³⁸

¹³⁸ Cfr. P.GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, op. cit., pp. 160-161, secondo il quale questa norma svolgeva la stessa funzione dei danni punitivi nell'ordinamento di *common law*, in tema di *product liability*, ovvero quella di *"disincentivare, mediante l'imposizione di idonee penali, ogni forma di attività imprenditoriale giudicata dannosa in quanto portatrice di effetti esterni negativi a carico dell'intera collettività"*.

Inoltre l'ingresso della figura dei danni punitivi nel nostro sistema giuridico richiederebbe la modifica delle strutture dell'ordinamento stesso.¹³⁹

Ma come anticipato l'art. 18 è stato abrogato e una nuova disciplina è contenuta nel terzo comma dell'art. 311 del codice dell'ambiente, il quale, come parametro della quantificazione, non richiede più la gravità della colpa e quindi sembra abbandonare il criterio sanzionatorio. In realtà così non è, anzi tale disposizione sembra caratterizzarsi per la connotazione punitiva laddove prevede che la quantificazione

¹³⁹ Sul possibile trapianto dei danni punitivi in materia ambientale si veda A. GAMBARO-B. POZZO, *La responsabilità civile per danni all'ambiente nella recente legislazione italiana: alcune note di comparazione giuridica e analisi economica*, in *Consumatore, Ambiente, Concorrenza, Analisi Economica del Diritto*, a cura di Mattei-Pulitini, Milano, 1994, 45 ss.; AA.VV., *Per una riforma della responsabilità civile per danno all'ambiente*, a cura di Trimarchi, Milano, 1994.

Per un'analisi più approfondita sulla possibilità di configurazione dei danni punitivi nella fattispecie del danno ambientale si veda: L. BIGLIAZZI GERI, *Quale futuro dell'art. 18 legge 8 luglio 1986, n. 349?*, in *Riv. cric. dir. priv.*, 1987, p. 686; C. CASTRONOVO, *Il danno all'ambiente nel sistema di responsabilità civile*, ivi, p. 514; A. DE CUPIS, *La riparazione del danno all'ambiente: risarcimento o pena?*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, II, p. 402; E. MOSCATI, *Il danno ambientale tra risarcimento e pena privata*, in *Quadrimestre*, 1991, p. 172; F. GIAMPIETRO, *Responsabilità civile per danno all'ambiente: iniziative internazionali ed esperienza italiana*, in AA.VV. *La tutela dei beni ambientali, verso quale riforma?*, Padova, 1988, p. 52; ID., *Il danno ambientale tra l'art. 18 legge n. 349/86 ed il regime ordinario del codice civile*, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 777; U. SALANITRO, *Il danno all'ambiente nel sistema della responsabilità civile*, Catania, 2005; ID., *Il danno ambientale*, Roma, 2009; ID., *Tutela dell'ambiente e strumenti di diritto privato*, in M. MAUGERI - A. ZOPPINI (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2009; ID., *La quantificazione del danno ambientale*, in *Danno e resp.*, 2010, All. 1, p. 57; P. TRIMARCHI (a cura di), *Per una riforma della responsabilità civile per danno all'ambiente*, Milano, 1994, p. 47; B. POZZO, *Il danno ambientale*, Milano, 1998; ID., *La responsabilità civile per danno all'ambiente tra vecchia e nuova disciplina*, in *Riv. giur. amb.*, 2007, p. 815; ID., *Nuove tecniche di governo del diritto: incentivi, premi, sanzioni*, in XIX Colloquio biennale Associazione Italiana di diritto comparato, Ferrara 10-12 maggio 2007; L. PRATI, *Il danno ambientale e la responsabilità aquiliana nella giurisprudenza di legittimità*, in *Danno e resp.*, 1998, p. 1116; ID., *Le criticità del nuovo danno ambientale: il confuso approccio del "Codice dell'ambiente"*, in *Danno e resp.*, 2006, p. 1049; G. SALVI, *La tutela civile dell'ambiente alla luce del testo unico ambientale*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 656; D. MORGANE, *La responsabilità per danno all'ambiente*, in P. FAVA (a cura di), *la responsabilità civile: trattato teorico-pratico*, cit. p. 1841; M. FRANZONI, *Il nuovo danno all'ambiente*, in *Resp. civ.*, 2009, p. 785.

del risarcimento vada fatta in via presuntiva e attenui il requisito del pregiudizio effettivo.

In conclusione, i danni punitivi sono un istituto proprio del diritto civile e nel nostro ordinamento alla funzione sanzionatoria della responsabilità civile non occorre necessariamente trovare un istituto del diritto penale corrispondente e che faccia da *pendant*. Pertanto la ricezione del relativo capo della sentenza sarà disciplinata ex art. 64 della legge 218 del 1995.

In secondo luogo occorre ribadire che nel nostro ordinamento non esiste alcuna norma che preveda una definizione di pena privata e che ne disponga anche in via generale l'ammissibilità o meno. Quindi la compatibilità della pena privata con i principi fondamentali del nostro ordinamento, e in particolare con la regola secondo cui il giudice penale ha il monopolio della sanzioni caratterizzate dalla finalità retributiva, dipende dalla funzione che essa deve assolvere.¹⁴⁰

Per esempio l'idea di una pena privata che assolva una finalità solo retributiva sarebbe inaccettabile perché questo compito spetta solo alla sanzione penale e deve essere valutata guardando alle tutele fondamentali cristallizzate nel secondo e terzo comma dell' art. 25 e nel terzo comma dell'art. 27 della nostra Costituzione. Viceversa è da ritenersi lecita e ammissibile una pena privata che abbia funzioni compatibili con la disciplina della responsabilità civile; a suffragio di questa considerazione giunge il fatto che nel nostro ordinamento sussistono numerose figure riconducibili a questa categoria e richiamate dalla Corte d'appello di Venezia nel caso in analisi ma che non possono essere comparate con l'istituto giuridico dei danni punitivi.

Ma nessuna di queste pene private ammesse nel nostro ordinamento, e per nulla comparabili con la figura dei danni punitivi, è una *pena privata giudiziale*. Solo quest'ultima infatti è la categoria a cui, al momento, potrebbero essere ricondotti i

¹⁴⁰ Cfr. F. BASINI, *Risoluzione del contratto e sanzioni dell'inadempiente*, Milano, 2001, p. 114 ss.

danni punitivi e questo rileva per il connotato peculiare delle pene private giudiziali cioè il fatto che la loro natura afflittiva-retributiva e il loro scopo di prevenzione non emergono immediatamente dalla lettura del dettato normativo ma piuttosto dalla concreta applicazione di tali norme da parte del giudice. Quindi l'entità della pena privata non è predeterminata da un punto di vista normativo ma si concretizza caso per caso sulla base della decisione del giudice: la stessa cosa avviene per i danni punitivi.

Inoltre occorre ricordare che nel nostro ordinamento la pena privata giudiziale è ammessa solo se sussiste la *condicio sine qua non* che la funzione retributiva non sia prevalente e che il suo ammontare sia modulato sulla base del grado di colpa dell'autore dell'illecito. Infatti se l'aspetto sanzionatorio fosse prevalente, la pena privata sarebbe incompatibile con i principi fondamentali del nostro ordinamento.¹⁴¹ Ecco perché, analogamente a quanto accade con riferimento ai danni punitivi, affinché la pena privata giudiziale sia ammissibile è necessario che essa persegua non solo una finalità sanzionatoria ma anche altre finalità che si rivelino come prevalenti.

La pena privata giudiziale che la Corte di Cassazione ha accostato all'istituto anglosassone dei danni punitivi, è quella disciplinata dal già citato art. 2059 c.c. che può talvolta assumere il carattere di pena privata giudiziale; il motivo per cui la Corte ha preso in considerazione questa disposizione normativa è il fatto che il settore in cui sono più spesso liquidati i danni punitivi è quello della responsabilità per prodotti difettosi.

Pertanto la Cassazione conclude che nel nostro ordinamento non sono presenti istituti assimilabili al danno punitivo, così come conosciuto nell'ordinamento giuridico anglosassone.

¹⁴¹ Si pensi alle disposizioni costituzionali che concernono le sanzioni quali l'obbligo di predeterminazione normativa della loro sussistenza e del loro ammontare massimo, l'obbligo di proporzionalità, l'obbligo di contestazione in un procedimento in contraddittorio.

4.3 Corte di Cassazione civile, I sez., n. 1781/2012

Nella controversia in esame l'attore O.L. ha adito la corte d'appello di Torino per chiedere il riconoscimento e la dichiarazione di efficacia di due sentenze statunitensi pronunciate a suo favore: più precisamente si trattava di due identiche sentenze pronunciate nel 2004 dalla Corte Suprema del Massachusetts (USA) in cui la Corte aveva condannato le società convenute Ruffinatti s.p.a. e Ruffinatti s.r.l. a risarcire la somma di 5 milioni di dollari a titolo di danni punitivi, oltre alla somma di quasi 4 milioni di dollari come interessi maturati tra l'anno dell'inizio del processo (1997) e l'anno in cui venne adita la Corte d'Appello di Torino (2007). Infatti le due società erano produttrici del macchinario di cui si era accertata la difettosità e per questo erano state convenute in giudizio dalla parte attrice a titolo di responsabilità diretta per difetto di prodotto causativo di un infortunio sul lavoro, non del tutto esule dalla possibile configurazione anche penale.

Nel 2009 la corte d'appello di Torino dichiarò il riconoscimento e l'efficacia in Italia solo della sentenza emessa verso Ruffinatti s.r.l. messa in liquidazione. Ecco le motivazioni della decisione della Corte riportate qui di seguito.

Innanzitutto la Corte riteneva che la richiesta dell'attore doveva essere accolta, presentando infatti tutti i requisiti richiesti per il riconoscimento in Italia ex art. 64 e 67 della legge 218 del 31 maggio 1995.

In secondo luogo le due società convenute erano state convenute in forza di atti denominati di *“terza (spa) e quarta (srl) istanza emendata”* contenenti richieste di condanna contro di loro per fatti che già costituivano oggetto di un giudizio pendente fin dal 1997 in cui si erano regolarmente costituite in quanto terze chiamate dalle società americane convenute, mentre erano state dichiarate contumaci nelle istanze di chiamata diretta.

In terzo luogo la Corte afferma che le due sentenze in oggetto emesse nel 2004 - allegate in copia autentica con “apostille” ai sensi della convenzione dell'Aja del

1961 e traduzione asseverata - erano state dichiarate esecutive nel 2004 e non erano state impugnate nel termine massimo previsto dallo Stato estero.

La Ruffinatti s.r.l. aveva eccepito che, a prescindere dalla sussistenza degli altri requisiti, le sentenze in esame non avrebbero potuto essere riconosciute per difetto del presupposto ai sensi dell'art. 64 lett. g) della legge n. 218 del 1995 in quanto contrarie all'ordine pubblico sia in riferimento al profilo processuale sia sostanziale. In particolare la società convenuta statuiva che il mancato riconoscimento delle sentenze statunitensi sarebbe stato causato sia dalla carenza di motivazione di tali sentenze (vizio che acquista maggiore rilevanza se si prende in considerazione l'ammontare della somma a cui le due società erano state condannate a risarcire) sia dal dato che la maggiore parte della somma oggetto di risarcimento era imputata ad una voce di danno qualificato come "danno punitivo", ovvero una categoria giuridica non riconosciuta dall'ordinamento giuridico italiano e incompatibile con questo, come già affermato dalla stessa Corte di Cassazione.¹⁴²

Pertanto senza dubbio la liquidazione del danno punitivo non poteva desumersi, nel caso in esame, dalla sola entità dell'importo oggetto della condanna se non introducendo inammissibilmente considerazioni meramente presuntive o congetturali.

La società riconosceva che la Corte avrebbe dovuto prendere in considerazione il fatto che la somma riconosciuta dal giudice statunitense aveva tenuto conto dell'oggettiva gravità dell'evento dell'infortunio sul lavoro avvenuto.

Inoltre eccepiva che l'importo che era stata condannata a risarcire alla parte attrice era ingente e poteva trovare adeguata giustificazione anche in mancanza di espressa etichetta di danni punitivi, considerando altre componenti personali di danno ovvero la giovane età del soggetto e la consistente e permanente diminuzione della sua capacità lavorativa.

¹⁴² Si veda Cass. n. 1183/2007.

Inoltre la convenuta si difendeva affermando che non bisognava valutare il merito della responsabilità e della liquidazione ma semplicemente constatare che nessun elemento può nella specie univocamente fondare l'incompatibilità del richiesto riconoscimento con i principi generali della responsabilità civile recepiti dall'ordinamento nazionale.

Ancora, circa la mancanza di motivazione delle sentenza in esame si era notato che i giudici americani si limitavano solo a dichiarare la regolare dichiarazione di contumacia delle società convenute e, ma soltanto in via implicita e per *obiter dictum*, il valore di sostanziale ammissione di responsabilità che da tale contumacia scaturiva. La sentenza straniera priva di motivazione non precludeva solo il riconoscimento della sentenza: infatti il riconoscimento poteva operare solo verso la sentenza di condanna emessa a carico della società Ruffinatti s.r.l.

L'efficacia in Italia di tale sentenza doveva essere riconosciuta nei limiti di una sola liquidazione pari a 5 milioni di dollari, oltre agli interessi di cui la società convenuta aveva lamentato la "usurarietà", ma il cui ammontare non avrebbe potuto essere sindacato se non in virtù di una valutazione di merito ad essa preclusa; veniva fatta salva l'osservazione che tale somma, in base all'ordinamento giuridico nazionale, doveva comunque ritenersi comprensiva anche della rivalutazione monetaria, intesa come componente "normale" della reintegrazione patrimoniale da fatto illecito di danno alla persona.

Per questi motivi contro la sentenza della Corte d'appello di Torino, la società Ruffinatti s.r.l. ha proposto ricorso davanti alla corte di Cassazione.

Quest'ultima, in ordine alla mancata riconduzione della condanna estera al danno punitivo, sostiene che la decisione della corte d'appello di Torino sia censurabile sotto diversi profili; innanzitutto perché è stata omessa ogni spiegazione in merito alla decisione di non introdurre presunzioni espressamente previste tra le prove disciplinate dal codice civile all'art. 2727 ss.

Inoltre la decisione è contraddittoria, dal momento che da un lato esclude la presunzione per delineare la figura del danno punitivo, dall'altro fa ricorso a presunzioni soprattutto laddove esclude la configurabilità di interessi usurari o ritiene che il danno possa essere in via presuntiva ascritto ad altre componenti personali di danno (danno biologico o da vita di relazione) sulla base della gravità del fatto.

Inoltre i giudici di legittimità hanno statuito che la Corte di Torino non ha considerato il dato fondamentale che negli Stati Uniti la condanna al danno punitivo viene solitamente applicata e comminata con un sistema di calcolo che prescinde dalle sofferenze effettivamente patite dal danneggiato.

Non deve, inoltre, passare inosservato che il giudizio si era svolto in contumacia delle parti convenute e che tale circostanza è stata considerata negli Stati Uniti riprovevole e meritevole di sanzione punitiva.

La Cassazione sottolinea che la pronuncia della Corte d'Appello era errata e contraddittoria nella parte in cui si legge che "*il richiamo al precedente di cui Cass. 19 gennaio 2007 n.1183, non era calzante*" mentre invece esattamente come la sentenza citata, ha rilevato che mancava l'indicazione delle norme o dei criteri che erano stati usati per giungere al *quantum* della condanna nella sentenza statunitense non era possibile, a causa della inesistente motivazione, individuare i criteri adottati per qualificare e quantificare il danno.

Infine la corte d'appello non ha valutato in maniera opportuna il fatto che la condanna statunitense aveva ad oggetto un importo pari a venti volte la somma richiesta e assolutamente non assimilabile al sistema italiano in materia di risarcimento del danno.

Ancora, premesso che nel nostro ordinamento giuridico gli interessi in misura "usuraria" sono ritenuti contrastanti con l'ordine pubblico censurati penalmente (art. 664 c.p.) e che quindi ne deve essere precluso l'ingresso nel nostro ordinamento, la Cassazione deduce che la sentenza impugnata non è motivata in maniera congrua e

logica laddove giustifica e presume che tale misura degli interessi possa derivare dalla rivalutazione economica.

Circa l'accertamento sulla conformità della sentenza straniera rispetto all'ordine pubblico, occorre richiamare la già citata l.218/1995 di Riforma del sistema italiano di diritto internazionale, che all'art. 64 lett.g) dispone che la sentenza straniera è riconosciuta in Italia quando *“le sue disposizioni non producono effetti contrari all'ordine pubblico”*.¹⁴³

Per l'accertamento di questo requisito si richiamano i principi di diritto già statuiti dalla Corte di Cassazione, secondo cui, nel nostro attuale ordinamento, il diritto al risarcimento del danno conseguente alla lesione di un diritto soggettivo non è riconosciuto con caratteristiche e finalità punitive, ma in relazione all'effettivo pregiudizio subito dal titolare del diritto leso; inoltre il nostro ordinamento non consente l'arricchimento se non sussiste una causa giustificativa del trasferimento patrimoniale da un soggetto ad un altro.

Ne consegue che anche nel caso di ipotesi di danno *in re ipsa* in cui la presunzione si riferisce solo all'*an debeatur* (che presuppone solo l'accertamento di un fatto potenzialmente dannoso in base ad una valutazione anche in termini di probabilità e verosimiglianza secondo il principio del *“id quod plerumque accidit”*), e non anche alla effettiva sussistenza del danno e alla sua entità materiale, rimane la necessità della prova di un concreto pregiudizio economico ai fini della determinazione quantitativa e della liquidazione del danno per equivalente economico.¹⁴⁴

Il secondo principio statuito dalla Corte è espresso proprio nella sentenza presa in esame nella prima parte del presente capitolo, ovvero la n. 1183 del 2007, e detta così *“rimane estranea al sistema interno l'idea della punizione e della sanzione del responsabile civile ed è indifferente la valutazione a tal fine della sua condotta”*: si

¹⁴³ Sul punto si veda anche Cass. n.17349/2002.

¹⁴⁴ Cfr. Cass. sentt. n. 15814/2008; n.25820/2009.

tratta di un principio relativo alla verifica di compatibilità con l'ordinamento italiano della condanna estera al risarcimento dei danni da responsabilità extracontrattuale.

Da ultimo, ma non in termini di importanza, l'apprezzamento del giudice nazionale sull'eccessività o meno dell'importo liquidato per danni da parte del giudice straniero e l'attribuzione o meno alla sentenza di condanna, anche per effetto di questa valutazione, della natura e finalità punitiva-sanzionatoria affine all'istituto giuridico dei danni punitivi, si traducono in un giudizio di fatto, riservato al giudice della deliberazione e insindacabile in sede di legittimità se motivato una maniera congrua e logica.

Pertanto alla luce di tali principi di diritto la sentenza impugnata appare viziata sotto il profilo motivazionale. In secondo luogo nella liquidazione del risarcimento la sentenza estera non si riferisce espressamente al danno punitivo che potrebbe ostare al riconoscimento della sentenza, come invece aveva fatto la pronuncia n. 1183 del 2007 della Cassazione stessa. Infine la Corte ha rilevato che la natura e entità dei danni subiti dall'attore, nell'infortunio sul lavoro, erano compatibili con l'importo riconosciutogli a titolo di ristoro, in aggiunta a quello da lui espressamente richiesto con la domanda, essendo stata riferita a specifiche ma non esaustive voci di pregiudizio.

In ogni caso nella verifica della contrarietà o meno della sentenza straniera all'ordine pubblico interno, i giudici di merito si sono affidati al mero riscontro della compatibilità dell'intero ammontare della condanna straniera con la natura e la gravità dei danni subiti dall'attore; quindi essi si sono basati su una valutazione meramente astratta e apodittica, quando invece avrebbero dovuto soffermarsi sulla ragionevolezza e proporzionalità della somma liquidata dal giudice statunitense in relazione alle peculiarità dell'illecito e alle conseguenze subite, ma anche rispetto ai criteri risarcitori interni.

Anche qui la mancanza di motivazione nella sentenza straniera, sebbene in linea di principio non rappresenti *ex se* una violazione dell'ordine pubblico,¹⁴⁵ non può essere guardata con indifferenza qualora nel caso concreto sia necessaria la verifica di compatibilità con l'ordine pubblico interno.

E' per questo che sarebbe stato meglio conoscere i criteri legali concretamente applicati dal giudice straniero nell'adozione della pronuncia, quelli seguiti per comprendere le cause giustificative della condanna e la sua natura civilistica che consente il riconoscimento e la quantificazione della somma dovuta a titolo risarcitorio e, nell'ipotesi di corresponsabilità dell'illecito, per ripartire le conseguenze riparatorie ed evitare duplicazioni e locupletazioni.

In conclusione si deve accogliere il primo motivo del ricorso con assorbimento del secondo motivo e cassare la sentenza impugnata con rinvio alla Corte d'appello di Torino, in diversa composizione, a cui si demanda anche la pronuncia sulle spese del giudizio di Cassazione.

Ai fini del presente discorso è possibile limitarsi a constatare che, guardando alle attuali disposizioni normative, all'interno dell'ordinamento giuridico italiano l'istituto dei danni punitivi non trova collocazione secondo la posizione della Cassazione. Ma non deve passare inosservato il fatto che gli art. 1223 e 1226 c.c. - che si applicano al fatto illecito ex art. 2056 c.c. - espressamente disciplinano la materia del risarcimento del danno, imponendo che quest'ultimo concerni esclusivamente le conseguenze immediate e dirette del danno (art. 1223 c.c.): pertanto il dettato di tale previsione normativa esclude l'ammissibilità di un risarcimento diverso, come quello punitivo appunto. Ma questa norma deve necessariamente correlarsi all'art. 1226 c.c. il quale sancisce che il potere equitativo del giudice è comunque subordinato alla prova dell'esistenza del danno di cui non riesce a quantificare la misura esatta.

¹⁴⁵ Cass. sentt. n. 9247/2002 e n.3365/2000.

Neanche il riferimento al dettato degli articoli 1815 e 70 disp. att. c.c. né quello degli artt. 709-bis ss. c.p.c. e 650 c.p. permettono di ammettere l'introduzione dei danni punitivi nel nostro ordinamento. Queste disposizioni infatti concernono le sanzioni che l'ordinamento prevede per violazione di norme imperative (art. 1815 c.c. o dell'ordine del giudice (artt. 709-bis ss. c.p.c. e 650 c.p.) o l'unica fattispecie di sanzione consentita all'autonomia privata¹⁴⁶ (70 disp. att. c.c.); si tratta di norme di natura eccezionale e mai dirette ad un risarcimento del danno a favore di altra parte.

Circa la tematica sottoposta al vaglio dei giudici di legittimità sul riconoscimento in Italia delle sentenze di condanna al risarcimento dei danni emesse all'estero, la Corte richiama la legge di Riforma del sistema italiano di diritto internazionale, il quale all'art. 64 è rubricato e disciplina espressamente il "*riconoscimento di sentenze straniere*".

Tale disposizione elenca nelle lettere da a) a g) le condizioni che permettono di riconoscere la sentenza straniera senza il necessario ricorso ad alcun procedimento.¹⁴⁷

Ai fini del nostro discorso rilevano i requisiti enunciati nelle lettere b) (nella seconda parte), e), f), g) che possono definirsi "negativi" perché non devono sussistere affinché si concretizzi il riconoscimento della sentenza straniera. Sono rispettivamente: assenza di violazione dei diritti essenziali della difesa; non contrarietà ad altra sentenza pronunciata da un giudice italiano passata in giudicato; assenza di un processo pendente davanti ad un giudice italiano per il medesimo

¹⁴⁶ Cfr. sui limiti all'applicazione di tale disposizione si veda Cass., 21 aprile 2008, n. 10329

¹⁴⁷ Si parla a tal proposito di "efficacia automatica" della sentenza straniera, in quanto appunto non è necessario instaurare un apposito giudizio davanti alla Corte di appello territorialmente competente qualora sussistano i requisiti ex art. 64 della l. n.218/1995. I requisiti enucleati nelle lettere a) e b), prima parte, e c) e d) sono qualificabili come "positivi" perché devono sussistere affinché operi il riconoscimento e sono rispettivamente: il giudice che ha pronunciato la sentenza poteva conoscere della causa secondo i principi della competenza; l'atto introduttivo del giudizio è stato portato a conoscenza del convenuto conformemente a quanto previsto dalla legge del luogo dove si è svolto il processo; le parti si sono costituite in giudizio secondo la legge del luogo dove si è svolto il processo o la contumacia della parte è stata dichiarata in base a tale legge; la sentenza è passata in giudicato secondo la legge del luogo in cui si è pronunciata.

oggetto e fra le stesse parti che abbia avuto inizio prima del processo straniero; non contrarietà all'ordine pubblico.

L'attenzione della Suprema Corte si concentra in primo luogo sulla lettera g) che concerne l'ordine pubblico: infatti il riconoscimento opera quando le disposizioni della sentenza straniera non producono effetti ad esso contrari. In conformità ai meccanismi del diritto internazionale privato il criterio dell'ordine pubblico rileva quindi sia come limite all'ingresso di pronunce giudiziali straniere nell'ordinamento italiano sia come elemento la cui contrarietà comporta la non-applicabilità delle norme straniere.

Sempre all'ordine pubblico guarda anche il dettato dell'art. 16 che dispone la non applicazione della legge straniera se i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico. Pertanto l'ordine pubblico assume un ruolo centrale ai fini del riconoscimento delle sentenze straniere in quanto individua *“il complesso dei principi che, in un determinato momento storico, sono posti dalla Costituzione, dal diritto europeo e dalle leggi - anche in via di attuazione del diritto europeo e dei trattati internazionali - a base dei valori che debbono essere rispettati per mantenere l'armonia del sistema giuridico interno”*.¹⁴⁸

Nella sentenza in esame la Corte di Cassazione, sulle regole di ordine pubblico riferibili al risarcimento del danno da responsabilità extracontrattuale, ha richiamato i principi già affermati.

Innanzitutto ricorda che nel vigente ordinamento giuridico il diritto al risarcimento del danno conseguente alla lesione di un diritto soggettivo non assume finalità punitive, ma è riconosciuto in relazione all'effettivo pregiudizio patito dal titolare del

¹⁴⁸ In tema di ordine pubblico ci sono state sia numerose pronunce giurisprudenziali - ad esempio, Cass. Civ. Sez. I, 22 luglio 2004, n.13663 - sia molteplici interventi in dottrina quali di G. PONZANELLI, *Danni punitivi? No, grazie*, in *Europa e dir. priv.*, 2007, p. 1129 che ritiene che *“La ratio dei punitive damages è rinvenibile nell'esigenza di deterrenza dei consociati dell'ordinamento giuridico dalla posizione in essere di condotte dannose per i terzi”*.

diritto lesa, permanendo la necessità della prova¹⁴⁹ di un concreto pregiudizio economico ai fini della determinazione quantitativa e della liquidazione del danno per un'equivalente pecuniario anche nelle ipotesi di danno *“in re ipsa”*.

Sul punto inoltre la Corte di Cassazione ha rinviato alla precedente pronuncia n. 1183 del 2007 in cui aveva già affermato il principio secondo la quale il nostro ordinamento giuridico non conosce l'idea della punizione e della sanzione della responsabilità civile, in quanto per tale fine è indifferente la valutazione della sua condotta, e che *“l'apprezzamento del giudice nazionale sulla eccessività (o meno) dell'importo liquidato per danni del giudice straniero e l'attribuzione (o meno) alla condanna, anche per effetto di tale valutazione di natura e finalità punitiva e sanzionatoria alla stregua dell'istituto dei cosiddetti “punitive damages”, si risolvono in un giudizio di fatto, riservato al giudice della deliberazione e insindacabile in sede di legittimità se congruamente e logicamente motivato”*.

In dottrina, in tema di contrarietà all'ordine pubblico, si cita Focarelli¹⁵⁰ che ritiene che l'ordine pubblico opera *ex post* in quanto impedisce l'applicazione in Italia di una norma straniera già richiamata dalle norme di conflitto italiane nei limiti in cui i suoi effetti risultino incompatibili con i principi fondamentali dell'ordine italiano.

Ancora, si può citare Arieta-De Santis¹⁵¹ che hanno affermato che *“L'ordine pubblico è un concetto elastico che muta col tempo, con la sensibilità del giudice ed è differente da paese a paese. Esso concede con il complesso dei principi fondamentali che caratterizzano una comunità nazionale in un determinato momento storico.*

¹⁴⁹ Sul punto si veda Cass., n. 15814 del 12 giugno 2008 e Cass., n. 25820 del 10 dicembre 2009.

¹⁵⁰ C. FOCARELLI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Perugia, 2005, p. 59. L'A. ha ripercorso brevemente le teorie positive e negative che si sono elaborate in merito all'ordine pubblico e dopo aver differenziato l'ordine pubblico interno dall'ordine pubblico internazionale, si sofferma sui suoi effetti *“L'effetto dell'ordine pubblico nel riconoscimento è naturalmente il diniego del riconoscimento stesso”*.

¹⁵¹ G. ARIETA- F. DE SANTIS, *Il processo civile e la normativa comunitaria*, a cura di Scarafoni, Torino, 2012, p. 252.

Come chiarisce, l. art.34, n. 1, regolamento n.44/2001, ai fini del riconoscimento delle decisioni, rileva l'ordine pubblico dello Stato richiesto".

La pronuncia in esame quindi manifesta l'atteggiamento di netta chiusura da parte dell'ordinamento giuridico italiano verso i danni punitivi rispetto ai quali la giurisprudenza e la dottrina italiana si sono confrontate in merito al riconoscimento e alle esecuzioni di sentenze straniere di condanna.

Come visto, l'incompatibilità dei danni punitivi con l'ordine pubblico interno è stata riconosciuta dalla Corte di Cassazione per la prima volta nel 2007; e ancora oggi trova conferma nella sentenza in esame.

La Suprema Corte sottolinea sempre la funzione esclusivamente riparatoria della responsabilità civile, escludendo ogni possibilità di ammettere i danni punitivi sebbene la categoria degli interessi tutelati e la stessa nozione di danno risarcibile siano oggi sottoposti ad un'estensione significativa.

4.4 Conclusioni

Allo stato attuale i danni punitivi sono estranei agli ordinamenti dei paesi di *civil law* e per questo si configurano come un significativo elemento di diversità rispetto a quelli di *common law* in cui - come visto nei capitoli precedenti - i danni punitivi sono riconosciuti, anche se in maniera difforme nei singoli stati.

Gli ordinamenti di *civil law* infatti sono sempre stati restii ad accettare forme di risarcimento che avessero un obiettivo diverso da quello della riparazione del danno e molteplici sono le motivazioni che giustificano tale riluttanza.

Innanzitutto si ritiene che l'idea della punizione sia fuori dal diritto privato perché questa finalità è considerata come appartenente esclusivamente al diritto penale. In secondo luogo occorre evidenziare che gli ordinamenti di *civil law*, come quelli di

common law, non riescono ad accettare l'imposizione di forme di "punizioni", in mancanza delle garanzie previste dal diritto processuale penale.

Una terza ragione è rappresentata dall'avversione ai possibili rischi di confusione tra le funzioni del diritto civile e quelle del diritto penale.

Ma una delle principali considerazioni per le quali si respinge l'ammissione della figura giuridica dei danni punitivi negli ordinamenti di *civil law* è rappresentata dalla presunta violazione del principio di integrale riparazione del danno da parte di questa categoria rimediale anglosassone. Ma sebbene si affermi la stretta ottemperanza all'applicazione di tale principio, si è dimostrato che nei sistemi giuridici di *civil law* sono previste delle figure che perseguono obiettivi "ultracompensativi" e in particolare modo la dottrina italiana fa rientrare in tali fattispecie l'istituto giuridico delle pene private.¹⁵²

La pena privata fa parte del *genus* della "sanzione giuridica", il quale si configura come un concetto ampissimo e che Padovani ha definito come "*conseguenza negativa prospettata ed imposta per la violazione di un dovere di astensione o di un obbligo di agire*".¹⁵³ L'A. delinea le diverse sanzioni che l'ordinamento italiano prevede: sanzioni premiali, reintegratorie, risarcitorie, punitive. Ai fini del nostro discorso rileva in particolare la distinzione tra le sanzioni risarcitorie e quelle punitive: nelle prime il ripristino dello *status quo ante* la commissione dell'illecito avviene per equivalente economico; le seconde, come le sanzioni risarcitorie,

¹⁵² Sul concetto della pena privata in Italia si veda: F.D. BUSNELLI - G.SCALFI (a cura di), *Le pene private*, cit. 31; V. ZENO- Z. ZENCOVICH, *Il problema della pena privata nell'ordinamento italiano: un approccio comparatistico ai "punitive damages" di common law*, in *Giur. it.*, 1985, IV, p.12; G.PONZANELLI, *Pena privata*, in *Enc. Treccani*, XXII, Roma, 1990; P.GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996; S. PATTI, *Pena Privata*, in F.D.BUSNELLI - S.PATTI (a cura di), *Danno e responsabilità civile*, Torino, 2003, p. 235; E.GUERINONI, *Pene private e danni punitivi*, in P.CENDON (a cura di), *I danni risarcibili nella responsabilità civile*, VIII, Aspetti processuali e applicativi, Torino, 2005, p.93 ss.; M.G. BARATELLA, *Le pene private*, Milano, 2006.

¹⁵³ Cfr. Tale definizione è stata tratta da T.PADOVANI, "*Lectio brevis*" sulla sanzione, in F.D. BUSNELLI - G.SCALFI (a cura di), *Le pene private*, cit., p.56.

puniscono il colpevole con un bene diverso da quello offeso ma tale bene, a differenza delle sanzioni risarcitorie, non ha alcun rapporto funzionale con quello leso.

Le sanzioni punitive sono rintracciabili nei diversi settori dell'ordinamento e quindi sono individuabili le sanzioni punitive penali *stricto sensu*, quelle amministrative e le sanzioni punitive civili, dette anche pene private.

Ma sulla possibilità di equiparare le sanzioni punitive civili alle pene private non tutti gli autori in dottrina sono d'accordo: ne è esempio Galgano¹⁵⁴ il quale ritiene che i due termini non possono essere usati come sinonimi l'uno dell'altro in quanto la sanzione punitiva civile si configura come una misura patrimoniale afflittiva prevista dalla legge ed applicata dall'autorità giudiziaria, mentre la pena privata è quella minacciata e applicata dai privati verso altri privati. Pertanto è lasciata alla libera scelta della parte privata la decisione di chiedere una pena privata, così ottenendo il beneficio patrimoniale derivante dall'attivazione della stessa.

In ogni caso non è rinvenibile un'univoca definizione di pena privata in grado di ricomprendere al suo interno tutte le possibili sfaccettature di questa figura giuridica ed è per questo che pacificamente si riconosce alla pena privata una definizione elastica.

Ma una prima ed approssimativa definizione di pena privata è quella di una misura imposta in un giudizio civile su apposita istanza della parte che beneficerà della stessa. Essa può avere contenuto vario in quanto può assumere le forme del pagamento di una somma in termini monetari o di altre misure idonee ad incidere sulle situazioni giuridiche penalmente rilevanti.

Ovviamente ai fini del nostro discorso rilevano le pene private che si traducono nella condanna al pagamento di una sanzione pecuniaria da parte dell'autore dell'illecito e

¹⁵⁴ Cfr. F.GALGANO, *Alla ricerca delle sanzioni civili indirette: premesse generali*, in *Contr. e impr.*, 1987, p.532. L'A. evidenzia, inoltre, la presenza dell'ulteriore forma delle sanzioni civili indirette che condividono solo la funzione della sanzione e mirano a garantirne l'efficacia e l'effettività.

la caratteristica principale di queste figure è che manca completamente una correlazione, un nesso di causalità tra l'entità del danno concretamente cagionato all'offeso in seguito al compimento dell'illecito e il *quantum* del risarcimento. Solitamente la condanna a questo tipo di pena privata è comminata in virtù del riscontro di una condotta illecita caratterizzata da una particolare gravità dell'elemento soggettivo, più precisamente dalla colpa grave o dalla intenzionalità¹⁵⁵ - che, come precedentemente analizzato, è definita cd. *malice* negli ordinamenti di *common law*.

Su tale punto meritano di nota le parole di Cendon¹⁵⁶ che evidenzia i connotati essenziali della pena privata: l'obbligo per un soggetto di pagare ad un altro una certa somma caratterizzata dalla natura prevalentemente o solamente sanzionatoria; questa sanzione è corrisposta solitamente sulla base del valore del bene offeso nell'illecito e guardando al corrispondente valore di questo bene nella gerarchia di valori dell'ordinamento e in via alternativa o commutativa sulla base del connotato particolarmente riprovevole e oltraggiosa della condotta dell'autore dell'illecito.

L'A. sostiene inoltre che possono esserci due possibilità: se il *quantum* a cui ammonta l'obbligo risarcitorio è comminata in relazione alla componente economica del danno, allora la pena privata può essere fatta rientrare nell'ambito della responsabilità civile; in caso contrario allora la pena provata si colloca al di fuori della responsabilità civile.

Le somiglianze tra la pena privata e i danni punitivi sono palesi ma sarebbe sbagliato, come afferma anche la Corte di Cassazione, pensare di poter considerare la pena privata come l'istituto corrispondente ai danni punitivi nell'ordinamento di *civil law*. A sostegno di questa tesi c'è il fatto che il concetto di pena privata è stato generato dalla dottrina per individuare tra i rimedi civilistici una categoria di rimedi che sono caratterizzati da una funzione mista.

¹⁵⁵ Sul punto di veda P.GALLO, op. cit., p. 59 ss.

¹⁵⁶ Cfr. P.CENDON, op. cit. pp. 151-152.

Ed è proprio la dottrina che ha suggerito numerosi criteri per poter classificare le diverse figure di pene private individuabili nell'ordinamento italiano. Un primo metodo classifica le pene private sulla base della loro fonte e quindi sono rintracciabili le pene negoziali, che traggono origine da un preciso atto di autonomia privata, le pene legali, che derivano da una previsione normativa; ed infine le pene giudiziali, che sono espresse in un atto dell'autorità giudiziaria. La clausola penale già citata - è un tipico esempio di pena privata nonostante la sua identificazione come pena privata sia estremamente dibattuta: infatti alcuni autori gli hanno riconosciuto una funzione solo risarcitorie, al contrario di altri che gli hanno attribuito una funzione non risarcitorie ma di preventiva determinazione del danno secondo il meccanismo del cd. *forfèt*.

Altri ancora ne hanno denunciato in un primo momento la natura coercitiva, poi sanzionatoria e infine la natura prettamente punitiva; infine una tesi sostiene di riconoscerne la funzione di tutela del creditore garantendogli la condanna al pagamento di una sanzione in capo al debitore inadempiente e proprio sulla scia di questa tesi sarebbe possibile sostenere la sua funzione di pena privata su base negoziale.

Per quanto riguarda esempi di pene private giudiziali questi sono rinvenibili nel settore della responsabilità aquiliana e in particolare la riparazione del danno non patrimoniale. Più nel dettaglio, si sostiene che se è stata cagionato intenzionalmente un danno a valori fondamentali - come l'onore, la vita, l'integrità fisica - il risarcimento di questo danno è indice di un particolare grado di riprovevolezza della condotta dell'autore dell'illecito e quindi il relativo risarcimento è caratterizzato da una funzione mista di compensazione e di punizione del danneggiante: pertanto l'ammontare del risarcimento così ottenuto, sarà strettamente correlato al dato soggettivo che ha connotato il comportamento illecito.

Infine nell'ambito delle pene private legali sono rinvenibili molteplici istituti essenzialmente propri della legislazione speciale e che prevedono la condanna ad una sanzione di misura superiore al danno concreto sofferto dal danneggiato. Il tipico

esempio di è la riparazione pecuniaria prevista dall'art. 12 della legge sulla stampa e che prevede che in caso di diffamazione la vittima può richiedere oltre al risarcimento del danno non patrimoniale, un'ulteriore somma a titolo di "riparazione". Il *quantum* di tale somma è calcolato sulla base della gravità dell'offesa e della diffusione dello stampato ma è l'ambito di applicazione di questa norma ad essere oggetto di uno spinoso dibattito. Secondo l'opinione prevalente è una forma di sanzione civile che è connotata dalla funzione punitiva giustificata dalla riprovevolezza tradizionalmente riconosciuta alla diffamazione. secondo una parte della dottrina un altro caso di pena privata era rappresentato dall'art. 18 della legge n. 349 del 1986 in materia di risarcimento del danno all'ambiente¹⁵⁷ e analizzato tra poco.

La rivalutazione delle pene private veniva giustificata sulla base del fatto che la dottrina si interrogava sulla loro capacità effettiva di garantire un soddisfacimento maggiore rispetto al mero tradizionale rimedio risarcitorio. Infatti una concezione più elastica del rimedio risarcitorio può permettere di includervi liquidazioni equitative e forfettarie in caso di lesioni di interessi non patrimoniali al fine di garantire una tutela riparatoria dei diritti della personalità, evitando il ricorso dell'alternativa della pena privata. questo permetterebbe di rimanere nella logica della riparazione senza sconfinare in quella della punizione.

Il tema delle funzioni della responsabilità civile è oggetto di un costante studio e dibattito da parte degli studiosi di diritto civile anche in seguito all'estensione della categoria degli interessi protetti e del concetto di danno risarcibile. Infatti l'ottica funzionalistica sembra destinata a cambiare sulla base dell'evoluzione della realtà giuridica. Tale inarrestabile adattamento ai principi sulla responsabilità civile alle cangianti necessità di tutela ha portato a rispettare, almeno da un punto di vista formale, l'antica regola della stretta corrispondenza tra l'entità del danno cagionato e

¹⁵⁷ Art. 18 della legge 8 luglio 1986, n. 349, ora abrogato; la disciplina relativa al risarcimento del danno ambientale si trova ora agli artt. 299 ss., d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, c.d. codice dell'ambiente.

il *quantum* risarcitorio, nonostante l'indubbia presenza di correnti favorevoli al tradizionale criterio dell'equivalenza.

Autorevoli voci in dottrina, sulla scia di quanto sostenuti dai giudici di legittimità, hanno sostenuto la presenza di una funzione unitaria della responsabilità civile volta più precisamente alla sola riparazione del danno ma contemporaneamente non nega la natura di sanzione civile dell'illecito. Questo carattere complementare però mal si concilia con la finalità peculiare della responsabilità civile cioè quella di far passare le conseguenze dannose dell'illecito dal danneggiato al danneggiante e non invece quella di punire l'autore del comportamento dannoso.

Questo simposio, avente ad oggetto la tematica delle funzioni svolte dai rimedi risarcitori, negli ultimi anni è stato farcito da nuove interpretazioni dottrinali, soprattutto a seguito delle pronunce delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione prese in esame in questo capitolo e in quelle avanzate sul concetto di danno non patrimoniale (in particolare il tanto dibattuto "danno esistenziale").

Alla "nuova" figura di danno non patrimoniale inteso come una categoria unitaria e non suscettibile di essere scomposta in forme di danno singolarmente risarcibili, è riconosciuta una funzione esclusivamente riparatoria, in correlazione al principio di integrale riparazione del danno. Ma si è inoltre evidenziato che i principi enunciati dalla Corte di Cassazione sulla tematica della funzione del danno non precludono la possibilità che l'effettiva finalizzazione delle liquidazioni del risarcimento del danno possa essere delineata concretamente solo nella prassi giurisprudenziale, e non dalle mete statuizioni di principio.

Pertanto il principio di integrale riparazione del danno costituisce impunto di partenza per affrontare la tematica circa la possibilità di introdurre la figura dei danni punitivi tra i rimedi utilizzabili dal danneggiato come conseguenza del fatto illecito. Come già detto, tale principio guarda solo la figura del danneggiato che patisce la perdita e il danno, e non quella del danneggiante o le modalità con cui quest'ultimo ha compiuto il fatto illecito. Attraverso la condanna al pagamento di una somma

risarcitoria si vuole mettere il danneggiato nella stessa situazione in cui si trovava prima della commissione del fatto illecito o, se si preferisce il linguaggio degli economisti, nella stessa curva di indifferenza in cui si trovava la vittima.

Il principio di integrale riparazione non sembra avere rilevanza costituzionale¹⁵⁸ anche se nelle sentenze - esaminate nel presente capitolo - pronunciate dalla Corte di Cassazione è stato loro attribuito tale carattere. Il legislatore più volte si è pronunciato anche in ottemperanza di precisi impegni comunitari, fissando la misura del risarcimento per alcuni tipi di contratto (tra cui il settore del trasporto, in particolare quello aereo; poi è stata estesa a settori extracontrattuali quali l'espropriazione per pubblico interesse, etc.). Come si può notare in tutti questi casi il *quantum* risarcitorie fissato *ex ante* dal legislatore è sempre inferiore al danno subito dal danneggiato e che sono ritenute assolute legittime da un punto di vista costituzionale. La Corte di Cassazione infatti in molteplici pronunce ha ribadito la piena legittimità delle misure di determinazione eteronoma del risarcimento del danno, escludendo la rilevanza costituzionale del principio di integrale riparazione del danno ma sempre richiedendo che la somma fissata non assumesse connotati di un indennizzo irrisorio e irrazionale.

Pertanto se il principio di integrale riparazione del danno ammette interventi legislativi che fissano il risarcimento del danno in misura inferiore all'effettiva offesa sofferta dalla vittima, allora ugualmente dovrebbero essere giudicate legittime, sotto il profilo costituzionale, le determinazioni risarcitorie che eccedono l'ammontare del concreto danno sofferto dalla vittima e che si distaccano dal modello meramente riparatorio.

¹⁵⁸ Cfr. G. PONZANELLI, *La irrilevanza costituzionale del principio di integrale riparazione del danno*, in BUSSANI (a cura di), *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, Esi, 2006. Da ultimo, l'irrilevanza costituzionale del principio di integrale riparazione del danno è stata confermata da Corte Cost., n. 349 del 24 ottobre 2007, in *Guida al dir.*, 2007, p. 44.

Nella presente analisi è interessante esaminare quale è la *ratio* delle misure risarcitorie superiori a giusto risarcimento e che sembra diverso a seconda dei settori del diritto interessati.

Infatti, come si vedrà nel caso della proprietà industriale, si vuole impedire un ingiustificata arricchimento del danneggiante. Quest'ultimo non può certo arricchirsi in seguito al fatto illecito commesso (per esempio mediante usurpazione di privative industriali e contraffazione del brevetto) e quindi deve risarcire il danneggiato sia della perdita subita (cioè quella voce definita “danno emergente”) sia il lucro ottenuto da tale illecito.

In base ai principi generali però il danneggiato non è quasi mai in grado di dimostrare in maniera efficace, tutto il pregiudizio che ha sofferto: infatti il lucro cessante che deriva dall'uso dell'*entitlement* proprio del sistema delle privative industriali non riesce a soddisfare quei requisiti di certezza previsti dal sistema. Ecco quindi la *ratio* della possibile introduzione dei danni punitivi nel sistema della proprietà industriale: evitare ingiustificati arricchimenti, facilitando gli oneri processuali della parte danneggiata.

Diversa è la *ratio* del risarcimento nell'ambito delle intercettazioni telefoniche, in quanto qui c'è una maggiore difficoltà nell'attribuzione di un certo valore al bene tutelato dall'ordinamento; in tale settore il legislatore è intervenuto fissando un risarcimento che scatta al momento della lesione subita. Non si risarciscono quindi le conseguenze diverse e concrete sofferte dal danneggiato, ma la lesione. Qui si assiste a un danno-evento, e non a un danno-conseguenza; pertanto il risarcimento del danno abbandona qualunque finalità riparatori e assume una connotazione sanzionatoria ma non per forza punitiva, come in dottrina qualche voce fuori dal coro ha suggerito.

La giurisprudenza non ha valorizzato fino ad adesso gli indici normativi su cui fondare le costruzione di una categoria di pene private ma dimostra insoddisfazione rispetto al metodo vigente e tradizionale per quella finalità esclusivamente riparatoria del risarcimento del danno.

L'ottica mono-funzionalistica della responsabilità civile ribadita dalla Cassazione, nelle sentenze analizzate *de qua*, oltre a quelle appunto che la Corte stessa ha detto in materia di danno non patrimoniale, sembra non convincere una sostenuta parte della dottrina in quanto tale visione della responsabilità civile viene considerata come eccessivamente restrittiva rispetto alla realtà normativa e giurisprudenziale.

Secondo la corrente minoritaria ci sono molteplici ragioni per sostenere la necessità di introdurre nel nostro ordinamento giuridico un istituto analogo ai danni punitivi, in quanto questi ultimi sarebbero idonei alle attuali esigenze della responsabilità civile. Più precisamente la possibilità di condannare il danneggiante al risarcimento dei danni punitivi permetterebbe di soddisfare, da un lato, la necessità di un'approfondita e specifica analisi delle condotte illecite e dei caratteri peculiari che potrebbero integrare la fattispecie di concreta applicazione dei danni punitivi, e dall'altro soddisfare anche le istanze di giustizia retributiva della singola persona offesa dall'illecito sia della compagine sociale; inoltre l'ammissibilità dei danni punitivi potrebbe fungere da adeguato supporto nella individuazione della deterrenza ottimale. In quest'ottica dunque la preclusione a priori di un tale strumento giuridico potrebbero rivelarsi pregiudiziale per il nostro sistema della responsabilità civile che rischia di essere cristallizzato escludendo ogni possibilità di prevedere una regolamentazione efficace.

A questa opinione minoritaria così decisa e favorevole all'ammissione dei danni punitivi nel nostro ordinamento giuridico, si contrappone un filone dottrinale intermedio che non ritiene ragionevole l'introduzione dei *punitive damages* ma che al contempo non riesce ad appoggiare neanche una troppo rigida configurazione della responsabilità civile proposta dalla Corte di Cassazione. La Corte infatti sembra non dare adeguata importanza all'"intrinseca dinamicità" del nostro *tort system* il quale infatti ha negli ultimi decenni incrementato la propria finalità riparatori ma allo stesso tempo è innegabile che non abbia seguito in via esclusiva questa funzione ma si sia relazione anche con altre e diverse finalità.

Infatti il modello compensativo ha sì un ruolo centrale ma è stato affiancato da altre figure di rimedi risarcitori che si diversificano dal primo circa la funzione concretamente perseguita. Non ammettere la sussistenza di queste figure vuol dire non rispecchiare l'attuale realtà giuridica e non vuole tradursi necessariamente nel rifiuto di introdurre i danni punitivi nei casi sotto il vaglio della Corte di Cassazione.

Quindi sembra opportuno concentrarsi sulla *law in action*, interrogandosi sulla veridicità dell'affermazione secondo cui, nell'attività di determinazione del *quantum* risarcitorio la giurisprudenza guarda esclusivamente alla figura del danneggiato senza considerare assolutamente la persona - ovviamente in termini di posizione giuridica - del danneggiante. Più precisamente in caso di danno non patrimoniale, non sembra poter rispondere in maniera positiva in quanto non si può verificare in maniera attendibile se i giudici abbiano regolato il risarcimento anche in base alle modalità e caratteristiche della condotta del danneggiante - innanzitutto se caratterizzata dal particolare grado di riprovevolezza - e più in generale alla gravità dell'offesa cagionata alla vittima o alle condizioni economiche dell'autore dell'illecito.

Questa interpretazione è criticata da coloro che sostengono la finalità esclusivamente compensativa della responsabilità civile in quanto ritengono che tale impostazione possa comportare il rischio che danni di identica entità vengano risarciti in maniera anche nettamente differente e al contrario che a danni notevolmente diversi sia corrisposto lo stesso risarcimento. Inoltre questi ritengono che il suddetto pericolo possa sussistere in caso di pieno accoglimento della "teoria punitiva", ma anche riconoscendo al risarcimento del danno non patrimoniale una sola e concorrente valenza punitiva. In tal caso infatti si assisterebbe, in sede di liquidazione del risarcimento del danno non patrimoniale, solo ad una riduzione delle ipotesi di "cattivo uso" dei criteri quali le risorse finanziarie ed il patrimonio del danneggiante o la gravità della colpa dell'autore dell'illecito. Queste modalità di liquidazione del risarcimento del danno si considerano non conformi alle origini più profonde e genuine della responsabilità civile né coerenti con i principi di equità.

Ma queste critiche sembrano facilmente superabili prendendo in considerazione due dati: innanzitutto che tale interpretazione, *in favor* della sola funzione compensativa della responsabilità civile, è difettosa e viziata sul piano della logica in quanto non è chiaro in base a quali parametri un danno non patrimoniale può essere considerato “di identica entità” rispetto ad un altro.

Inoltre la medesima impostazione non convince già solo per il principio sotteso, cioè che la “medesima” offesa deve essere valutata secondo parametri “oggettivi” e senza cioè alcuna possibilità di prendere in esame i parametri “soggettivi” quali le modalità di compimento dell’illecito, il dolo, la gravità della colpa, o lo *status* soggettivo dell’autore dell’illecito o delle peculiarità che possono avere inciso in modo significativo sull’esito di un certo fatto illecito. Infatti è palese che una “stessa” lesione ad un medesimo bene può essere fortemente influenzata dalle concrete modalità soggettive di compimento dell’illecito e l’esigenza di riconoscere importanza a questi elementi deriva da basilari istanze di uguaglianza sostanziale, che implicano una analisi personalizzata del danno. E senza dubbio una tale personalizzazione del danno ai fini del suo risarcimento comporta e tradisce il perseguimento di una valenza deterrente e punitiva, ponendo l’attenzione sulla figura del danneggiante.

In dottrina alcune autorevoli voci sostengono che se le finalità della responsabilità civile sono non solo riparatorie ma anche deterrenti allora occorre verificare quali sono gli strumenti giuridici che sono attualmente vigenti e che perseguono tale finalità. La deterrenza della responsabilità civile attuata mediante la punizione monetaria richiama la possibilità di un’ipotesi di incostituzionalità: infatti solo lo Stato è titolare di una potestà punitiva, cioè, in altri termini, è il solo legittimato ad intervenire con le sanzioni criminali, che sono prettamente punitive, quando sono violati i valori e diritti fondamentali su cui si fonda l’equilibrio sociale, anche in funzione della tassatività delle ipotesi di illecito penale. Quindi la punizione è compito inderogabile del legislatore penale e non può in alcun modo essere

contemplata tra le finalità del diritto civile e più precisamente della responsabilità civile.

La punizione monetaria sarebbe quindi una sanzione penale che potrebbe essere introdotta e ammessa solo da una fonte primaria, cioè la legge e più precisamente da una legge penale. Si pone quindi un importante interrogativo interpretativo: è possibile qualificare la punizione monetaria, cioè una somma da risarcire che ecceda di gran lunga il danno patito concretamente dalla vittima, come una vera e propria sanzione criminale e quindi da tenere distante dalle funzioni del diritto civile? La risposta a tale interrogativo è stata formulata da quella riflessione dottrina sviluppatasi già dagli anni ottanta sulla riscoperta delle sanzioni punitive private o pene private, la cui opportunità nonché legittimità è indubbia.¹⁵⁹

Circa il profilo dell'opportunità delle pene private, la loro riscoperta può essere ritenuta una delle conseguenze dell'inflazione penalistica che ha comportato conseguenze paradossali sulla funzione di prevenzione generale peculiare delle sanzioni criminali; in particolare nel diritto civile il ricorso a sanzioni punitive è stato determinato dalla necessità di operare una maggiore tutela di alcuni attributi e diritti della personalità.

Sulla legittimità delle pene private non sembra invocabile la garanzia costituzionale dell'art. 25 e il correlato principio di tipicità degli illeciti e delle sanzioni penali.¹⁶⁰

Quanto detto in linea generale sulla pena privata, deve essere specificato in relazione ai danni punitivi e in particolare quali sono le funzioni svolte da questi. *In primis*, quando è stato violato un diritto con un comportamento grave; quando il danneggiato è l'unico che, tra più persone offese dal medesimo evento dannoso, instaura una

¹⁵⁹ Tanti sono gli scritti su tale argomento tra cui BUSNELLI-SCALFI, op. cit., p. 85; GALLO, op. cit., p. 178.

¹⁶⁰ Cfr. F. BRICOLA, *La riscoperta delle "pene private" nell'ottica del penalista*, in *Le pene private*, cit., 27 ss., e più recentemente, D. FONDAROLI, *Illecito e riparazione del danno*, Milano, 1999, p. 57.

controversia; infine quando si rivela l'inadeguatezza e/o insufficienza delle sanzioni penali a soddisfare efficacemente il perseguimento dell'obiettivo deterrente.

Circa poi il parametro delle condizioni economiche e finanziarie del danneggiante, non si può negare che la lesione arrecata da un soggetto che proprio in ragione delle sue superiori possibilità economiche agisce contro la vittima e senza preoccuparsi dell'offesa cagionata ai diritti e agli interessi di quest'ultima, può comportare un maggiore sentimento di rabbia e di ingiustizia da parte del danneggiato.

Per quanto riguarda l'asserita contrarietà all'ordine pubblico si è già osservato che non sono convincenti le preoccupazioni sollevate da quella parte della dottrina secondo cui la necessità di statuire la contrarietà dei danni punitivi all'ordine pubblico italiano discenderebbe dalla necessità di impedire che l'attrattiva della valenza deterrente di tale istituto possa modificare drasticamente il sistema della responsabilità civile nostrano, di fatto annullando o sminuendo l'evoluzione della dottrina, della giurisprudenza, in sede giudiziaria e normativa, che aveva portato ad emancipare la figura dell'illecito civile da quella del diritto penale.

In quest'ottica si ritiene che l'affermazione secondo cui il particolare disvalore sociale della condotta o il suo particolare grado di gravità e riprovevolezza, sono necessariamente in contrasto con il c.d. *processo di secolarizzazione della responsabilità civile*, con cui le codificazioni di civil law sono riuscite a sottrarre la stessa ad ogni profilo penale.

La differenza tra la figura dell'illecito civile e il reato penale rappresenta l'iceberg di questa evoluzione e rispecchia la logica e la *ratio* del ristabilimento di un equilibrio dei patrimoni, per cui il risarcimento del danno conseguente al compimento di un illecito svolge di fatto la funzione di elidere le differenze insorte nei patrimoni in seguito all'illecito stesso. Pertanto appare evidente che questa considerazione avrebbe un indiscusso fondamento se si riconoscesse l'esistenza di una funzione autonoma e prettamente deterrente-punitiva del risarcimento del danno.

Quindi il raggiungimento di tale obiettivo sarebbe possibile statuendo una precisa correlazione tra l'entità del danno cagionato e la gravità soggettiva dell'illecito; tale possibilità troverebbe presupposto e giustificazione nel principio secondo cui la gravità soggettiva può avere tale rilevanza deterrente-punitiva solo nella possibilità di riconoscere gli istituti giuridici analoghe e affini ai danni punitivi nell'ordinamento italiano. Secondo parte autorevole della dottrina, questa possibilità permetterebbe di soddisfare la necessità di una tutela diversa da quella attualmente riconosciuta e di fare leva sul comportamento gravemente riprovevole dell'autore dell'illecito. In siffatta prospettiva può aprire utile individuare una nozione funzionale e dinamica, e non statica, di danno.

Inoltre tale approccio può condurre anche ad individuare un'estensione della voce stessa di danno, per enuclearvi sia la diminuzione patrimoniale conseguente dal compimento dell'illecito, sia l'abbattimento di valori e interessi che necessitano di una quantificazione monetaria per trovare ristoro. E proprio l'eventuale e auspicato riconoscimento della valenza di tipo "punitivo", in quanto corollario dell'estensione della nozione di danno, potrebbe giustificare una condanna civile al pagamento di un multiplo del danno.

Ma tali condanne risarcitorie non possono essere automaticamente assimilate ai danni punitivi anglosassoni *ex se* - in particolare quelli riconosciuti nell'esperienza statunitense - in quanto sono connotati da dubbi di incostituzionalità che mettono in dubbio le loro funzioni. Quindi sembra che siano proprio le problematiche in termini di eccessività e dubbia costituzionalità dei danni punitivi nell'ordinamento di *common law*, e l'abuso di tale istituto giuridico, a far rifiutare da parte degli ordinamenti di *civil law* l'accoglimento di qualunque istanza con valenza extracompensatoria.

Ma l'errore di tale impostazione è che porta necessariamente a conclusioni negative è il fatto che sia la dottrina sia la giurisprudenza si soffermano sulla compatibilità dei danni punitivi con i principi cardine degli ordinamenti di *civil law* che sono

storicamente caratterizzati dalla faticosa conquista dell'autonomia del diritto civile da quello penale.

Occorre pertanto incentrare l'attenzione sulle diverse chiavi di lettura che saranno oggetto dei capitoli seguenti.

CAPITOLO CINQUE:

ART. 96 C.P.C.: DANNO DA LITE TEMERARIA O DANNO PUNITIVO?

5.1 Analisi dell'articolo 96 c.p.c. post-novella n. 69 del 2009 - 5.2 Elementi dell'art. 96 comma 3 c.p.c. - 5.3 La natura del danno ex art. 96 comma 3 c.p.c. - 5.4 Onere della prova - 5.5 Articolo 96 comma 3 c.p.c.: mera funzione sanzionatoria o vero e proprio danno punitivo? - 5.6 Articolo 96 c.p.c.: responsabilità solidale dell'avvocato difensore - 5.7 Conclusioni.

5.1 Analisi dell' art. 96 c.p.c. post-novella n. 69 del 2009

Come già ampiamente descritto nei primi capitoli del presente elaborato, nel mondo anglosassone il giudice può pronunciare una sentenza di condanna, nei confronti della parte anche non soccombente, al pagamento di una somma che persegue una finalità inibitoria-preventiva e quindi punitiva. Tale somma viene riconosciuta al danneggiato in caso di responsabilità extracontrattuale ed è superiore rispetto a quella necessaria per compensare e ristorare quest'ultimo del danno subito, qualora l'autore dell'illecito abbia agito con *malice or gross negligence*.

La condanna al pagamento dei danni punitivi deve quindi soddisfare una funzione pedagogica e più precisamente quella di deterrenza, nei confronti sia dell'autore dell'illecito sia dell'intera compagine sociale, dal commettere e adottare una condotta illecita del medesimo tipo di quella oggetto del processo.

Nell'ordinamento giuridico italiano il legislatore ha introdotto, con la legge del 18 giugno 2009, n. 69, il terzo comma all'art. 96 c.p.c.. Tale norma rappresenta un fondamentale elemento di novità in quanto anche il nostro legislatore – come quello degli ordinamenti di *common law* - si è dovuto confrontare con la figura della responsabilità aggravata.

Quest'ultima persegue una duplice funzione: da un lato quella di scongiurare l'insorgere di liti connotate dalla palese inesistenza dei diritti, dall'altra quella di scongiurare l'uso e abuso di strumenti processuali per finalità diverse da quelle previste dalla legge.

Secondo parte della dottrina, è stato in tal modo introdotta nel nostro processo civile un'azione con finalità punitiva a cui è sottesa la tutela di un interesse di rilievo pubblicistico, il cui utilizzo è posto nelle mani del giudice.

Infatti il *novum* rappresentato da questa disposizione è stato interpretato dalle corti di merito come una norma che il legislatore ha ammesso per “aprire la porta” e lasciare

entrare nel nostro sistema processuale una forma di danno punitivo,¹⁶¹ volta da un lato a scoraggiare l'abuso del processo e dall'altro a censurare iniziative giudiziarie pretestuose. In tal modo, ad opinione di autorevole dottrina, è stato introdotto nel nostro ordinamento il risarcimento con finalità punitiva.

Pertanto la responsabilità processuale aggravata si rivela come un incisivo strumento sanzionatorio formulato dal legislatore a tutela di beni giuridici di fondamentale rilievo, tra i quali l'efficiente amministrazione della giustizia e l'economia proces-

¹⁶¹ M. ACIERNO - C. GRAZIOSI, *La riforma del 2009 nel primo grado di cognizione: qualche ritocco o un piccolo scisma?*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, p. 155 ss.; G. BALENA, *Le novità per il processo civile (l.18 giugno 2009 n.69)*, in *Foro it.*, 2009, V, p. 249 ss.; M.G. BAGATTELLA, *Le pene private*, Milano, 2006; L. BARRECA, *La responsabilità processuale aggravata: presupposti della nuova disciplina e criteri di determinazione della somma oggetto di condanna*, in *Giur. mer.*, 2011, p. 2704; N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino, 1996, p.175; R. BREDI, *Art. 96 terzo comma c.p.c.: prova di quadratura*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, p. 439; A. BRIGUGLIO, *Le novità sul processo ordinario di cognizione nell'ultima, ennesima riforma in materia di giustizia civile*, in *Giust. civ.*, II, 2009, p. 270; G. BUFFONE, *Il "danno strutturato" diventa legge: il legame diretto tra lite temeraria e indennizzo da giusto processo ingiusto*, in dirittoegiustizia.it, 2012; G. BUFFONE, *Il processo e il tempo, Tecniche "acceleratorie" e accomodamenti procedurali per una "auspicata" riduzione dei tempi di definizione del giudizio di primo grado*, in ilcaso.it, 2012, p. 4 ss; G. BUFFONE, *Il ricorso c.d. "anomalo" al credito costituisce abuso del diritto di difesa, sanzionabile mediante condanna per responsabilità processuale aggravata*, in *Giur. di Merito*, 2010, 9 § 3; F.D. BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito e danni punitivi*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, p. 909; P. CALAMANDREI, *Verità e verisimiglianza nel processo civile*, in *Opere giuridiche*, 1972, V., p. 615; P. CALAMANDREI, *Troppi avvocati!*, in *Opere giuridiche*, Napoli, 1966, II, p. 70; P. CALAMANDREI, *Il processo come gioco*, in *Studi sul processo civile*, Padova, 1957, VI, p. 53; G. CANZIO, *L'individuazione e la definizione del "precedente": il ruolo del Massimario*, in cortedicassazione.it, 2006, p.1 ss; M. CAPPELLETTI, *Accesso alla giustizia, voce dell'Enciclopedia delle scienze sociali*, in treccani.it, 1994; B. CAPPONI, *Astreintes nel processo civile italiano?*, in *Giust. civ.*, 1999, II, p. 157 ss.; F. CARNELUTTI, *La prova civile*, Roma, 1915, p. 31; A. CARRATTA, *L'abuso del processo e la sua sanzione: sulle incertezze applicative dell'art. 96, comma 3, c.p.c.*, in *Fam. e dir.*, 2011, p. 809; F. CIPRIANI, *L'avvocato e la verità*, in *Il processo civile nello stato democratico*, Napoli, 2006, p. 136; L.P. COMOGLIO, *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 319; C. CONSOLO, *La legge di riforma 18 giugno 2009, n. 69: altri profili significativi a prima lettura*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 877 ss.; F. CORDOPATRI, *Processo civile- Responsabilità processuale aggravata*, in *Corr. giur.*, 2012, II, p. 241; F. CORDOPATRI, *L'abuso del processo*, Padova, 2000, I e II, p. 51 ss.; L. URSO, *Un'agenda di politica economica per la giustizia civile*, in noisefromamerika.org, 2013; A. DONDI - A. GIUSSANI, *Appunti sul problema dell'abuso del processo civile nella prospettiva de iure condendo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 193 ss..

suale, sia nel momento dell'istruzione del processo sia durante lo svolgimento dello stesso.

Il principio di economia del processo e quello della diligenza nell'uso di strumenti processuali rappresentano il faro che illumina il giudice nell'avvalersi dello strumento che il legislatore gli mette a disposizione per salvaguardare la correttezza del sistema processuale e a tale fine la liquidazione equitativa è l'unità di misura da applicare.

Le molteplici pronunce di merito giungono ad interpretare l'art. 96 c.p.c. comma 3 c.p.c. come una misura dall'indole sanzionatoria, senza negare in molti casi il connubio con la matrice risarcitoria e quindi, in questa veste, è ritenuto un idoneo impulso ad adeguare il nostro diritto civile a criteri più moderni di equità e di uso etico degli strumenti giudiziari.

Senza dubbio le liti temerarie costituiscono un danno per l'intera comunità sociale e proprio per questo motivo è importante combattere tali condotte attraverso la sanzione d'ufficio comminata dal giudice in quanto il carico del lavoro giudiziario aumenta e al contempo rallenta la trattazione delle cause pendenti.

Occorre tenere conto che il precedente giurisprudenziale si pone come uno strumento effettivo ed "ufficioso" - non "ufficiale" - di creazione del diritto in quanto è espressione della centralità del giudice.

Nel nostro sistema giudiziario non opera il principio del precedente giudiziario vincolante, pertanto il giudice potrà astrattamente fondare la sua decisione in via esclusiva sulle norme del diritto e, nel momento in cui interpreta la norma da applicare alla fattispecie concreta, egli è libero di non uniformarsi all'opinione espressa da altri giudici, potendo ben discostarsi dalla loro esegesi interpretativa.

Ovviamente non può negarsi che i precedenti giurisprudenziali, cioè le statuizioni dei giudici su una stessa questione interpretativa, e soprattutto quelli che derivano dalla Suprema Corte di Cassazione, sono dotati di potere vincolante. Infatti il giudice proprio in virtù dell'efficacia cogente che assume oggi il precedente, deve motivare in maniera accurata le ragioni che lo inducono a discostarsi da una decisione antecedente sulla medesima questione, soprattutto se quest'ultima risulta consolidata e

proveniente dalle Corti superiori. Dunque si attribuisce una funzione c.d. creativa all'interpretazione dei giudici; questi ultimi infatti sono sempre più protagonisti attraverso l'attività di interpretazione volta all'adeguamento del diritto cristallizzato nelle norme di legge alla realtà attuale.

Ecco allora che la sempre più crescente domanda di giustizia pone l'interprete a confronto con la dimensione sociale del diritto e la norma dell'art. 96 c.p.c. si configura come un importante strumento contro gli abusi del sistema giurisdizionale di cui il processo rappresenta la chiave per permettere la realizzazione della tutela dei diritti e degli interessi previsti *ex lege*.

Nella sua precedente formulazione, l'art. 96 c.p.c. era applicabile su istanza di parte ma il legislatore con la novella del 2009 ha voluto escludere all'iniziativa privata la protezione delle esigenze pubbliche e private sottese alla norma, affidando anche al giudice la sanzione dell'abuso dello strumento processuale.

Pertanto le modifiche dell'art. 96 c.p.c. sono intese a garantire l'effettività della tutela giurisdizionale, rafforzando i costi di accesso alla giustizia e anche le conseguenze della soccombenza e dell'abuso del processo, nonché dell'uso distorto del giudizio stesso.

Quindi tale disposizione si colloca nella prospettiva di garantire l'efficienza del processo e dell'amministrazione giudiziaria e tale istituto configura un illecito civile con rilevanza pubblicistica che può determinare un danno a carico di una parte privata.

La norma *ex art.* 96 c.p.c. può quindi essere interpretata come uno strumento utile a compiere il necessario bilanciamento tra i valori enucleati nell'art. 24 Cost. e quelli sottesi all'art. 111 Cost.¹⁶²

Infatti l'art. 96 c.p.c. si configura come presidio per migliorare l'effettiva possibilità di accesso alla giustizia e l'istituto della responsabilità civile aggravata svolge - tra gli altri - l'obiettivo di evitare l'uso improprio o distorto dello strumento "processo"

¹⁶² Le due disposizioni prevedono rispettivamente il diritto di ciascuno ad agire e difendersi in giudizio per proteggere i propri diritti e la ragionevole durata dello stesso tra i canoni dell'equo processo.

per finalità che esulano dal suo scopo tipico e al di là dei limiti determinati dalla sua funzione.

Tale norma ha pertanto la funzione di tutelare l'interesse della parte a non patire pregiudizi per effetto dell'azione o della resistenza dolosa o colposa della parte "colpevole" perseguendo quindi anche una finalità pubblicistica.

Mediante lo strumento della condanna al risarcimento dei danni - che si tratta di una figura giuridica autonoma rispetto alla refezione delle spese di lite - la disposizione dell'art. 96 c.p.c. sanziona quindi il c.d. illecito processuale che è costituito, dal punto di vista oggettivo, dal comportamento tenuto nella controversia di cognizione (cautelare o esecutiva) oppure dalla condotta collegata ad essa (trascrizione di domanda giudiziale) o successiva (iscrizione di ipoteca giudiziale); e sotto il punto di vista soggettivo, dalla condizione che l'autore di questo censurabile comportamento sia parte processuale.

Tale norma infatti persegue lo scopo di colpire e sanzionare tutti coloro che decidono di utilizzare il processo allo scopo di "logorare" il proprio avversario, nonché coloro che azionano la tutela in sede giurisdizionale o si difendono in processo senza usare la doverosa diligenza che permette di rilevare l'ingiustizia della condotta nel processo.¹⁶³

Infatti, prima della novella del 2009, il mancato rispetto di tale dovere era privo di un'idonea ed esaustiva sanzione; pertanto l'art. 96 comma 3 c.p.c. è stato introdotto proprio allo scopo di supplire all'esigenza di prevedere una siffatta sanzione.

Come già evidenziato, nel nostro ordinamento in realtà non sussiste una definizione precisa della fattispecie di abuso del processo che viene ora largamente sanzionata attraverso l'invocazione dell'art. 96 c.p.c. sulla base della sostanziale equiparazione con l'abuso del diritto.

Prima della novella n. 69 del 2009, l'art. 96 c.p.c. era suddiviso solo in due commi: il primo concerneva la responsabilità processuale aggravata in termini generali e il sec-

¹⁶³Si sanziona quindi una condotta deplorable della parte e quindi si può operare un collegamento con l'art. 88 c.p.c. che al primo comma sancisce il dovere delle parti di comportarsi in giudizio secondo lealtà e probità.

ondo riguardava la responsabilità derivante dal compimento di determinate azioni processuali considerate potenzialmente lesive.

Quindi nella situazione giuridica pre-novella, la figura dell'abuso del processo era priva di un sostanziale fondamento legislativo e risultava piuttosto come il frutto di un percorso di matrice giurisprudenziale e dottrinale.

Pertanto è possibile giungere all'affermazione che l'abuso del processo abbia trovato ingresso formale nel nostro ordinamento proprio attraverso la novella del 2009 che ha introdotto il terzo comma all'art. 96 c.p.c. che recita così: *“In ogni caso, quando pronuncia sulle spese ai sensi dell'articolo 91, il giudice, anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata”*.

Quest'ultimo interessa la c.d. ipotesi residuale che si ricava dall'inserimento dell'espressione “in ogni caso” e che si riferisce a tutte le ipotesi in cui il giudice, discrezionalmente e a prescindere dall'istanza di parte, ravvisa un comportamento che si concretizza come abuso del diritto.

Infatti il legislatore prevede che il giudice possa procedere anche *ex officio* e possa liquidare il danno in via equitativa.¹⁶⁴

La seconda parte del terzo comma dell'art. 96 c.p.c. mostra l'intento del legislatore di agevolare la condanna al risarcimento dei danni della parte che ha posto in essere una lite temeraria. La disposizione normativa in esame assume quindi una finalità punitiva nei confronti di chi abusa del processo.

Nei Paesi anglosassoni, come visto, l'abuso del processo è punito in maniera assoluta attraverso la condanna al pagamento dei danni punitivi e la facoltà in capo al giudice di comminare una pena anche al difensore della parte che ha abusato del giudizio.

Nella nuova formulazione dell'art. 96 c.p.c. il legislatore ha quindi disciplinato e istituzionalizzato l'abuso del processo la cui condanna dovrà passare attraverso lo *speculum* accorto del giudice.

¹⁶⁴ La norma non richiede più la prova dell'an e del quantum del danno subito per lite temeraria come invece era richiesta nella formulazione dell'art. 96 c.p.c. prima della novella n. 69 del 2009 e che si concretizzava in un ostacolo all'applicazione della disposizione normativa stessa.

Fattispecie di concreta applicazione del terzo comma dell'art 96 c.p.c. sono state: opzioni di carattere selettivo volte a far dichiarare la nullità solo di investimenti divenuti svantaggiosi;¹⁶⁵ emissione da parte della pubblica amministrazione (es. Equitalia) di intimazioni di pagamento nonostante fosse già intervenuta una sentenza che aveva accertato il difetto di regolare notifica delle relative cartelle di pagamento;¹⁶⁶ attuazione di azioni legali volte al perseguimento di obiettivi diversi e ulteriori rispetto a quelli connaturati ad esse ex legge;¹⁶⁷ il ricorso ad artificiosi strumenti processuali solo per spostare la competenza o la giurisdizione;¹⁶⁸ la deviazione dello svolgimento del processo attraverso l'estensione dello stesso a soggetti non necessari;¹⁶⁹ la carenza di allegazioni probatorie precise e chiare per dimostrare l'esistenza dei fatti indicati e posti a fondamento della domanda;¹⁷⁰ etc.

In conclusione, dalla rapida rassegna delle sentenze di merito in tema di applicazione dell'art. 96 c.p.c., si può affermare che il terzo comma della disposizione in analisi autorizza un'interpretazione secondo cui è richiesto l'elemento soggettivo della colpa lieve o dell'imprudenza per integrare la fattispecie dell'abuso del processo.

Inoltre la riforma del 2009 che ha introdotto il terzo e ultimo comma all'art. 96 c.p.c. ha rivisitato l'istituto della responsabilità aggravata per lite temeraria per superare le difficoltà connesse all'onere probatorio e dell'allegazione.

La c.d. lite temeraria nella sua formula originaria risultava infatti inadeguata ad impedire e scongiurare il verificarsi di comportamenti abusivi del processo e, nonostante il percorso giurisprudenziale soprattutto in tema di liquidazione equitativa del

¹⁶⁵ Trib. Torino 7 marzo 2011, in *Corriere del merito*, 2011, p. 699.

¹⁶⁶ C.T.P. Udine 9 marzo 2012, n. 26, in guidanormativa.ilsole24ore.com

¹⁶⁷ Trib. Prato 6 novembre 2009, in deiure.giuffre.it

¹⁶⁸ Trib. Lamezia Terme 2 aprile 2012, in ilcaso.it

¹⁶⁹ Trib. Milano 13 giugno 2012, in deiure.giuffre.it

¹⁷⁰ Trib. Lodi 1 aprile 2011, in ilcaso.it

pregiudizio da illecito processuale, il problema della prova del *quantum* si rivelava sempre difficile da risolvere.¹⁷¹

Pertanto attualmente - in seguito alla già citata novella del 2009 - l'art. 96 c.p.c. si suddivide in tre commi.

Il primo comma disciplina la fattispecie risarcitoria che punisce un contegno illecito tenuto dalla parte soccombente con dolo o colpa grave, riferibile a tutte le possibili attività processuali. In questo caso dunque la parte che patisce ingiustamente un processo è risarcita del danno subito ma la liquidazione di quest'ultimo può avvenire solo in seguito ad un'espressa richiesta.

L'inciso "anche d'ufficio" che è riportato in questo comma si riferisce solo alla sentenza di liquidazione dei danni che chiude il processo. In altre parole, il dettato di tale comma stabilisce che il giudice, su istanza della parte vittoriosa, condanna al risarcimento dei danni - liquidati appunto in sentenza anche d'ufficio - il soccombente che ha agito o resistito in giudizio con colpa grave o malafede.

Ma secondo l'interpretazione del principio di disponibilità dei diritti oggetto della controversia a cui è volto il processo civile, viene preclusa al giudice la possibilità di applicare la condanna in difetto della specifica richiesta avanzata dal soggetto processuale violato dalla temerarietà. Per questo motivo la norma va interpretata nel senso che comunque il giudice potrà procedere alla liquidazione d'ufficio della somma risarcitoria, anche se essa non sia stata chiesta, utilizzando formule rituali e anche se essa non è stata quantificata o richiesta *secundum aequitatem*.

Il secondo comma disciplina altri specifici casi di responsabilità aggravata che hanno origine nel compimento di attività processuali o connesse al giudizio; si tratta di ipotesi tassative specifiche del principio generale, *ex primo comma*, con l'unica differenza che in questo caso la responsabilità è generata anche dalla sola colpa lieve.

Quindi mentre nel primo comma viene cristallizzata la responsabilità per danni della parte che ha agito e resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, invece nel sec-

¹⁷¹ C. CONSOLO, op. cit., 2009, p. 877 ss.; A. PROTO PISANI, op. cit., 2009, V, p. 221 ss.; G. BALENA, op. cit., 2009, V, p. 249 ss.

ondo comma si parla della responsabilità della parte che ha intrapreso una procedura esecutiva o cautelare senza il relativo diritto e la normale prudenza.

Per i comportamenti enucleati in questo secondo comma sono fissati requisiti differenti ai fini dell'integrazione dell'illecito processuale: il presupposto oggettivo si concretizza nell'inesistenza del diritto, da considerarsi come manifesta insussistenza della situazione giuridica sostanziale per la cui tutela erano state compiute le condotte tipizzate dalla norma.

Invece, per quanto riguarda il profilo soggettivo, tale responsabilità risulta integrata con la sussistenza della sola normale prudenza e cioè anche della colpa lieve.

Ne consegue che il giudice dovrà accertare, con idonea motivazione, sia l'effettiva esistenza dell'*an* e del *quantum* dei danni di cui si chiede il risarcimento, sia l'elemento soggettivo della responsabilità stessa. La "comune prudenza" si accerta guardando non gli elementi portati dal cliente e dell'avvocato, ma ai consueti canoni di diligenza che incombono sul privato e sul professionista.

Infine, il terzo comma introdotto dalla riforma del 2009 introduce il potere discrezionale e d'ufficio del giudice di sanzionare le condotte processuali scorrette. Vengono qui introdotte anche una serie di novità tra cui il fatto che non è più necessario per la parte allegare e dimostrare l'esistenza di un danno essendo solo previsto che il giudice condanni la parte soccombente al pagamento di una somma di denaro.

In secondo luogo il terzo comma concerne un indennizzo posto a carico della parte che ha agito con dolo, colpa, imprudenza; inoltre l'ammontare della somma è determinata dal giudice discrezionalmente, con l'unico limite dell'equità; ancora, il giudice è tenuto a provvedere anche d'ufficio - e quindi non solo su richiesta di parte; infine, l'interpretazione letterale della norma sembra far escludere che il giudice sia tenuto ad analizzare i requisiti disciplinati dai primi due commi, pertanto la condanna per responsabilità aggravata sembra poter prescindere dall'accertamento della temerarietà dell'azione o della resistenza.

Inoltre tale ultimo comma dell'art. 96 c.p.c. valorizza il comportamento processuale delle parti affinché l'accertamento dei fatti sia compiuto senza inutili dilazioni e sen-

za ricorrere all'abuso degli strumenti processuali messi a loro disposizione dall'ordinamento.

In ordine alla collocazione sistematica del nuovo istituto giuridico cristallizzato nel terzo comma dell'art. 96 c.p.c., sono individuabili tre filoni interpretativi.

Un primo orientamento ne limita la portata ad una mera specificazione di quanto già enucleato nei primi due commi della medesima disposizione normativa: pertanto tale terzo comma introdurrebbe nell'ordinamento una tutela risarcitoria fondata sugli stessi presupposti della mala fede e della colpa grave.¹⁷²

Nonostante ciò il nuovo disposto agevolerebbe l'utilizzo di tale tutela risarcitoria attraverso la previsione della liquidazione equitativa del pregiudizio accertato e la natura "officiosa" della sentenza in relazione alla liquidazione del *quantum* e all'accertamento dell'*an*.

A conferma di tale corrente interpretativa la dottrina sostiene che il legislatore ha introdotto una nuova disposizione nel *corpus* dell'articolo rubricato "*responsabilità aggravata*" per rimarcare la comune matrice con i due commi già dettati.¹⁷³

Nel giudizio pendente davanti alla Cassazione il riferimento all'elemento della colpa grave già sussisteva, mentre invece nel novello terzo comma dell'art. 96 c.p.c. tale parametro non sussiste più e questo è spiegato dal fatto che il legislatore ha probabilmente esteso l'applicazione della fattispecie anche alle ipotesi di *culpa levis* con l'intento di assicurare una repressione più efficace nei confronti dei comportamenti abusivi del processo.

Perciò, fatta salva l'applicazione del tradizionale strumento risarcitorio, il dettato dell'art. 96 c.p.c. sarebbe utilizzabile anche nelle ipotesi di *culpa levis*, in specie individuate dalla violazione dei più generali doveri di lealtà *ex art. 88 c.p.c.*¹⁷⁴

¹⁷² A. BRIGUGLIO, op. cit., 2009, p. 270.

¹⁷³ G. SCARSELLI, *Le modifiche in tema di spese*, in *Foro it.*, 2009, V, p. 261.

¹⁷⁴ P. PORRECA, *La riforma dell'art. 96 c.p.c. e la disciplina delle spese processuali nella L. n. 69 del 2009*, in *Giur. merito*, 2010, p. 1836 ss.

In ogni caso, come già detto, la decisione del giudice di prevederne un'applicazione generalizzata, che prescindendo cioè dalla sussistenza nel caso concreto di una causa restitutoria, rischia di contrastare con il dettato costituzionale.

Un secondo orientamento interpretativo ha invece sottolineato che l'espressione "*in ogni caso*" collocata nell'incipit del terzo comma dell'art. 96 c.p.c., presenta un significato più ampio della mera condotta prevista dai primi due comma e quindi suggerisce un inquadramento generale dell'istituto nell'alveo della tutela risarcitoria da fatto illecito, soprattutto per il fatto che la condanna può essere chiesta e ottenuta in favore del privato.

In particolare, circa gli elementi peculiari della condotta presa in esame dall'art. 96 c.p.c., è interessante notare che alcune pronunce giudiziarie li hanno individuati nel dolo o colpa - anche non grave - o nella negligenza. Si tratta infatti di comportamenti tali da provocare un ingiustificato allungamento dei tempi processuali e che rischiano di rimettere al giudice la facoltà di adottare tale sanzione in caso di soccombenza.

Ed è proprio l'autorevole voce di alcuni tribunali che hanno richiamato l'attenzione sull'espressione "*in ogni caso*" introdotta dal legislatore nel dettato del terzo comma dell'art. 96 c.p.c. e che hanno ribadito la maggiore ampiezza - sotto il profilo del significato della condotta - di tale terzo comma rispetto ai primi due ma hanno anche sottolineato che tale formula è caratterizzata dalla "[...] *diversità di natura giuridica (risarcimento del danno i primi due commi; sanzionatoria il terzo)*".¹⁷⁵

Ancora a tale proposito, è stato osservato che "*Per l'applicazione del terzo comma non sia necessaria la colpa grave, pur essendo necessaria una condotta colposa che integri la violazione dell'art. 88 c.p.c. (...) In sostanza la fattispecie di cui all'art. 96, comma 3, c.p.c. si preoccupa di garantire la reintegrazione del danno da illecito coinvolgimento nel processo cagionato da chi abbia agito o resistito in chiara violazione di quella che gli anglosassoni definiscono la fairness del processo, sanzio-*

¹⁷⁵ Trib. Rovigo, sez. dist. Adria, 7 dicembre 2010, in altalex.com; si veda anche Trib. Varese, 30 ottobre 2009 che ha affermato "*Orbene, proprio il raffronto tra la norma qui in applicazione (art. 96, comma 1, c.p.c.) e la norma appena entrata in vigore (dal 4 luglio 2009, art. 96, comma 3, c.p.c.), dimostra che la previsione di cui alla prima norma ha carattere risarcitorio e non sanzionatorio e, come tale, richiede la prova del danno ingiusto che, se non offerta, determina reiezione dell'istanza*".

nando quelle condotte processuali non rispondenti ai presupposti minimi di diligenza professionale necessari per dar luogo alla prevalenza del diritto di difesa di cui all'art 24 c.p.c. Cost. sull'esigenza di assicurare la ragionevole durata del processo e il contenimento dei relativi costi collettivi (art. 111 Cost.)".¹⁷⁶

Pertanto tale orientamento interpretativo cerca di individuare un maggiore ventaglio di ipotesi applicative del terzo comma dell'art. 96 c.p.c. in quanto ritiene di poterlo utilizzare anche nelle ipotesi connotate dalla sola *culpa levis*.

Inoltre sempre secondo detto orientamento non è possibile procedere alla cumulabilità tra l'ipotesi di danno ex comma terzo dell'art. 96 c.p.c. e quella dei due commi precedenti.¹⁷⁷

Ma non tutti sono d'accordo con questa impostazione.¹⁷⁸

Secondo parte della dottrina infatti, tale fattispecie dovrebbe già essere ricompresa nel primo comma dell'art. 96 c.p.c., invece il pregiudizio patito dalla compagine sociale e i costi sociali conseguenti all'abuso del processo potrebbero trovare adeguata tutela nel dettato del terzo comma. Per questo motivo, secondo tale filone dottrinale, la sanzione comminata dovrebbe poter essere cumulabile con quella prevista per la responsabilità aggravata secondo i primi due commi, trattandosi di fattispecie con natura diversa.

Invece il danno qualificato come danno punitivo viene liquidato guardando al diritto a non essere coinvolto in un processo evitabile e i criteri di liquidazione sono individuati nella condotta processuale del soccombente e nella consistenza economica dei contendenti (in quanto indice della loro capacità di sostenere il peso di un processo che dura nel tempo).

Risulta pertanto rimarcata l'importanza della "sussistenza di un pregiudizio della parte vittoria eziologicamente imputabile alla condotta di abuso processuale della parte soccombente".

¹⁷⁶ Trib. Terni 17 maggio 2010, in osservatorio.it

¹⁷⁷ G. BUFFONE, op. cit., 2010, 9, § 3.

¹⁷⁸ Di opinione opposta D. POTETTI, op.cit., 2010, pp. 948-949.

Infine il terzo orientamento è quello dei giudici di merito che sono sempre più inclini ad annoverare il nuovo art. 96, comma 3, c.p.c., nelle cc.dd. condanne punitive, ravvisandovi una sanzione di ordine pubblico a tutela di un interesse della collettività e l'intento di evitare che altri individui possano commettere in futuro la stessa condotta illecita.¹⁷⁹ Pertanto, secondo questo terzo orientamento, il nuovo dettato normativo persegue l'obiettivo di fungere da deterrente sia in relazione alle liti temerarie sia alle condotte processuali colpevolmente dilatorie, sanzionando la parte che ha abusato del processo oppure la parte la cui condotta processuale ha violato il già citato generale dovere di lealtà, proibito ex art. 88 c.p.c.

Pertanto secondo il modesto avviso di chi scrive, il terzo comma dell'art. 96 c.p.c. si configura come una fattispecie nuova non riconducibile allo schema tipico di illecito extracontrattuale sulla base di due motivazioni: *in primis* perché la condanna può intervenire su iniziativa del giudice e in secondo luogo perché sia l'*an* sia il *quantum* possono essere oggetto di pronuncia in via equitativa per cui viene meno la tipica allocazione dell'onere della prova.¹⁸⁰

Sul punto è stato addirittura affermato che con l'introduzione del terzo comma dell'art. 96 c.p.c. - visto in quanto fattispecie a carattere sanzionatorio - il legislatore abbia preso piena consapevolezza del "fallimento" applicativo dell'art. 96 c.p.c.; per-

¹⁷⁹ A tal proposito in dottrina si veda F. FRADEANI, *La "lite temeraria attenuata" dell'art. 96, comma 3, c.p.c.: prime applicazioni*, in enciclopediatreccani.it, 2010, il quale ha sostenuto che si tratta di "Una sanzione di ordine pubblico pensata per colpire la parte soccombente che, abusando della norma processuale, la impieghi a proprio vantaggio per fini che non le sono propri, in violazione dei canoni del giusto processo, evitando al contempo, e con ciò tutelando un interesse superindividuale della collettività, che altri consociati possano commettere in futuro la medesima scorrettezza".

¹⁸⁰ Altrimenti l'onere della prova diventerebbe gravoso per la vittima dell'illecito.

tanto ha preferito individuare una fattispecie che si distanzia dal modello tradizionale di illecito civile e che confluisce nelle condanne punitive.¹⁸¹

In conclusione si è affermato che l'ultimo comma dell'art. 96 c.p.c. ha quindi la funzione di valorizzare il profilo sanzionatorio della norma, in funzione deterrente, preventiva, inibitoria ma anche e soprattutto afflittiva e punitiva.¹⁸²

Quindi il terzo comma viene visto come uno strumento per l'applicazione di una "sanzione d'ufficio" che non è solamente risarcitoria ma sanzionatoria e *"introduce nell'ordinamento una forma di danno punitivo per scoraggiare l'abuso del processo e preservare la funzionalità del sistema, traducendosi, dunque, in una sanzione d'ufficio"*.¹⁸³

Pertanto mediante il nuovo istituto introdotto con il terzo comma dell'art. 96 c.p.c. si sottolinea la valenza anche repressiva di tale disposizione giuridica e come deterrente dal compiere comportamenti che integrino l'abuso del processo, sia nei confronti della parte ritenuta colpevole sia verso l'intera collettività; in particolar modo si giustifica tale posizione affermando che la formula *"in ogni caso"* investe anche condotte tenute dalla parte soccombente e caratterizzate da colpa semplice oppure da negligenza (qualificabile come difetto della normale prudenza).

A sostegno di tale considerazione è stato riconosciuto che non è possibile pensare che la semplice soccombenza possa essere sanzionata applicando l'art. 96 c.p.c. in

¹⁸¹ Su tale posizione merita di nota il contenuto della sentenza pronunciata dal Tribunale di Varese che ha affermato *"La lite temeraria, tipizzata nel primo comma della norma in esame, non introduce una ipotesi di danno punitivo ma, come detto, scolpisce nell'alveo del processo civile una speciale ipotesi di illecito aquiliano: ciò vuol dire che l'istante deve provare (ex art. 2697 c.c.) gli elementi costitutivi dell'illecito e, in primo luogo, il nocumento"*. E aggiunge parole di non poco impatto *"Una piena conferma di questa lettura si trae dal recente saggio di legittimazione con cui l'art. 96 c.p.c. è stato manipolato (legge 69/2009)"* (Trib. Varese, 30 ottobre 2009, in *Merito*, 2010, p. 431 ss., con nota critica di R. GIORDANO, *Brevi note sulla nuova responsabilità processuale c.d. aggravata, in dejure.juffre.it*).

¹⁸² M. ACIERNO - C. GRAZIOSI, op. cit., p. 155 ss. il quale ha sul punto sostenuto che *"soggettivamente viene in rilievo la violazione del canone di correttezza processuale e buona fede oggettiva - deporrebbe in tal senso l'esclusivo riferimento al profilo condannatorio, l'iniziativa anche officiosa, non solamente per la determinazione del quantum della sanzione comminata, ma anche per l'accertamento del comportamento scorretto"*.

¹⁸³ Così Trib. Pordenone 18 marzo 2011, in ilcaso.it

quanto essa si configura come un fatto fisiologico del sistema processuale stesso; pertanto occorre individuare ulteriori elementi per poter giustificare l'operatività di tale norma. Tali nuovi elementi sono appunto la sussistenza dei connotati di dolo, colpa o imprudenza nella condotta in esame e questi possono essere individuati ricorrendo ai già noti parametri della prevedibilità ed evitabilità dell'evento ovvero, in questo caso, della soccombenza.

Le considerazioni di ordine pubblico sottese all'introduzione del terzo comma sono alla base dell'orientamento incline a ritenere che l'elemento soggettivo della colpa possa essere integrato pienamente in caso di violazione dei principi dell'art. 88 c.p.c. Quindi l'accertamento della colpa, non necessariamente "grave", viene ritenuta sufficiente per l'applicazione dell'art. 96 comma 3 c.p.c.¹⁸⁴

Di tale orientamento ne è esempio il Tribunale di Catanzaro che ritiene che la disposizione in analisi attribuisca al giudice uno strumento sanzionatorio delle condotte tenute dalla parte soccombente che, seppur non configurate dall'elemento psicologico del dolo e della colpa grave, sono in ogni caso rimproverabili ricorrendo al principio di lealtà processuale.¹⁸⁵

Non pare invece necessario e tanto meno si configura come *condicio sine qua non* che la parte vittoriosa abbia subito un danno; qualora però questo accada, costituirà un ulteriore elemento a disposizione del giudice ai fini della valutazione della responsabilità della parte colpevole e in particolare del *quantum* della somma al cui risarcimento sarà condannata.¹⁸⁶

¹⁸⁴ Trib. min. Milano 4 marzo 2011, in blog.solignani.it; Trib. Terni 17 maggio 2010, in giur.it, 2011, p.143; App. Roma 7 marzo 2012 n. 1322 "*Il terzo comma dell'art. 96 c.p.c., sotto il primo aspetto, è pur sempre inserito in una disposizione intitolata alla responsabilità aggravata che, nella fattispecie considerata dal primo comma, vede nella malafede o colpa grave il connotato distintivo e la pietra di paragone. Sotto il secondo profilo non sarebbe razionale ammettere una responsabilità processuale in caso di culpa levis, giacché il diritto di agire e resistere in giudizio è diritto "che deve essere esercitato liberamente e che perciò non tollera remore eccessive; e remora eccessiva all'esercizio di tale diritto sarebbe, per la parte, la prospettiva di andare incontro alla comune responsabilità per fatti illeciti sanzionata dalla norma dell'art. 2043 c.c. e quindi anche per colpa lieve"* (Cass., sez. un., 6 febbraio 1984, n. 874, in Resp. civ. prev., 1984, p. 667; Foro it., 1984, I, 1892)".

¹⁸⁵ Trib. Catanzaro 18 febbraio 2011, in dejure.giuffre.it

¹⁸⁶ Trib. Roma, sez. dist. Ostia, 9 dicembre 2010, in ilcaso.it

Dunque la maggior parte delle pronunce e dei provvedimenti giurisdizionali distingue, secondo un procedimento di “separazione qualificata”, il nuovo dettato normativo enucleato nel terzo comma dell’art. 96 c.p.c. da quello della responsabilità dei primi due commi della medesima disposizione.

Infatti il primo comma di tale norma attribuisce e riconosce al giudice il potere di provvedere d’ufficio alla delicata operazione di liquidazione del danno e che tuttavia non esenta le parti dall’onere della prova di tale danno anche se quest’ultimo fosse proiettato nel futuro.

Pertanto la parte istante dovrà fornire tutte le prove e gli elementi con rilevanza probatoria che permettono, in una prima fase, di accertare l’esistenza del danno e, in una seconda, di far procedere il giudice all’esplicitazione del suo apprezzamento equitativo che, per quanto possibile, risulta quale intervento *in extrema ratio*, in quanto limitato alla sola finalità di colmare le lacune inevitabili e acclamate sull’argomento.

Al contrario “*il terzo comma dell’art. 96 c.p.c. ha introdotto nel nostro ordinamento un’ipotesi di danno punitivo prima sconosciuta alla tradizione giuridica italiana, e cioè una sanzione pecuniaria irrogabile anche in assenza della prova di un pregiudizio effettivamente subito dalla parte a favore della quale è pronunciata la relativa condanna*”.¹⁸⁷

Pertanto il terzo comma della norma in esame è volto a condannare la parte colpevole al pagamento (*rectius*: risarcimento) di una somma idonea a rimuovere il vantaggio che la parte, agendo in malafede, ha ottenuto dalla sua strategia dilatoria e a scoraggiare l’uso di tali “strategie”.¹⁸⁸

Inoltre, sulla scia di tale interpretazione, si ritiene che, su istanza *ex art.* 96 c.p.c., comma 1, c.p.c. e prova del danno risarcibile, la (sentenza di) condanna al risarcimento sia cumulabile con la sanzione pecuniaria prevista dal novello ultimo comma.

A sostegno di tale considerazione si pone una moltitudine di sentenze dei Tribunali nazionali. In primo luogo il Tribunale di Reggio Emilia ha appunto evidenziato che

¹⁸⁷ Trib. Foggia 28 gennaio 2011, in *Giur. mer.*, 2011, p. 2698.

¹⁸⁸ Trib. Pistoia 10 gennaio 2011, in tosclavgiur.it

la pronuncia ex art. 96, comma 3, c.p.c. presuppone il requisito della malafede o della colpa grave, così come il comma 1 della medesima disposizione normativa.; pertanto è teoricamente possibile la coesistenza di una pronuncia di condanna ai sensi del primo e terzo comma dell'art. 96 c.p.c.

Non solo: lo stesso Tribunale ha rimarcato che il comma tre della norma in esame - oltre a non richiedere la preventiva instaurazione del contraddittorio ex art. 101 c.p.c., in quanto momento successivo e non *prius* logico della sentenza di merito, esso può essere applicato in tutti i processi in cui vengono regolate spese di lite e anche nei confronti del terzo chiamato o del terzo convenuto - *“introduce nell’ordinamento una forma di danno punitivo per scoraggiare l’abuso del processo e preservare la funzionalità del sistema giustizia deflazionando il contenzioso ingiustificato, ciò che esclude la necessità di un danno di controparte, pur se la condanna è prevista a favore della parte e non dello Stato”*.¹⁸⁹

La stessa tesi è sposata dal Tribunale di Piacenza il quale ha sottolineato che la norma del comma terzo svolge una funzione non meramente risarcitoria ma piuttosto “sanzionatoria”.¹⁹⁰ In tale ipotesi la prospettiva di un risarcimento integrale comprenderebbe al suo interno - e non da aggiungersi - la sanzione del terzo comma, in quanto altrimenti si correrebbe il rischio di locupletazione della parte vittoriosa, sebbene tale problematica risulterebbe solamente semantica.

¹⁸⁹ Trib. Reggio Emilia 25 settembre 2012, in dejure.giuffre.it; dello stesso parere è il Trib. Roma 27 aprile 2012 il quale sostiene *“In presenza di un diritto vivente consolidato, che lascia prevedere la probabile fondatezza dell’atto di appello, la comparsa dell’appellato che resista in giudizio all’atto di gravame, in luogo di pervenire ad un assetto conciliativo della vertenza, aggrava senza alcun serio motivo la giurisdizione civile con conseguente possibilità che il giudice di appello irroghi d’ufficio alla parte soccombente in appello “una somma equitativamente determinata” ex art. 96 c.p.v. terzo comma come introdotto con l. n. 69/2009 [...] in aggiunta o in alternativa alla responsabilità per lite temeraria prevista al primo comma su istanza di parte ed in base alla prova di un danno”*.

¹⁹⁰ Trib. Piacenza 22 novembre 2010, in dejure.giuffre.it afferma *“Le differenziazioni da ultimo citate in ordine all’ufficialità della pronuncia ed all’essenza della necessità di un danno, rendono teoricamente possibile la coesistenza di una pronuncia di condanna ai sensi del comma 1 con una ai sensi del comma 3; pur se tale ipotesi deve ritenersi più che residuale, stante la limitatezza dell’area applicativa dell’art. 96, comma 1, c.p.c. che secondo la pacifica interpretazione della Suprema Corte presuppone la prova di un danno non aliunde risarcito ed ha così trovato applicazione concreta in rarissime ipotesi”*.

Pertanto si può affermare che la responsabilità processuale aggravata, ex art. 96 comma 1 c.p.c., offre una tutela di stampo aquiliano, sebbene alternativa e speciale rispetto al rimedio generale ex art. 2043 c.c., e presuppone - oltre alla totale soccombenza - anche la prova del danno concretamente subito dalla parte istante non potendo essere presunta *in re ipsa*.

In conclusione, valorizzando l'autonomia della "pena privata" processuale in quanto distinta dalla condanna risarcitoria per lite temeraria contemplata nei primi due commi della norma, si può ammettere la cumulabilità dei due risarcimenti.¹⁹¹

In questo senso la Corte d'appello di Roma stabilisce che *"Sulla coesistenza dei due rimedi, di cui al primo ed al terzo comma dell'art. 96 c.p.c., si è detto molto e le ragioni che depongono per la possibilità di cumulo vengono individuate: nella diversa funzione svolta e la natura degli interessi protetti: la responsabilità processuale aggravata è dettata a tutela di interessi privati attraverso lo strumento risarcitorio, la "pena privata" mira ad un obiettivo sanzionatorio-deterrente nell'interesse pubblico del buon andamento processuale; nel primo caso, la prova del danno e dell'elemento soggettivo è essenziale, nel secondo, la pronuncia, che presidia il corretto utilizzo del processo quale bene collettivo, potrà desumere il danno in base a "nozioni di comune esperienza"; l'incipit del terzo comma - "in ogni caso" - avvalora i diversi presupposti applicativi della "pena privata", sottraendoli allo schema del risarcimento del danno, soggetto a requisiti più stringenti; infine, i primi due commi richiedono l'istanza di parte, mentre l'ultimo comma facoltizza il giudice all'accertamento di ufficio"*.¹⁹²

Sulla base di quanto detto finora, la maggior parte della giurisprudenza di merito ha accantonato l'idea che il nuovo istituto del terzo comma dell'art. 96 c.p.c. abbia la sola funzione risarcitoria di un illecito civile, valorizzandone la funzione punitiva e afflittiva.

¹⁹¹ Cass. 6 agosto 2010, n.18344, in *Foro.it*, Rep., 2010, Spese giudiziali civili, n. 68; Cass. 3 marzo 2010, n.2010, n. 5069, *Foro.it*, Rep. 2010, Spese giudiziali civili, n. 79; Trib. Palermo 13 marzo 2008, in *Giur. comm.*, 2010, II, p.121.

¹⁹² App. Roma 7 marzo 2012, n. 1322, in *Il Sole 24 Ore*, Mass. Repertorio Lex24.

Anche sul tale punto sono numerosi i giudici nazionali che si sono espressi anche sulla base di precedenti pronunce da parte di altri tribunali statali.¹⁹³

Infatti molte sentenze riportano l'osservazione che le fattispecie delineate nel primo e terzo comma dell'art. 96 c.p.c. sono sì distinte ma perfettamente compatibili.

Più precisamente, nell'ambito di applicazione del primo comma il danneggiato da lite temeraria potrà dedurre e provare il danno effettivamente subito che, sulla base di determinate circostanze, potrà risultare eventualmente più grave da quello pronosticabile.

Invece nel quadro di applicazione del terzo comma potrà ottenere solo il risarcimento delle normali conseguenze pregiudizievoli della condotta, anche se non provate.

Quindi si è suggerito che il terzo comma debba essere letto ed interpretato in collegamento con il primo, in quanto strumento per facilitare la condanna al risarcimento del danno per lite temeraria e questo sulla base di due ragioni.

Innanzitutto perché tale condanna può essere pronunciata d'ufficio ma soprattutto perché il terzo comma ammette espressamente la liquidazione equitativa, risolvendo così una delle principali questioni applicative poste dall'art. 96 c.p.c. il quale è rimasto per decenni quasi inapplicato per la difficoltà di provare quel peculiare danno, che è il danno processuale.

5.2 Gli elementi dell'art. 96 comma 3 c.p.c.

La condanna per responsabilità aggravata *ex art. 96 comma 3 c.p.c.* consta dei seguenti tre requisiti applicati: quello oggettivo della soccombenza di una parte - che,

¹⁹³ Trib. S.M. Capua Vetere 26 settembre 2011, in dejure.giuffre.it; ancora, si veda App. Roma 7 marzo 2012, n. 1322, in *il Sole 24 Ore*, Mass. Repertorio Lex24 che ha stabilito *“Quanto alla contrapposizione che viene da taluni rilevata tra il primo ed il terzo comma dell'art. 96 c.p.c., sulla considerazione che nell'uno dominerebbe il profilo risarcitorio, mentre nell'altro si staglierebbe quello sanzionatorio, essa è in realtà fondata sul presupposto privo di sostegno logico prima ancora che normativo, che entro quel particolare segmento della responsabilità civile che è la responsabilità processuale aggravata, non possano convivere funzioni diverse quali - tra le molteplici che alla responsabilità civile vengono attribuite e che possiede - quella risarcitorie in armonia con quella sanzionatoria”*.

come già sottolineato, secondo la giurisprudenza maggioritaria deve essere totale - con la conseguente condanna alle spese (cioè la lite temeraria non sussiste nei casi di compensazione); un requisito soggettivo che può configurarsi nella mala fede, colpa grave o colpa lieve della parte soccombente; il verificarsi di un danno a carico della parte processuale vittoriosa come conseguenza del comportamento processuale della parte soccombente.

In particolare sulla base della formulazione del primo e ultimo comma dell'art. 96 c.p.c. si ricava che ai fini dell'irrogazione di una condanna per responsabilità aggravata, la soccombenza rappresenta una *condicio sine qua non* ovvero come elemento di carattere obiettivo senza il quale non può sorgere il diritto della parte ad essere destinataria di un risarcimento (nemmeno se si tratta di un danno derivato dall'aver dovuto pagare le spese processuali per un processo ingiusto).¹⁹⁴

Pertanto la soccombenza della parte ritenuta responsabile costituisce presupposto di carattere oggettivo e condizione fondamentale, oltre che con riferimento alla condanna alle spese di lite ex art. 91 c.p.c. che indennizza la parte che subisce il processo, anche per quanto riguarda la considerazione che senza di essa il giudice non può condannare la parte per responsabilità aggravata.

Infatti quest'ultima è volta a perseguire l'obiettivo di prevenire ed evitare il processo, al fine di garantire il risarcimento del danno che il soccombente deve corrispondere a chi subisce un processo che si è poi rivelato ingiusto.

L'elemento della soccombenza quindi, in virtù del terzo comma dell'articolo in analisi, assume un nuovo compito costituendo l'indizio di un uso distorto dello strumento del processo, in presenza del quale il giudice, anche in mancanza di una precisa prova sull'ammontare del danno, può procedere ad una condanna liquidata secondo equità osservando i parametri per l'indennizzo da irragionevole durata del processo.

¹⁹⁴ Cass. 27 agosto 2013, n. 19583, in dejure.giuffre.it "*Presupposto della condanna al risarcimento dei danni a titolo di responsabilità aggravata per lite temeraria è la totale soccombenza*"; Trib. Milano 28 novembre 2012, in dejure.giuffre.it "*Il risarcimento del danno per lite temeraria ex art. 96 c.p.c. presuppone la totale soccombenza della parte condannata*"; App. Firenze 21 ottobre 2011, in ilprocessocivile.com"

Occorre però ricordare il criterio dell'equazione secondo cui la parte soccombente si identifica come responsabile e le categorie della responsabilità extracontrattuale per cui il soccombente si individua in base al comportamento processuale.

Infatti sulla base di tale parametro la Cassazione ha affermato che la soccombenza può essere ravvisata anche sulla base di ragioni indipendenti dal merito e può quindi essere inflitta anche per motivazioni di carattere processuale, come nell'ipotesi in cui l'attore instauri un giudizio con un atto dichiarato poi inammissibile o improcedibile.¹⁹⁵

Sempre su tale punto la Corte di Cassazione ha recentemente confermato che la compensazione delle spese processuali costituisce espressione di un potere sempre e solo discrezionale ma solo laddove sussistano gravi e fondate ragioni.

Alcuni orientamenti¹⁹⁶ rapportano il danno risarcibile *ex art. 96 comma 3 c.p.c.* alle spese del processo, mentre altri insistono sugli effetti della lite, commisurando il danno *ex art. 96 c.p.c.* alla ragionevole o meno durata del processo.

Molto interessante è l'interpretazione che una recente dottrina ha formulato in commento ad una sentenza del Tribunale di Milano. Tale filone dottrinale auspica la commisurazione del risarcimento ai parametri dell'interesse leso in ragione del significato sociale della violazione compiuta e dell'entità dell'ingiusto profitto che il dan-

¹⁹⁵ Cass. 15 luglio 2008, n. 19456, in *Mass. Giur. it.*, 2008 “*Ai fini dell'accertamento della parte risultata “soccombente” non rilevano i comportamenti neutri della parte contro cui il giudizio venga promosso, e cioè quelli che non implicano l'esclusione del dissenso né importano l'adesione all'avversa richiesta quali il restare inerte e non dedurre nulla in contrario all'accoglimento della domanda dell'attore. Come correttamente, quindi, è ritenuto soccombente e merita la condanna al rimborso delle spese processuali il convenuto contumace, oppure il convenuto che, pur avendo riconosciuto la fondatezza della pretesa altrui, non abbia fatto nulla per soddisfarla, sì da rendere superfluo il ricorso all'autorità giudiziaria, così qualora una domanda sia stata rigettata l'attore deve essere considerato soccombente ancorché il giudicante abbia rigettato la domanda anziché sulla base delle difese del convenuto in forza di altre considerazioni*”.

¹⁹⁶ Cass. 30 novembre 2012, n. 21570, in dejure.giuffre.it; Trib. Piacenza 15 novembre 2011, in ilcaso.it.

neggiato mirava ad ottenere azionando il processo, fissata in una misura minima percentuale.¹⁹⁷

La medesima sentenza stabilisce che il giudice, dopo aver accertato la grave negligenza in capo alla parte ritenuta colpevole di strategie processuali, deve considerare, in una prospettiva sanzionatoria e deterrente, qual è l'importo idoneo a rimuovere il vantaggio che la parte in malafede ha tratto dalla sua strategia processuale e a scoraggiare l'impiego di tali strategie.

Questo comporterà una necessaria considerazione circa il valore della causa, del peso economico tra le parti processuali, della durata che ha avuto il processo in concreto.

In tale modo si cerca di scoraggiare l'utilizzo abusivo e sconsiderato della giurisdizione dello Stato per la soluzione dei conflitti e di garantire il giudizio e la decisione affinché non siano dilatori, scorretti e sleali.

Dunque la disposizione normativa in analisi deve essere ovviamente collocata ed utilizzata all'interno del capo sulle spese processuali.¹⁹⁸

La condanna *ex art. 96 c.p.c.* presenta quindi indubbie affinità con quella relativa alle spese di lite ma la prima presenta un *quid* in più rispetto alla seconda che invece è irrogata solo in presenza dell'oggettivo presupposto della soccombenza.

Inoltre è da sottolineare che l'art. 96 c.p.c. non si limita a disciplinare la condanna alle spese per la parte soccombente ma a prevedere una sanzione e/o risarcimento a carico di tale parte che abbia utilizzato il processo in modo sbagliato.

Ma *ex art. 96 c.p.c.* non può essere sanzionata la semplice soccombenza che rappresenta un fatto fisiologico alla contesa giudiziale; per la pronuncia di condanna *de qua* è necessario che susciti qualcosa di più, tale che la condotta soggettiva risulti anche caratterizzata da imprudenza, dolo o colpa.

¹⁹⁷ E. BUSNELLI - E. D'ALESSANDRO, op. cit., 2012, p. 596. Sul punto è interessante notare le parole del Trib. Milano 11 gennaio 2012, in *Leggi d'Italia*, n. 6/2012, p. 661 *“Appare equo commisurare simbolicamente l'importo da corrispondere in ragione della rilevata temerarietà della lite ex art. 96 c.p.c., all'entità dell'ingiusto profitto che l'attore intendeva ricavare dal giudizio (nel caso di specie, si è ritenuto di poter individuare tale somma nella misura complessiva pari all' 1% della domanda proposta dall'attore nei confronti di tutti i convenuti)”*.

¹⁹⁸ Poiché in linea teorica si combina con il disposto normativo degli art. 91 e 92 c.p.c.

Quanto all'elemento soggettivo in esame però è opportuno compiere un distinguo tra le due ipotesi disciplinate nei primi due commi dell'art. 96 c.p.c.

Infatti mentre nel primo capoverso si accentua il contegno processuale qualificato dal dolo o dalla colpa grave, il secondo comma sanziona alcune specifiche condotte prive della normale prudenza, cioè sulla base di un requisito soggettivo - la c.d. colpa lieve - diverso e più ampio di quello considerato dal comma precedente.

Dunque in quest'ultima ipotesi, diversamente da quanto stabilito al primo comma della disposizione, si considera che sia insufficiente il difetto della normale prudenza del creditore; infatti la Cassazione ha affermato che *“ai fini della configurabilità della responsabilità processuale aggravata, ex art. 96 c.p.c., comma 2, non è necessaria la sussistenza della mala fede o della colpa grave, ma è sufficiente l'aver agito senza la normale prudenza”*.¹⁹⁹

Invece l'art. 96 comma 2 c.p.c. si applica strettamente nei casi espressamente previsti qualora la parte abbia agito senza la normale prudenza.

I concetti di colpa grave, dolo, mala fede, normale prudenza, sono un presupposto per l'accertamento della lite temeraria, ma non v'è dubbio che l'individuazione del requisito soggettivo del *litigator improbus* non sia pacifica e concorde negli interventi della giurisprudenza di merito. Infatti occorre chiedersi quando si può affermare con certezza che il soccombente agisca o resista con dolo, colpa grave oppure con mala fede o non abbia seguito le ordinarie regole di prudenza richieste con riferimento alla natura della lite instaurata.

In via generale gli elementi tipici della condotta processuale temeraria sono individuati nella condotta priva di motivazione seria, come anche nel contegno processuale che presenta il ricorso ad argomenti assolutamente non documentati.

¹⁹⁹ Cass. 1 aprile 2011, n. 7551, in dejure.giuffre.it; sul punto si veda anche Trib. Modena 13 aprile 2012, n. 620, in dejure.giuffre.it *“L'affermazione di responsabilità processuale aggravata della parte soccombente, secondo la previsione dell'art. 96, comma 1, c.p.c. richiede la sussistenza di tre presupposti: 1) il carattere totale e non parziale della soccombenza; 2) l'elemento soggettivo, consistente nell'aver l'opponente agito con mala fede (dolo) o colpa grave (cioè consistente nella consapevolezza, o nell'ignoranza derivante dal mancato uso di un minimo di diligenza, dell'infondatezza delle proprie tesi, ovvero del carattere irrituale o fraudolento dei mezzi adoperati per agire o resistere in giudizio)”*.

Inoltre la temerarietà è ravvisabile nei comportamenti volti ad irritare l'avversario mediante condotte di reiterazione che continuino a negare l'evidenza o ad affermare la verità di fatti mai accaduti.

Il problema del titolo soggettivo di imputabilità della responsabilità aggravata dipende dalla visuale con cui si osserva l'istituto giuridico: se viene interpretato come illecito aquiliano, non si può prescindere dall'accertamento delle condotte tipiche previste dai primi due commi; mentre se opera con funzione di sanzione, viene svincolato dall'accertamento *de quo* per prevenire ogni forma di abuso del processo.

La mala fede si può definire in linea generale come il comportamento di chi è perfettamente consapevole della verifica di una certa realtà e ha agito come se non esistesse, cercando di oscurarla o di alterarla in qualunque maniera a lui utile.²⁰⁰

Contrariamente la "colpa grave", sempre contemplata all'art. 96 comma 1 c.p.c., viene qualificata come l'atteggiamento connotato da imprudenza, imperizia o negligenza (ovvero dalla violazione delle norme sostanziali o processuali).

Ma una delle novità introdotte dalla novella e più precisamente dalla formula "*in ogni caso*" del terzo comma, ha indotto molti interpreti a sostenere che si tratta di una nuova figura della responsabilità processuale che prescinde dall'esistenza di un illecito connotato sul piano soggettivo da dolo o colpa grave, in capo alla parte condannata.²⁰¹

²⁰⁰ Alcuni studiosi hanno sottolineato che una simile caratterizzazione della mala fede sarebbe essenzialmente inafferrabile, attenendo a profili di difficile rilevazione processuale, come ad esempio la conoscenza dello stato di fatto o la volontà di simulare la verifica di una certa realtà oppure di prospettare al giudice alcuni elementi di fatto inesistenti. A questo va aggiunto il fatto che il comportamento processuale delle parti è filtrato dall'attività defensionale posta in essere dall'avvocato che ha il dovere di sottolineare al giudice i fatti positivi per il proprio assistito, tacendo quelli negativi allo scopo di tramutare le negatività in positività, piuttosto che facendole passare quali componenti neutre, influenti e irrilevanti nell'ottica del processo.

²⁰¹ C. CECHELLA, op. cit., 2009, p. 89; M.F. GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Milano, 2004 p. 32. p. 459.

Tale interpretazione si inserisce nel solco dell'esigenza perseguita dal legislatore di disincentivare l'abuso del processo anche rispetto ad azioni che risultano meramente esplorative ed intimidatorie ed evidenziano la mera soccombenza.²⁰²

E così anche una parte autorevole della giurisprudenza prende le distanze dall'applicazione del primo comma, considerando che la previsione della novella abbia ampliato i confini della responsabilità per "processo ingiusto" e permetta quindi di sanzionare anche condotte che non sono identificabili in termini di dolo o colpa grave purché connotate da profili di colpa.

Sul punto risultano interessanti le pronunce di alcuni Tribunali nazionali.²⁰³

Molte voci in dottrina hanno rilevato che però così si determinerebbe il chiaro pericolo di introdurre una sanzione a carico del contraddittore che prescinde dall'elemento soggettivo (anche dalla colpa lieve): è stato infatti sottolineato che *"non si tratta di un risarcimento ma di un indennizzo (se si pensa alla parte a cui favore viene concesso) o una punizione (...) di cui viene gravata la parte che ha agito con imprudenza, colpa o dolo"*.²⁰⁴

²⁰² C. GRAZIOSI, 2010, § 2; in giurisprudenza si veda Trib. Terni 17 maggio 2010, in *Giur. merito*, 2010, VII-VIII, 1834, con nota di P. PORRECA, 2010, III, 1836; Trib. Roma, sez. disc. Ostia, 9 dicembre 2010, n. 28.

²⁰³ Cfr. Trib. Torino 16 ottobre 2010, in dejure.giuffre.it *"appare eccessivo affermare che la parte ricorrente abbia agito con malafede o colpa grave, ossia con la consapevolezza dell'infondatezza delle proprie pretese (o almeno ignorando colpevolmente i diritti della controparte); ricorrono tuttavia i presupposti per la condanna di cui all'art. 96, comma 3, implicitamente considerata da parte resistente e comunque disponibile anche d'ufficio. Tale disposizione si riferisce a situazioni di "abuso del processo" meno gravi di quelle considerate dal primo e dal secondo comma dell'art. 96 e pur sempre presuppone condotte colpevoli della parte processuale"*; ancora si veda Trib. Pescara 30 settembre 2010, in dejure.giuffre.it che ha affermato che *"La mala fede o colpa grave di cui all'art. 96, comma 1, c.p.c. si concreta nella conoscenza della infondatezza della domanda e delle tesi sostenute ovvero nel difetto della normale diligenza per l'acquisizione di detta conoscenza"*. Infine si guardi Trib. Varese con una pronuncia del 23 febbraio 2012 giustifica l'applicazione dell'istituto in analisi tutte le volte che la condotta di parte travalichi la lealtà processuale: infatti nella sentenza succitata si legge *"l'introduzione dell'art. 96 c. 3 c.p.c. il legislatore abbia voluto prevedere uno strumento sanzionatorio volto a colpire condotte che, indipendentemente dai torti e dalle ragioni delle parti rispetto all'oggetto del giudizio, si pongano come gravemente pregiudizievoli dell'interesse individuale ad un corretto comportamento processuale della controparte e dell'interesse collettivo ad una giustizia efficiente"* (in lider-lab.sssup.it).

²⁰⁴ Trib. Roma, sez. dist. Ostia, 9 dicembre 2010, in dejure.giuffre.it

L'interpretazione del terzo comma dell'art. 96 c.p.c. fornita da tale autorevole dottrina è orientata a considerare l'inciso "*in ogni caso*" esclusivamente come formula di richiamo alla possibilità per il giudice di disporre *ex officio* la condanna al risarcimento per responsabilità processuale aggravata, indipendentemente dall'istanza di parte (con questo distinguendo l'ipotesi classica disciplinata dal primo comma della norma in esame), ferma restando la necessità di una mala fede o colpa grave della parte verso cui la condanna viene prevista.

La sesta sezione della Suprema Corte di Cassazione interpreta in termini di mala fede processuale la condotta di chi si rivolge all'autorità giudiziaria fondando le sue doglianze esclusivamente sulla negazione di un fatto che sa essere vero.

Meritano di nota le parole della Cassazione la quale ha affermato che "*L'art. 96 comma 3 c.p.c. presuppone il requisito della mala fede o della colpa grave, non solo perché è inserito in un articolo destinato a disciplinare la responsabilità aggravata, ma anche perché agire in giudizio per far valere una pretesa che alla fine si rileva infondata non costituisce condotta di per sé rimproverabile. In merito alla liquidazione del danno, si impone al giudice di osservare un criterio equitativo in applicazione del quale la responsabilità patrimoniale della parte in mala fede ben può essere (anche) calibrata sull'importo delle spese processuali o su un loro multiplo, sempre con il limite della ragionevolezza (Secondo questi criteri il Tribunale di Roma ha applicato la norma liquidando l'importo nel triplo della somma, oggettivamente non rilevante, liquidata per diritti e onorari)*".²⁰⁵

Il presupposto applicativo della condanna è uno stato soggettivo rilevante e questo contrariamente alla tesi che, dopo l'entrata in vigore della novella, interpretava l'espressione in inciso "*in ogni caso*" come idoneo a ricomprendere fattispecie diverse da quelle previste ai primi due commi dell'art. 96 c.p.c., cioè la mala fede, colpa grave, oppure difetto di prudenza.

Sulla scia dell'orientamento promosso dalla Corte è sorta una considerazione di merito che ritiene di limitare l'applicabilità di una condanna *ex art. 96 comma 3 c.p.c.* alle condotte soggettivamente apprezzabili che siano quindi imputabili alla parte a

²⁰⁵ Cass., n. 21570 del 30 novembre 2012, in ilcaso.it

titolo di dolo o colpa oppure ad una condotta negligente che abbia causato un prolungamento dei termini processuali.²⁰⁶

In conclusione la condanna che il giudice può comminare ai sensi dell'art. 96 comma 3 c.p.c. presuppone *“il requisito della mala fede o della colpa grave, ossia la rimproverabilità della condotta del soccombente (come nel caso di cui al comma 1 dell'art. 96 c.p.c.), ma non la prova specifica del pregiudizio sofferto dalla parte a causa della lite temeraria subita [...] L'istituto in esame presenta invero una natura mista sanzionatoria e risarcitoria, ove la liquidazione viene operata in via equitativo del decidente tenendo conto della gravità della colpa, dei presumibili pregiudizi arrecati alla controparte in ragione della natura, dell'oggetto della causa e della durata del processo, sia in termini di pregiudizio patrimoniale che non patrimoniale”*.²⁰⁷

Nello stesso senso è stato rilevato che la Costituzione richiede la necessità dell'elemento psicologico, perché diversamente risulterebbe violato il principio della responsabilità personale e dell'imputabilità, quanto meno a titolo di colpa, del fatto dannoso.

Nonostante ciò, la necessità in ordine all'elemento psicologico, come ulteriore condizione da aggiungere a quella oggettiva della soccombenza, trova un limite nel potere del giudice che la norma gli attribuisce *“anche d'ufficio”*.²⁰⁸ una simile condanna sanziona lo sviamento e le disfunzioni del sistema giustizia in capo a chi ha iniziato o proseguito un processo che non era necessario.

Con riferimento al tema dell'elemento soggettivo dunque è molto seguita la tesi c.d. garantista, che postula comunque la presenza del requisito della malafede o della colpa grave e non già della sola colpa lieve od addirittura della mera soccombenza.

²⁰⁶ Trib. Rovigo, sez. dist. Adria, 7 dicembre 2010, in altalex.com; si veda anche l'autorevole opinione di F.D. BUSNELLI - E. D'ALESSANDRO, op. cit., 2012, p. 590, i quali ritengono che l'istituto in esame, seppure presenti il *genus* della responsabilità civile, presenti connotati punitivi-deterrenti.

²⁰⁷ Trib. Busto Arsizio, 12 giugno 2012, in dejure.giuffre.it

²⁰⁸ R. BREDI, op. cit., 2011, I, p. 440; L. FRATA, op. cit., 2012, I, p. 272.

Questo si spiega con il fatto che, dal punto di vista prettamente semantico, il requisito soggettivo del primo comma deve supportare anche la fattispecie del terzo comma e, da un punto di vista logico-sistematico, la natura sanzionatoria della norma può solo presupporre, a pena di irrazionalità del discorso e del sistema, una censura nel comportamento del destinatario della condanna.

In conclusione occorre riassumere che il giudice di merito, seppur valorizzando la funzione sanzionatoria del terzo comma dell'art. 96 c.p.c richiede, comunque, l'elemento soggettivo ai fini dell'imputabilità, quantomeno nella forma della colpa lieve, poiché altrimenti si rischierebbe la violazione del principio di responsabilità personale.

Pertanto un ulteriore elemento di innovatività di questa nuova ipotesi di responsabilità aggravata processuale va rintracciata nella prova del danno, in quanto l'ammontare della somma da risarcire va rapportato oltre allo stato soggettivo del responsabile, alla condotta processuale in corso di causa, alla qualifica ed alle caratteristiche del responsabile, anche al vantaggio che lo stesso ha tratto dall'agire o resistere in giudizio.

In tale prospettiva, la fattispecie in commento potrebbe - anche se allo stato attuale tale considerazione non trova fondamento giuridico univoco - essere ascritta nell'orbita dei danni punitivi, in quanto la condanna non è diretta a fronteggiare il pregiudizio effettivamente patito dal danneggiato e a riportare il patrimonio di quest'ultimo nello status quo ante, bensì è volta a sanzionare la parte soccombente in ragione del suo comportamento processuale scorretto.

5.3 La natura del danno ex art. 96 comma 3 c.p.c.

Inizialmente la figura della responsabilità processuale aggravata - evidentemente di natura extracontrattuale, con carattere di specialità rispetto all'art. 2043 c.c.²⁰⁹ - por-

²⁰⁹ Trib. Parma 28 agosto 2013, n. 1097, in dejure.giuffre.it; Trib. Parma 3 luglio 2013, n. 961, in dejure.giuffre.it; Trib. Ragusa 26 giugno 2013, n. 461, in dejure.giuffre.it

tava al risarcimento del danno con natura esclusivamente patrimoniale ai sensi dell'art. 1223 e 2056 c.c.

Punto di svolta è stata la modifica dell'art. 111 Cost. che ha introdotto il principio del giusto processo e della ragionevole durata del processo.

Ma è solo dopo la novella n. 69 del 2009 che l'art. 96 c.p.c. si è arricchito ulteriormente poiché, oltre a tutelare un interesse di tipo privatistico, permette al giudice di sanzionare l'uso strumentale del processo in vista di scopi diversi da quelli per cui è preordinato.

In altre parole, con la novella del 2009 la condanna ex art. 96 c.p.c. *“costituisce una sanzione di ordine pubblico per la violazione dei principi costituzionali della ragionevole durata del processo e del giusto processo (art. 111 Cost.), avendo il legislatore ritenuto che il cattivo uso del processo (quindi l'ingiustizia del processo) merita una sanzione del tutto estranea all'eventuale obbligazione risarcitorie (art. 2043 c.c.) scaturita fra le parti”*.²¹⁰

Agire o resistere giudizialmente con mala fede o colpa grave non provoca più dunque solo un danno ingiusto verso la parte vincitrice ma comporta anche la lesione di un principio costituzionalmente garantito.

Quindi cambia anche l'interpretazione giurisprudenziale relativa al risarcimento del danno e infatti è stato fatto notare che *“laddove risulti un danno (patrimoniale o non patrimoniale) questo contribuirà insieme a tutte le altre circostanze alla formazione della valutazione del Giudice sul punto della responsabilità della parte condannata, specialmente per quanto riguarda il “quantum” della somma da porle a carico”*.²¹¹

A tal proposito va ricordato che in virtù dell'art. 2059 c.c. il danno non patrimoniale può essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge. Quindi la violazione di un principio costituzionale, come quello relativo al giusto processo, rappresenta una violazione di legge che può far sorgere il risarcimento del danno non patrimoniale ai sensi per l'appunto dell'art. 2059 c.c.

²¹⁰ Trib. Camerino 9 gennaio 2012, in dejure.giuffre.it

²¹¹ Trib. Roma 9 dicembre 2010, in dejure.giuffre.it

Ecco perché è stato sostenuto che l'istituto dell'art. 96 comma 3 c.p.c. ha una natura mista sanzionatoria e risarcitoria, in cui la liquidazione viene operata in via equitativa dall'organo giudicante prendendo in considerazione la gravità della colpa, i presumibili pregiudizi arrecati alla controparte in ragione della natura, l'oggetto della causa e la durata del processo, sia in termini di pregiudizio patrimoniale sia non patrimoniale.²¹²

In proposito i giudici hanno precisato che l'art. 96 c.p.c., sebbene si configuri come norma speciale rispetto quella generale dell'art. 2043 c.c., non pone chi agisce per il risarcimento di danni di origine processuale in una posizione differente e ulteriore rispetto a chi agisce per danni extracontrattuali di origine diversa.

Infatti da tempo la giurisprudenza ha sottolineato che elemento peculiare dell'art. 96 c.p.c. è la causa, non l'effetto: la responsabilità contemplata in tale norma ha natura processuale ma i danni da risarcire sono di qualsiasi tipo in quanto causati da uno dei comportamenti tipizzati nella norma.

La corrente giurisprudenziale citata riteneva che i danni concretamente risarcibili ex art. 96 c.p.c. fossero quelli patrimoniali rappresentati dal danno emergente e dal lucro cessante; infatti questa giurisprudenza non ammetteva la possibilità di una risarcibilità del danno non patrimoniale derivante da illecito processuale riconducibile sulla base del solo art. 96 c.p.c. e non quindi dotato di rilevanza penale e perciò produttivo anche del c.d. danno morale.

Il risarcimento del danno derivante da responsabilità aggravata per lite temeraria va considerato quindi comprensivo del danno patrimoniale e del danno non patrimoniale. Pertanto discutendo dell'applicabilità dell'art. 96 c.p.c. è stato affermato che *“nella normalità dei casi e secondo l'id quod plerumque accidit, ingiustificate condotte processuali, oltre a danni patrimoniali (...) causano ex se anche danni di natura non patrimoniale, che per non essere agevolmente quantificabili, vanno liquidati*

²¹² Trib. Busto Arsizio 12 giugno 2012, in dejure.giuffre.it

equitativamente sulla base degli elementi in concerto desumibili dagli atti di causa”.²¹³

La parte che agisce per ottenere il risarcimento ha l'onere di dedurre e dimostrare la concreta ed effettiva esistenza di un danno in conseguenza del comportamento processuale della parte soccombente.

In assenza di tale prova, sotto il profilo del danno patrimoniale, è legittima una liquidazione equitativa nella misura dello scarto tra le spese determinate dal giudice e quanto dovuto dal cliente, in base al rapporto di mandato professionale con il proprio avvocato.

Inoltre sotto il profilo della liquidazione del danno non patrimoniale è stato fatto un alleggerimento dell'onere probatorio relativo al risarcimento del danno ai sensi dell'art. 96 c.p.c.; infatti il giudice può desumere anche dalla comune esperienza la lesione dell'equilibrio psicofisico, dovuto alle ingiustificate condotte processuali.

Si deve poi considerare che l'art. 96 c.p.c. fa espresso riferimento ai “danni” e l'uso del termine al plurale evoca anche il danno esistenziale; dunque è lecito supporre che, una volta accertata la responsabilità aggravata della controparte, la parte vittoriosa possa usufruire anche di un danno di natura non patrimoniale che potrà integrare il danno psichico - ma questa non è la sede per poter dilungarsi sulla natura di tale danno.

In conclusione la Suprema Corte ha affermato innanzitutto che non è necessario che ci sia un'esatta quantificazione dell'ammontare dei danni patrimoniali, sorti dall'essere stati obbligati a combattere un'ingiustificata iniziativa dell'avversario, in quanto nel caso concreto il giudice può indicare una somma in via equitativa nell'ambito del suo potere discrezionale.²¹⁴

In secondo luogo i giudici di legittimità hanno sostenuto che per la quantificazione dei danni non patrimoniali, ciò che viene in rilievo è il “tempo perduto” a causa del processo e questo si traduce in una lesione dell'equilibrio psicofisico della parte in-

²¹³ Trib. Bari 6 settembre 2012, n. 2781, in dejure.giuffre.it

²¹⁴ Cass., n. 14645 del 27 novembre 2007, in dejure.giuffre.it

utilmente coinvolta nel giudizio. Si tratta di una conseguenza diretta del fatto che danni patrimoniali, per la loro natura, provocherebbero “*ex se anche danni di natura psicologica*” e tra questi rientrano tutte le lesioni di interessi di rango costituzionale riconducibili alla sfera della persona, anche se non tipizzati.

In ultima analisi è stato affermato che la normativa in tema di responsabilità aggravata ai sensi dell’art. 96 c.p.c. è più che sufficiente per realizzare un efficace contrasto all’abuso del processo in quanto rappresenta “officiosamente” una nuova sanzione meramente punitiva e non semplicemente riparatoria.²¹⁵

5.4 L’onere della prova

Come già anticipato, ai sensi dell’art. 96 c.p.c. la condanna presuppone il requisito oggettivo della totale soccombenza e quello soggettivo dell’elemento psicologico di aver agito o resistito in mala fede o colpa grave, ma anche la prova circa l’*an* e il *quantum* del danno subito.

Per questo motivo nella pratica giurisdizionale la pronuncia del giudice ha storicamente rappresentato un evento residuale vista la particolare difficoltà per la parte di fornire la prova di quest’ultimo requisito e cioè del danno-conseguenza meramente collegato alla pendenza della controversia pretestuosa.

Il legislatore è intervenuto attraverso la nuova previsione dell’art. 96 comma 3 c.p.c. con lo scopo di prevedere uno strumento destinato a punire le liti temerarie.

Premesso ciò, quanto all’onere probatorio gravante sul danneggiato a seguito dell’illecito extracontrattuale subito ex art. 96 c.p.c., si possono individuare due orientamenti diversi generati in circostanze diverse: secondo la prima soluzione la liquidazione del danno presuppone - nel rispetto dei principi generali - la rigorosa prova

²¹⁵ M. LIPARI, *La nuova sanzione per “lite temeraria” nel decreto sviluppo e nel correttivo al codice del processo amministrativo: un istituto di dubbia utilità*, in giustizia-amministrativa.it

del danno sia nell'*an* sia nel *quantum*, oltre che del nesso di causalità, gravante sul danneggiato che richiede la reintegrazione.

Invece secondo una corrente diversa e più recente occorre evidenziare l'onere della parte lesa di allegare, e non meramente provare, gli elementi necessari all'individuazione e liquidazione del danno, anche sulla base di nozioni di comune esperienza.

Inoltre sulla base di orientamenti provenienti dalla giurisprudenza di merito i giudici di legittimità sono intervenuti sull'onere probatorio gravante sul danneggiato affermando che il pregiudizio subito possa essere anche desunto da nozioni di comune esperienza anche alla stregua del principio della ragionevole durata del processo (art. 111 comma 2 Cost.).

Quest'ultima corrente più evolutiva ha reso più agevole l'opus probandi stabilendo che non è necessario che la parte interessata deduca e dimostri uno specifico danno - in quanto risultava sufficiente l'allegazione di elementi a supporto della pretesa risarcitorie - e quindi il giudice ha comunque la facoltà di desumere il pregiudizio da nozioni di comune esperienza.²¹⁶

La Cassazione stabilisce che il danno da lite temeraria è desumibile dagli atti di causa, per cui attraverso il richiamo al terzo comma dell'art. 96 c.p.c. è possibile che il giudice irroghi una sanzione alla parte che ha agito in modo dilatorio e pretestuoso, anche se in mancanza della specifica prova del quantum.

Infatti non si tratta di riconoscere un danno in re ipsa, in quanto sarebbe contrario alla logica della necessaria individuazione del danno come danno-conseguenza, ma di prendere atto, secondo le nozioni di comune esperienza, che il subire temerarie iniziative o resistenze giudiziarie comporta una perdita economica che la parte vittoriosa dovrà attribuire anche al suo difensore.

²¹⁶ Trib. Milano 14 giugno 2012, in dejure.giuffre.it “*Ai fini del riconoscimento del danno da responsabilità aggravata il giudice può fare riferimento a nozioni di comune esperienza, tra cui il pregiudizio che la controparte subisce per il solo fatto di essere stata costretta a contestare un'ingiustificata iniziativa dell'avversario, non compensata, sul piano strettamente economico, dal rimborso delle spese e degli onorari del procedimento stesso, liquidabili secondo tariffe che non concernono rapporto tra cliente e cliente*”.

Secondo l'orientamento della Cassazione,²¹⁷ dopo che è stata riconosciuta la temerarietà della lite, in assenza della dimostrazione degli specifici danni patrimoniali conseguenti al suo svolgimento, è giustificabile che il giudice, con riguardo a tutti gli elementi della controversia e anche alle spese giudiziali che concretamente competerebbero alla parte vittoriosa, attribuisce alla parte non soccombente il riconoscimento di un danno patrimoniale che viene liquidato in via equitativa.

Pertanto la Corte chiarisce che l'onere probatorio può essere interpretato in modo elastico grazie all'interpretazione della norma e in particolare della formula "in ogni caso".

Viceversa l'orientamento più tradizionale interpreta in maniera restrittiva il riferimento ai poteri istruttori officiosi del giudice in quanto la parte deve dare prova rigorosa, *ex art. 2697 c.c.*, sia dell'*an* sia del *quantum* del danno, senza gravare il magistrato nella ricerca di tale prova nell'ambito dei suoi poteri.

Dunque la domanda di risarcimento dei danni per lite temeraria potrà essere rigettata in caso di mancata prova della concreta ed effettiva resistenza di un pregiudizio in conseguenza del comportamento processuale della parte stessa.

In conclusione con l'introduzione del terzo comma dell'art. 96 c.p.c. è stato evidenziata una vera e propria pena pecuniaria che è attivabile senza che la parte ne faccia richiesta e senza che questa dimostri di aver subito un danno alla propria persona o al proprio patrimonio in conseguenza del processo.²¹⁸

Ed inoltre è stato sottolineato che la natura punitiva esclude in radice la necessità di una prova "*l'art. 96, comma 3, c.p.c. introduce nell'ordinamento una forma di danno punitivo per scoraggiare l'abuso del processo e preservare la funzionalità del sistema giustizia deflazionando il contenzioso ingiustificato[...]. Risulta conseguentemente esclusa, come peraltro ben lumeggiato dai lavori preparatori, la necessità di*

²¹⁷ Cass., n. 17485 del 23 agosto 2011.

²¹⁸ Trib. Lamezia terme, 11 giugno 2012, in dejure.giuffre.it "Ove, pertanto si potesse prescindere, nella fattispecie di cui al primo comma, dall'allegazione di un pregiudizio conseguente all'altrui temeraria iniziativa giudiziaria e si potesse identificare il bene leso con il mero abuso dello strumento processuale da parte dell'avversario, più nessuna distinzione, al di là del riferimento all'elemento soggettivo, sarebbe individuabile tra le diverse forme di responsabilità a cui fa riferimento".

un danno di controparte, pur se la condanna è stata prevista a favore della parte e non dello Stato, al probabile fine di rendere effettivo il recupero della somma e quindi l'affettività della sanzione".²¹⁹

5.5 Art. 96 comma 3 c.p.c.: mera funzione sanzionatoria o vero e proprio danno punitivo?

Come visto la prevalente giurisprudenza di merito considera la sanzione introdotta attraverso l'art. 96, comma 3, c.p.c. come una species di danno punitivo, volta da un lato, a disincentivare il ricorso a condotte di abuso del processo, e dall'altra, a tutelare il corretto svolgersi dell'accesso alla giustizia.

In tal senso la facoltà riconosciuta al giudice di comminare una condanna di tipo risarcitoria viene interpretata da numerosi tribunali di merito come strumento con finalità sanzionatoria, ovvero come facoltà di prevedere una sanzione di natura pubblicistica che mira a punire il comportamento processuale della parte che ha violato il principio costituzionale della durata del giusto processo.²²⁰

La previsione di un istituto con finalità sanzionatoria nel nostro ordinamento rappresenta la lampante dimostrazione che i danni punitivi o sovracompensativi non possono più essere considerati contrari all'ordine pubblico vista la crescente emersione di una nuova concezione della categoria della responsabilità che ha funzione deterrente.

²¹⁹ Trib. Piacenza 15 novembre 2011, n. 855, in dejure.giuffre.it

²²⁰ Così Trib. Rovigo, sez. dist. Adria, 7 dicembre 2010, in altalex.com "[...] (poichè incide non solo sulla durata del singolo processo ma anche su tutti gli altri a catena) integrando un abuso del processo ovvero una distorsione delle finalità riconosciute dall'articolo 24 della Costituzione".

Rimane tuttavia il problema della quantificazione di tali danni e della definizione dei criteri a cui il giudice deve attenersi per evitare di eccedere in quel potere discrezionale che gli è attribuito.²²¹

Sul punto, in dottrina, meritano di nota le autorevoli parole di Ambrosio il quale ha affermato che *“il pensiero giuridico ha solo un nuovo compito da assolvere. Pensiamo che occorra semplicemente trovare un equilibrio fra riparazione e danno effettivamente patito dalla vittima come conseguenza della condotta del danneggiante, se vogliamo un equilibrato piano di intesa tra punizione e riparazione che tenga conto del fatto che vi è una funzione preventiva, dissuasiva, deterrente e punitiva, e come tale sociale, della responsabilità civile, dalla quale in nessun caso è consentito astrarre. Per muoversi coerentemente in questa direzione è necessario riformulare un coerente statuto della responsabilità civile capace di coordinare in modo efficiente l'ingiustizia del danno, i criteri di imputazione e le diverse modalità del danno risarcibile”*.²²²

Sono molteplici i riferimenti all'importanza delle finalità pubblicistiche dell'istituto, con riguardo al profilo dell'abuso del processo nei confronti della controparte e a quello del danno cagionato alla collettività per l'uso improprio dello strumento processuale.

Dunque la natura sanzionatoria della norma introduce nell'ordinamento una condanna diretta a scoraggiare e prevenire qualunque tentativo di abuso del processo²²³ e pertanto, con il nuovo dettato dell'art. 96 comma 3 c.p.c., il legislatore intende tutelare non solo un interesse pubblico ma altresì un interesse privato in quanto la condanna viene liquidata a favore della parte.

²²¹ A. AMBROSIO, *Responsabilità civile - Risarcimento del danno*, in *Corr. giur.*, 2012, 2, p. 263.

²²² R. AMBROSIO - G.M. ARNONE, *Disastro ThyssenKrupp, chiesto il “danno punitivo”*, in sicurezzaelavoro.org, 2012.

²²³ Il quale va contrastato in quanto cagiona un danno anche all'erario in quanto lo Stato deve pagare l'indennizzo ex l. n. 89/2001 e quello alla controparte.

Questa considerazione è stata ritenuta da alcuni come un limite della norma che rischia di sfociare nell'ingiustificato arricchimento; in altre parole, dovendo ristorare il pregiudizio subito dalla controparte per evitare una locupletazione del danno, nel caso di soggetti condannati che dispongano di grandi patrimoni, la sanzione potrebbe rivelarsi irrilevante e in questo modo verrebbe meno la funzione deterrente che le è riconosciuta pacificamente.

Quindi la novella - come evidenziato dalla maggioranza della giurisprudenza - persegue l'obiettivo di punire l'abuso del processo nonché di perseguire e tutelare, anche se indirettamente, interessi pubblici tra i quali il buon funzionamento, la ragionevole durata del processo e l'efficienza della giustizia civile.²²⁴

Ancora, si segnalano numerose sentenze che stabiliscono - per disincentivare condotte distorsive della funzionalità regolare del processo, e di conseguenza, del sistema giustizia - la necessità di reagire contro gli abusi del processo perché questi causano un duplice ordine di danni: il pregiudizio che è direttamente patito dalla parte che ottiene in ritardo l'accertamento della verità e il danno indirettamente subito dallo Stato conseguentemente all'allungarsi dei tempi del processo. In particolare è stato osservato che “[...] *la norma introdotta dalla Legge 18 giugno 2009, n. 69 nel terzo comma dell'art. 96 c.p.c. non ha natura meramente risarcitoria ma “sanzionatoria” ed introduce nell'ordinamento una forma di danno punitivo per scoraggiare l'abuso del processo e preservare la funzionalità del sistema Giustizia [...]*”.²²⁵

Ecco dunque che la novella permette di colpire comportamenti dilatori, scorretti e sleali che si concretizzano nel ricorso ingiustificato e abusivo del processo e più generale del sistema giustizia per garantire la pronuncia di una sentenza che risolva nel modo più efficace e veloce possibile il conflitto processuale in corso.

Nel ribadire la natura sanzionatoria dell'art. 96 comma 3 c.p.c. è stata suggerita la tesi del “danno strutturato” ritenendo cioè che tale norma, così come dettata dalla

²²⁴ Sul punto si veda Trib. Varese, sez. disc. Luino, 23 gennaio 2010, in dejure.giuffre.it

²²⁵ Trib. Varese 21 gennaio 2011, in altalex.com

novella n.69/2009, serve a compensare il danno subito dalla parte vittoriosa per l'irragionevole durata del processo.²²⁶

Quindi la disposizione in esame disciplina una nuova ipotesi di “vera e propria pena pecuniaria, indipendente sia dalla domanda di parte, sia dalla prova del danno causalmente derivato alla condotta processuale dell'avversario”.²²⁷

In ordine alla natura e alla quantificazione di tale pena pecuniaria, il Tribunale di Siena ha affermato che l'art. 96 comma 3 c.p.c. permette di infliggere una sanzione proporzionata, da calcolare in misura proporzionale al valore della lite che l'attore del giudizio ha instaurato, quando la condotta processuale complessiva della parte ha provocato un aggravio, non trascurabile, per il buon andamento dell'amministrazione della giustizia.²²⁸

Ma più incisiva risulta la sentenza del già più volte richiamato Tribunale di Varese, molto attento e attivo su tale delicata materia, che in una pronuncia del 2012 ha affermato che “La condanna ex art. 96 comma 3 c.p.c. ha natura anfibologica: lo Stato sanziona mentre il giudice risarcisce. Anfibologia strutturale: resta un risarcimento (copre un danno “presunto” della parte) ma ha funzione sanzionatoria (il giudice rende la condanna consapevole degli importanti effetti che essa avrà anche “fuori” dal singolo processo e per rimarcare la disapprovazione per l'utilizzo emulativo dello strumento processuale)”.²²⁹

²²⁶ G. BUFFONE, op. cit., 2012, p. 89, a proposito del danno strutturato afferma “nella fase liquidatoria, il danno viene a strutturarsi nel senso che, il giudice, non guarda tout court all'interesse privato della vittima ma tiene anche conto degli effetti negativi che la singola lite temeraria ha avuto sul suo Ruolo e, dunque, sull'amministrazione giudiziaria e, infine, sul contribuente [...]. Questo ragionamento induce a poter ritenere che là dove il giudice abbia applicato l'art. 96 c.p.c. nella quantificazione del danno, si registrano almeno due conseguenze: 1) la vittima dell'illecito non può poi anche richiedere, eventualmente, il danno da irragionevole durata del processo perché a lei è già stata versata (dalla controparte invece che dallo Stato) la somma di denaro che lo compensa del danno da illegittimo coinvolgimento nel processo, se durato oltre il termine di ragionevole durata; [...]”.

²²⁷ Così Cass. 30 luglio 2010, n. 17902, in *Foro it.*, 2011, I, p. 3134.

²²⁸ Trib. Siena 9 giugno 2011, in dejure.giuffre.it

²²⁹ Trib. Varese 2 ottobre 2012, in dejure.giuffre.it

Ed è proprio questo l'elemento peculiare dell'istituto in esame: per tutelare lo strumento del processo, l'ordinamento italiano non prevede alcuna sanzione a favore dello Stato o dell'amministrazione della Giustizia - né nella forma di sanzioni, né di ammende -, ma assegna una finalità dissuasiva e deflativa ad una forma di risarcimento in favore della parte privata vittoriosa in processo e che viene ristorata del pregiudizio patito con l'instaurazione del processo ingiusto o condotto in modo scorretto.

Pertanto si può affermare che siamo di fronte ad una sorta di cambiamento, di metamorfosi per cui l'illecito di matrice pubblicistica si trasforma in illecito di stampo privatistico, in quanto il privato ottiene una somma a titolo di riparazione di un danno non patrimoniale.

Senza dubbio il rischio è che lo strumento *ex art. 96 comma 3 c.p.c.* si trasformi in una pena privata, il cui pagamento è destinato alla controparte e non allo Stato e quindi in una modalità volta all'indebito arricchimento per la parte vittoriosa ai danni della parte processuale soccombente.

Ecco allora che la parte processuale avventata sarà destinataria di una condanna al pagamento di una sanzione che sia commisurata non al danno subito concretamente dalla controparte - già risarcibile, peraltro, in virtù del primo comma dell'art. 96 c.p.c. - ma a parametri oggettivi e contestuali al processo in cui la parte è ingiustamente coinvolta per via della condotta colpevole del soccombente.²³⁰

Proprio in questa ottica parte della dottrina ha sottolineato che - senza prendere in considerazione l'interesse privato - il giudice dovrebbe valorizzare la fase della liquidazione in chiave sanzionatoria in quanto punisce gli effetti negativi che la singola lite temeraria ha avuto sul suo ruolo e quindi sull'amministrazione giudiziaria.²³¹

Invece secondo un altro filone interpretativo²³² ai fini della liquidazione è rilevante la funzione risarcitoria.

²³⁰ Pertanto è fuori dubbio che tra i parametri ausiliari devono essere compresi il valore, l'oggetto della causa, la durata del processo.

²³¹ BUFFONE, *op. cit.*, 2012, p. 59.

²³² E. MORANO CINQUE, *op. cit.*, 2010, p. 1837 ss.

Pertanto di nuovo si giunge alla conclusione - non più timida e sommessa ma basata su sostanziali fondamenti di diritto - che la condanna in virtù del terzo comma dell'art. 96 c.p.c. ha una duplice finalità, ovvero quella sanzionatoria da un lato e risarcitorie dall'altra, e sarebbe quindi riconducibile alla figura dei danni punitivi del diritto anglosassone.

Tale duplice finalità della disposizione normativa in analisi è ben spiegata dalla sentenza del Tribunale di Piacenza secondo cui *“La funzione sanzionatoria è assicurata dalla (possibile) officiosità della condanna e dal fatto che può essere pronunciata in assenza di qualsiasi prova di un danno effettivo; la funzione risarcitoria sarà invece perseguita, in sede di liquidazione della somma, proprio agganciando la quantificazione ai criteri utilizzati per indennizzare il pregiudizio (sia pure presunto) subito dalla parte vittoriosa per aver dovuto agire o resistere in giudizio”*.²³³

Questa sentenza presenta numerosi elementi interessanti in quanto ha ritenuto che la condanna per responsabilità aggravata sia svincolata dalla prova di un danno risarcibile, affermando la necessità ed imprescindibilità dell'allegazione e prova del requisito soggettivo.²³⁴

La natura sanzionatoria della condanna *de qua* è confermata dal connotato ufficioso della pronuncia, che non presuppone l'allegazione e la prova di un danno della parte, a differenza di quanto risultava in conseguenza dell'applicazione del primo comma - o secondo comma nei casi ivi previsti - dell'art. 96 c.p.c. in relazione alle istanze di condanna per responsabilità processuale aggravata o lite temeraria.²³⁵

²³³ Trib. Piacenza 7 dicembre 2010, in dejure.giuffre.it

²³⁴ Sul punto la sentenza succitata evidenzia che “ [...] - sia in base alla natura latamente sanzionatoria, sia in base a quella risarcitorie - la condanna ex art. 96, comma 3, c.p.c. esiga comunque la sussistenza di un elemento soggettivo in capo al condannato, poiché altrimenti si violerebbe il principio della responsabilità personale e della imputabilità, per lo meno a titolo di colpa, del fatto dannoso. [...] la necessità di fondare la condanna ex art. 96 comma 3, c.p.c. sulla ricorrenza di un elemento soggettivo, nasce anche dall'esigenza di non concedere al giudice un potere praticamente arbitrario, soprattutto alla luce dell'assenza di un elemento oggettivo (quale il danno) e della mancata indicazione, nella legge, di criteri obbiettivi sui quali parametrare la quantificazione della somma”.

²³⁵ G. FLORIDIA, op. cit., 2011, p. 175.

Ma tale considerazione si scontra nuovamente con il secondo sentiero giuridico in cui si snoda il bivio concettuale che investe l'istituto in esame ovvero quello che attribuisce a tale condanna una duplice finalità: quella sanzionatoria in quanto non è necessaria un'istanza privata né la prova di un danno effettivo, e quella risarcitoria, limitatamente alla fase di liquidazione della somma, nel senso che la quantificazione dovrebbe essere fatta per indennizzare il pregiudizio - seppure presunto - subito dalla parte vittoriosa per aver dovuto agire o resistere in giudizio.

Ma nonostante la necessità di provare il danno subito, in quanto elemento costitutivo della fattispecie, si dà importanza alla funzione sanzionatoria della norma di cui, sulla base dei già acclamati principi promanati dalla giurisprudenza di merito e soprattutto di legittimità, acquista importanza la finalità deflattiva rispetto ad un contenzioso ingiustificato e non gestibile, al fine di svolgere una funzione deterrente per il futuro ed impedire quindi che condotte prive della diligenza minima possano essere ripetute da chi ha abusato dello strumento processuale.²³⁶

Da questa considerazione scaturisce l'idea che l'art. 96 comma 3 c.p.c. abbia introdotto nell'ordinamento il c.d. danno punitivo, sulla scia del vero e proprio "punitive damage", contemplati negli ordinamenti di *common law* a carico di chi ha agito con malice o gross negligence.²³⁷

Quindi da un lato troviamo pronunce che richiamano il valore letterale della norma - e più precisamente la sentenza *ex officio* e la facoltà per la parte di provare un specifico danno che si connota come un rimedio prettamente sanzionatorio proprio perché sottratto alla volontà delle parti -, e sentenze che invocano la distinzione di matrice di *common law*, tra i *general damages*, normalmente collegati ad una condotta illecita e gli *special damages* che ristorano il danno cagionato e che sono caratter-

²³⁶ Trib. Pistoia 20 gennaio 2011, in *Riv. critica dir. lav.*, 2011, p. 513 ss.

²³⁷ Trib. Varese 16 dicembre 2011, in [ilcaso.it](#); Trib. Pordenone 18 marzo 2011, in [ilcaso.it](#); Trib. Min. Milano 4 marzo 2011, in *Foro it.*, 2011, I, p. 2184; Trib. Varese 6 febbraio 2011 e Trib. Varese 22 gennaio 2011, in *Guida al dir.*, 2011, XXVI, p. 51; Trib. Roma-Ostia 9 dicembre 2010, in [dejure.giuffre.it](#); Trib. Rovigo-Adria 7 dicembre 2010, in *Il civilista*, 2011, p. 10; Trib. Piacenza 22 novembre 2010, in *Giur. mer.*, 2011, p. 2700; Trib. Verona 1 ottobre 2010.

izzati da una maggiore intensità del requisito doloso e colposo che connota la condotta.²³⁸

La giurisprudenza di merito che sostiene questa interpretazione dell'art. 96 c.p.c. assumendo che la condanna non violi il principio della "responsabilità personale" perché presuppone la partecipazione soggettiva all'illecito in quanto compiuto attraverso una condotta di violazione della c.d. fairness del processo.²³⁹

Pertanto non verrebbe attribuita al giudicante una discrezionalità eccessiva e indebita in quanto il sindacato giurisdizionale deve fondarsi sulla sussistenza, di un pregiudizio desumibile dal fatto concreto e conseguente al coinvolgimento ingiustificato di una parte in un processo. In questa ottica la funzione punitiva bilancia il diritto di azione contemplato ex art. 24 Cost. con il principio della ragionevole durata del processo, espresso dall'art. 111 Cost.

La critica all'interpretazione in termini di danni punitivi si basa sulla considerazione che essi sono caratterizzati tipicamente, da un lato, dal giudizio in termini di riprovevolezza della condotta e, dall'altro, dalla stretta correlazione con i danni compensativi, mentre l'art. 96 c.p.c. non prevede un criterio di proporzionalità tra il danno assertivamente ed esclusivamente punitivo e gli altri danni liquidati nel caso eventuale in cui la parte vittoriosa del processo abbia avanzato anche una domanda risarcitoria.²⁴⁰

Nello stesso senso, come già visto nel capitolo precedente circa la critica all'ammissibilità dei danni punitivi nell'ordinamento italiano, si è espressa la Suprema Corte la quale ha sostenuto che *"rimane estranea al sistema l'idea della punizione e della sanzione del responsabile civile ed è indifferente la valutazione a tal fine della sua condotta"* ma la *species* dei danni punitivi non è *"neanche riferibile alla risarcibilità dei danni non patrimoniali e morali"* in quanto *"è sempre condizionata all'accerta-*

²³⁸ Trib. Terni 17 maggio 2010, in *Giur. it.*, 2011, p. 143.

²³⁹ Trib. Varese 27 maggio 2010, in personaedanno.it

²⁴⁰ Numerosissime sentenze hanno ritenuto di applicare i criteri impiegati nella liquidazione del danno morale, tra cui la percentuale di quello biologico ma resta senza dubbio che sarebbe necessario un intervento chiarificatore da parte del legislatore.

mento della sofferenza o della lesione determinata dall'illecito e non può considerarsi in re ipsa".²⁴¹

In ogni caso quello che occorre necessariamente sottolineare è che la somma viene liquidata alla parte privata che è esonerata dall'onere di provare il danno patito e di proporre specifica domanda di risarcimento. E quindi di conseguenza la condanna prescinde dalla necessità di una corrispondenza tra il vantaggio pecuniario riconosciuto al danneggiato ed il danno effettivamente subito con l'unico limite della previsione di una liquidazione in termini equitativi.

E proprio per questo alcuni autori attribuiscono all'art. 96 c.p.c. una funzione "super-individuale", volta ad incentivare condotte coerenti e conformi ai principi del giusto processo e a deflazionare il contenzioso non necessario.

Proprio questa funzione riconosciuta all'istituto della responsabilità aggravata della norma in esame in seguito all'intervento del legislatore nel 2009, permette al giudice, mediante l'applicazione della sanzione, di procurare ad una parte del processo un arricchimento, anche in mancanza della prova di un pregiudizio che giustifichi l'attribuzione economica.²⁴²

Pertanto la finalità sanzionatoria caratterizza la novella e giustifica l'attribuzione patrimoniale ad una parte privata,²⁴³ anche in mancanza di prova di un effettivo danno a

²⁴¹ Cass. 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Foro it.*, 2007, I, p. 1461.

²⁴² Così si sono espressi sul punto il Trib. Varese, sez. dist. Luino, 23 gennaio 2010, in dejure.giuffre.it; Trib. Milano 20 agosto 2009, in *Foro it.*, 2010, I, p. 2229.

Figura simile a quella in analisi si rinviene nell'ordinamento francese dove la "pena privaata" trova applicazione sotto forma di c.d. *astreintes*: si tratta di un rimedio che esula dal modello della responsabilità civile ma si configura come "sanction" che traduce il potere del giudice di condannare al pagamento di una penalità in caso di inosservanza degli ordini dell'autorità o per violazione di interessi non meramente individuali. L'istituto della "astreintes" si basa sull'idea che il giudice, attraverso un potere di imperium, ha nelle mani un importantissimo strumento di coercizione indiretta con cui può ordinare la cessazione di un fatto lesivo.

Su tale istituto giuridico si veda F. GODIO, *L'astreinte* e la giurisprudenza di merito: un primo bilancio su alcuni profili operativi, in *Corr. giur.*, 2011, p. 1121 ss.

In altri ordinamenti, come quello svizzero, le condotte temerarie o gravemente colpevoli sono sanzionati con la "multa disciplinare" (pari a 2.000 franchi o, in caso recidiva, 5.000 franchi); sul punto di veda B. CAPPONI, op. cit., 1999, II, p. 157 ss.; E. MOSCATI, op. cit., 1985, p. 511 ss.

²⁴³ P. GALLO, op. cit., 1995, p. 1 ss.; S. PATTI, op. cit., 1995, p. 349 ss.; G. PONZANELLI, 1990, p. 1 ss.; più di recente M. G. BARATELLA, op. cit., 2006., p. 1 ss.

suo carico. Ma nonostante ciò, il giudice non può sottrarsi al dovere di compiere un accertamento - anche d'ufficio - della rimproverabilità della condotta della parte soccombente che non per forza deve integrare i parametri del dolo o della colpa grave, essendo infatti sufficiente la violazione dei principi cristallizzati nell'art. 88 c.p.c.

Questa tipizzazione si configura come una precisa volontà legislativa di riottenere un sistema di giustizia efficiente che sia espressione del giusto processo. Anche mediante forme di deterrenza che permettano al giudice di concedere somme superiori al danno concretamente patito dalla parte processuale per punire, anche esemplarmente, comportamenti non conformi agli standard di correttezza.

Accantonando le esigenze sistematiche, le ragioni per cui la condanna prevista nel terzo comma dell'art. 96 c.p.c. è stata prevista in favore della parte privata, sebbene la sua configurabilità come sanzione pubblicistica, vanno ravvisate nel fatto che l'abuso del processo si configura come una condotta plurioffensiva.

In altre parole il dettato normativo del comma in esame da un lato riflette effetti negativi sul sistema giustizia - e questo ne giustifica il carattere sanzionatorio - ma dall'altro viola diritti fondamentali della parte processuale e pertanto ne ristora il danno prettamente esistenziale.

Rispetto a ciò il difetto risiede nel processo strumentalizzato dalle parti, cioè che costituisce l'espediente per realizzare un fine comune (processo simulato): in tale ipotesi lo strumento della responsabilità aggravata non sembra utile per la tutela di diritti fondamentali in quanto manca una lesione risarcibile, mentre la parte soccombente potrà comunque essere condannato al pagamento della pena privata in quanto è volta ad attuare il giusto processo e integra l'ipotesi di arricchimento ingiustificato o senza causa (in quanto manca la violazione del diritto soggettivo).²⁴⁴

Per alcuni autori il legislatore avrebbe inteso, attraverso l'attribuzione alla parte privata, rendere effettivo il recupero della somma per rimarcare l'affettività della sanzione.

Allo stesso tempo secondo alcuni orientamenti formulati post-novella oltre alla natura risarcitorie della condanna per responsabilità aggravata anche il carattere sanzion-

²⁴⁴ Trib. Salento, 9 gennaio 2010, in *Corr. merito*, 2010, p. 255.

atorio, punitivo di quest'ultima rispetto a cui - in mancanza di espressa indicazione - risulta ancora irrisolta la questione che concerne la determinazione dei parametri utili per giungere ad una liquidazione giudiziale delle somme dovute a tale titolo.

Infatti sebbene le molteplici applicazioni giurisprudenziali della norma, la previsione della *“condanna della parte soccombente al pagamento di una somma equitativamente determinata”* rimane una formulazione generica nei criteri di liquidazione ed applicazione e rispetto alla quale le sentenze delle Sezioni Unite non sono ancora riuscite a dare una soluzione chiara e precisa.

Anche la giurisprudenza di merito e di legittimità ha riconosciuto la natura privata della condanna ex art. 96 comma 3 c.p.c. valorizzandone la funzione di deterrenza processuale, anche in chiave costituzionale, nel senso di bilanciare il diritto di difesa (art. 24 Cost.) con l'esigenza di assicurare la ragionevole durata del processo (art. 111 Cost.).

In conclusione quindi si può sostenere che la più recente giurisprudenza si è sempre più convinta della necessità di adoperarsi in modo netto sul piano processuale per limitare e confinare i mancati funzionamenti del sistema giustizia.

5.6 Art. 96 c.p.c.: responsabilità solidale dell'avvocato difensore

Come già evidenziato, nell'ordinamento giuridico americano è previsto un meccanismo, frequente nella prassi, che vede gli avvocati rivestire i panni di “istigatori di liti temerarie” e di processi che trovano la loro ragion d'essere in questioni di modesto e trascurabile valore economico.

Questo fenomeno trova giustificazione nel fatto che tali avvocati intendono instaurare giudizi con l'obiettivo di chiedere un esagerato risarcimento dei danni sebbene, appunto, la causa non sia di rilevante valore.

In tale modo, infatti, in caso di vittoria del proprio assistito e conseguente ottenimento del risarcimento a beneficio di quest'ultimo, gli avvocati americani speculano su tale somma riscuotendo un'alta percentuale della somma ottenuta dal proprio cliente.

L'istituto giuridico che l'ordinamento giuridico americano utilizza per colpire tali condotte, ovviamente mosse dalla mala fede degli avvocati difensori, è proprio lo strumento del danno punitivo.

Si tratta dunque di comprendere qual è la posizione che attualmente il sistema giuridico italiano assume circa la responsabilità del difensore nelle ipotesi di liti temerarie sanzionate art. 96 comma 3 c.p.c.

Il 17 dicembre 2013 il Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro della Giustizia, ha approvato un disegno di legge delega al Governo che conteneva disposizioni per l'efficienza del processo civile.

Tale proposta normativa - che consta di norme di delega e norme immediatamente precettive - ha ad oggetto misure di ordine processuale e sostanziale per il recupero dell'efficienza del processo di cognizione ed esecuzione e c'è anche la previsione di una responsabilità solidale dell'avvocato che, nelle ipotesi di lite temeraria, viene "responsabilizzato" con l'introduzione di una responsabilità solidale con la parte.

Pertanto sulla base della succitata legge delega viene ampliata la sfera di responsabilità anche nei confronti della controparte non a titolo di responsabilità contrattuale (come accade verso la parte assistita) ma piuttosto di risarcimento del danno per fatto illecito.²⁴⁵

L'avvocato deve quindi oggi rispondere nei confronti del proprio cliente di eventuali errori o negligenze, in virtù proprio del contratto di mandato che allo stesso lo lega e in forza del quale deve agire nel rispetto della diligenza richiesta al buon padre di famiglia *ex art. 1176 c.c.*: dunque il difensore deve rispondere per semplice colpa, salvo che si sia in presenza di questioni di particolare complessità per le quali trova applicazione l'art. 2236 c.c. e il conseguente regime di responsabilità prevista esclusivamente per le fattispecie di dolo o colpa grave.

Pertanto volendo escludere che il d.d.l. voglia, con la previsione di questo illecito, introdurre una nuova fattispecie di responsabilità oggettiva, si ritiene che si tratti di

²⁴⁵ Per un approfondimento sulla tematica in analisi si veda A.MERONE, *Responsabilità aggravata e solidale del difensore: una nuova idea di difesa tecnica?*, in paolonesti.it

una situazione di co-imputabilità del difensore e da questo scaturirebbe senza dubbio la necessità di un accertamento rischioso.

Infatti il fatto che la responsabilità aggravata della parte possa essere ricondotta, in alcuni casi limite, a scelte dirette del difensore è indiscusso; ma si tratta per l'appunto di casi estremi - come quelli in cui ad esempio si tratta di una domanda proposta nella consapevolezza o, ancora peggio, nella colposa ignoranza della sua infondatezza o inammissibilità - e che oggi possono essere sanzionati ricorrendo alle norme che disciplinano la responsabilità ex art. 1176 c.c.

Ancora più difficile risulta trovare una *ratio* giuridica e un plausibile fondamento sostanziale per l'ipotesi che la responsabilità in solido del difensore possa essere estesa anche alle fattispecie ex comma 3 dell'art. 96 c.p.c. che attribuisce al giudice il potere, in ogni caso e d'ufficio, di condannare la parte soccombente al pagamento, oltre che alle spese e agli onorari anche al pagamento di una somma ulteriore e determinata in via equitativa.

Se infatti dovesse stabilirsi una norma che esponesse l'avvocato ad una responsabilità diretta nel caso in cui il giudice, *ex post*, ritenga chiaramente infondate le scelte processuali fatte in esecuzione del mandato, il risultato sarebbe l'ottenimento di un sistema che rischierebbe di comprimere la possibilità di garantire la pienezza dell'esercizio del diritto di azione e di difesa nell'interesse della parte.

L'avvocato esercita una funzione che è costituzionalmente essenziale ai sensi dell'art. 24 Cost. e rappresenta uno dei pilastri portanti del processo e dunque non può essere chiamato a rispondere, oltre che a titolo di responsabilità contrattuale nei confronti del proprio cliente, anche a titolo di responsabilità extra-contrattuale ed essere anche esposto al pagamento di una sanzione pecuniaria sulla base delle deduzioni e prove che la parte vincitrice offre a fondamento della domanda di risarcimento del danno, pena il venir meno della sua dignità e libertà.

Inoltre bisogna stare attenti a non confondere l'assistenza in giudizio con l'iniziativa processuale che è frutto di una scelta libera del cittadino, né si può trasformare il mandato difensivo in una sorta di rapporto di complicità con l'assistito, introducendo

a carico dell'avvocato un'ulteriore figura di responsabilità, che si cumulerebbe con la responsabilità professionale.²⁴⁶

5.7 Conclusioni

Secondo la corrente giurisprudenziale dominante²⁴⁷ la responsabilità processuale aggravata che evoca letteralmente il “risarcimento dei danni”, si configura come una fattispecie peculiare enucleabile nella più ampia categoria della responsabilità aquilana o extracontrattuale ex art. 2043 c.c., in quanto si caratterizza come species riferita prettamente agli illeciti correlati alla qualità di parte del processo.²⁴⁸

La responsabilità civile aggravata quindi, sebbene rientri nel *genus* della responsabilità per fatto illecito, viene disciplinata in maniera esaustiva dall'art. 96 c.p.c. e va intesa come un istituto autonomo e non concorrente, nemmeno in via alternativa,²⁴⁹ con la disposizione generale di cui all'art. 2043 c.c.; quindi una volta respinta la domanda di responsabilità processuale aggravata, essa non potrà essere riproposta secondo la *Lex Aquilia*.

²⁴⁶ Sul punto si veda F. CIPRIANI, *Condanna in solido del difensore per le spese di giudizio?*, in *Prev. forense*, 2008, p. 318 ss. che sul punto afferma “*Il difensore, infatti, proprio perché, come dice la parola stessa, difende la parte, non può essere confuso con la parte né tanto meno essere condannato alle spese, delle quali, nei confronti della controparte, non può che rispondere la parte, ancorché con i temperamenti dell'art. 92 e con le eccezioni dell'art. 94. Certo, il difensore può sbagliare e, semmai, essere il solo ed effettivo responsabile della soccombenza della parte, ma in questo caso, come è assolutamente pacifico in dottrina e giurisprudenza, egli risponde dei danni nei confronti della parte, non certo della controparte*”.

²⁴⁷ Cass. 24 luglio 2007, n. 16308; Cass. 20 luglio 2004, n. 13455; Cass. 23 marzo 2004, n. 5734; Cass. 17 ottobre 2003, n. 15551; Cass. 24 maggio 2003, n. 8239.

²⁴⁸ Pertanto le due disposizioni in analisi si pongono in una relazione di norma generale (art. 2043 c.c.) e di norma speciale (art. 96 c.p.c.). Per questo motivo alcuni hanno evidenziato che l'art. 96 c.p.c., sebbene è collocato nel codice di procedura civile, in realtà sarebbe una norma sostanziale che avrebbe comunque potuto trovare la sua giusta sede nel codice civile di fianco all'art. 2043 c.c.

²⁴⁹ Cass. 24 luglio 2007, n. 16308; Cass. 20 luglio 2004, n. 13455; Cass. 17 ottobre 2003, n. 15551.

Occorre precisare che l'istituto de quo è difficilmente inquadrabile dal punto di vista dogmatico e infatti la dottrina discute sulla natura dello stesso e alcuni lo qualificano come rimedio sanzionatorio - assimilabile alla già vista clausola penale - oppure come mezzo deflativo del contenzioso o come forma ristoratoria di un atto illecito civile che eventualmente ha valore di inadempienza contrattuale. Ugualmente ci si chiede se la richiesta di condanna ha natura principale o accessoria.²⁵⁰

Quindi l'art. 96 c.p.c. comprende tutte le ipotesi di atti e comportamenti processuali delle parti e copre ogni possibile effetto pregiudizievole che ne deriva.

Il motivo per cui il legislatore ha introdotto l'art. 96 c.p.c. accanto alla disposizione del codice civile, è il fatto che l'art. 2043 c.c. è stato valutato inidoneo a disciplinare in via diretta il risarcimento del danno processuale.

Infatti la *Lex Aquilia* disciplina solo il risarcimento del danno ingiusto e certamente non lo è quello cagionato nel normale esercizio di un diritto - di agire e/o resistere in giudizio - costituzionalmente garantito dall'art. 24 Cost. - che tutela il diritto di azione; questa considerazione può essere abbreviata con il brocardo "*qui iure suo utitur, neminem laedit*".

In altri termini poiché non può essere definito come "ingiusto" il danno connesso all'esercizio di un diritto, si è presentata la necessità di introdurre nel nostro ordinamento una tutela diversa per salvaguardare l'utilizzo della via processuale.

In conclusione, l'art. 96 c.p.c. permette di colpire le condotte che altrimenti, secondo lo schema delineato dall'art. 2043 c.c., non produrrebbero alcuna responsabilità risarcitoria.

La mala fede o la colpa grave e la carenza della normale diligenza fanno sì che l'individuo abusi del proprio diritto di agire e/o resistere in giudizio e pertanto questi sono i requisiti soggettivi che qualificano come ingiusto un danno che altrimenti non lo sarebbe.

²⁵⁰Da questo dipende la risoluzione giuridica sulla tempestività della sua proposizione.

CAPITOLO SEI:

CGA, SICILIA: SENTENZA N. 26 DEL 22 GENNAIO 2013: IPOTESI DI APPLICAZIONE DI DANNI PUNITIVI?

6.1. Il caso - 6.2 *Astreintes* e penalità di mora: *species* di danno punitivo?

6.1 Il caso

Nella sentenza in esame i ricorrenti riferivano che, a seguito del giudizio di appello che si svolse di fronte alla pendenza del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, e in riforma della decisione di primo grado, il comune siciliano di Isola delle Femmine era stato condannato al risarcimento del danno in loro favore.

I ricorrenti infatti sostenevano ed esponevano altresì che l'amministrazione, dopo la notifica della predetta sentenza, non aveva dato esecuzione alla decisione del C.G.A. e chiedevano pertanto l'ottemperanza alla sentenza in epigrafe indicata.

Pertanto il ricorso passò in decisione alla camera di consiglio del 7 novembre 2012.

Più precisamente, con sentenza del 23 giugno 2010 n. 932, il Consiglio, in riforma della sentenza del TAR, condannava il comune di Isola delle Femmine al risarcimento del danno subito dai ricorrenti liquidandolo "*nella somma di Euro 29.704,44, oltre gli interessi anatocistici dal 17 gennaio 2000*" e disponendo anche la refusione delle spese della consulenza tecnica e di quelle di giudizio.

Secondo quanto riferito in ricorso, la sentenza venne notificata all'amministrazione locale che, tuttavia, è rimasta inerte.

Per questa ragione va affermata la persistenza dell'obbligo dell'amministrazione di ottemperare pienamente alla succitata sentenza n. 932/2010 ponendo in essere i necessari atti adempitivi, entro un congruo termine che sembra equo fissare in giorni 60 dalla data di notifica o di comunicazione, in forma amministrativa, della presente sentenza.

La parte ricorrente ha chiesto anche la condanna dell'amministrazione al pagamento di una somma di denaro per il caso di ulteriore ritardo giusta il disposto dell'articolo 114, comma 4, lett. e) c.p.a. a tenore del quale il giudice *"salvo che ciò sia manifestamente iniquo, e se non sussistono altre ragioni ostative, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dal resistente per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del giudicato"*.

La sentenza stessa riporta le distinzioni concettuali che la dottrina, prevalentemente civilistica, propone ovvero:

In primis l'azione di risarcimento del danno legato all'inadempimento di un'obbligazione (c.d. responsabilità contrattuale) o all'esistenza di un danno ingiusto cagionato da un fatto doloso o colposo ex articolo 2043 c.c. (c.d. responsabilità aquiliana) che deve essere allegato e provato (Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008 n. 26972).

Il secondo distinguo concerne le pene private che, per autorevole dottrina, sono quelle minacciate e applicate dai privati nei confronti di altri privati e che trovano la loro fonte o in un contratto - come per le misure disciplinari applicate dall'associazione agli associati o dal datore di lavoro ai lavoratori - oppure in uno status, come nel caso delle punizioni inflitte dai genitori ai figli minori.

Con riferimento a tale categoria parte della dottrina ritiene che esse non possano trovare riconoscimento nel nostro ordinamento perché sarebbero in contrasto con il principio di uguaglianza, mentre altri autori, pur sottolineandone il carattere eccezionale, reputano utile tale congegno perché idoneo ad integrare il sistema risarcitorio basato esclusivamente sulla riparazione del pregiudizio effettivamente subito (e tendenzialmente impermeabile a qualsiasi valutazione di tipo sanzionatorio).

In terzo luogo la dottrina individua le sanzioni civili indirette qualificate come misure afflittive di carattere patrimoniale previste dalla legge ed applicate dall'autorità giudiziaria. Le sanzioni civili indirette, così come le pene private, presuppongono la violazione di una regola ma le prime si distinguono dalle seconde perché la sanzione viene inflitta dal giudice e non dalla stessa parte privata (come avviene nelle pene private).

Infine ci sono i danni punitivi, di cui la sentenza riporta i tratti essenziali ovvero che *“negli ordinamenti di stampo anglosassone hanno lo scopo di punire il danneggiante per un fatto grave e riprovevole aggiungendosi alle somme riconosciute al danneggiato per risarcire il pregiudizio effettivamente subito”*.

Sul punto la sentenza si sofferma e spiega che nel caso pendente nel giudizio risarcitorio il giudice, dopo avere accertato l'esistenza di un effettivo pregiudizio subito dal danneggiato, condanna l'autore dell'illecito al pagamento di una somma ulteriore a titolo "punitivo" sia per sanzionare il suo comportamento sia per dissuadere gli altri consociati dal tenere condotte analoghe (la c.d. funzione general-preventiva svolta dalla pena nel diritto penale).

Ma come già detto l'opinione tuttora prevalente esclude che nel nostro ordinamento possano avere cittadinanza giuridica i danni punitivi e conseguentemente la Corte di Cassazione ha sempre rigettato le istanze di delibazione delle sentenze straniere che prevedevano una condanna al pagamento di somme di denaro a tale titolo (Cass., 19 gennaio 2007 n. 1183; Cass., 8 febbraio 2012 n. 1781).

Fatte queste premesse, occorre sottolineare che recente dottrina ha evidenziato la necessità di rivisitare i tradizionali insegnamenti, perché nel nostro ordinamento esistono già delle previsioni normative che prevedono la condanna al pagamento di una somma di denaro senza collegarla all'accertamento di un danno effettivamente subito: l'articolo 125 d. lgs. 10 febbraio 2005 n. 30 ove, oltre al pregiudizio subito dal danneggiato, fa riferimento ai *"benefici realizzati dall'autore della violazione"* e l'articolo 158 l. 22 aprile 1941 n. 633 prevede di tener conto degli utili realizzati in violazione del diritto.

Inoltre tali previsioni, anche in una prospettiva di analisi economica del diritto, potrebbero generare benefici effetti sul sistema complessivamente considerato eliminando (o fortemente riducendo) la convenienza per il danneggiante a tenere certe condotte: è stato dimostrato, infatti, che il danneggiante a volte assume scientemente la decisione di tenere determinate condotte illecite e dannose perché, in considerazione degli alti costi dei processi e di una certa difficoltà per i soggetti danneggiati ad

instaurare i giudizi, è per lui più conveniente risarcire chi intraprende il giudizio piuttosto che rispettare (nei confronti di tutti) la regola imposta dall'ordinamento.

Venendo al caso di specie, va rilevato che la dottrina discute sulla natura della norma invocata dal ricorrente.

Per alcuni autori, infatti, si tratterebbe - così come nel caso dell'articolo 614 bis, comma 1, c.p.c.²⁵¹ - di una forma di risarcimento forfettario e anticipato del danno da quantificare sempre con riferimento all'accertamento di un effettivo pregiudizio subito dal danneggiante.

Per altri, invece, la disposizione in questione dovrebbe essere più correttamente ascritta alla categoria dei danni punitivi con la conseguente libertà del giudice di stabilire la somma da pagare senza essere vincolato dal danno subito e subendo.

A giudizio del Collegio non convince la tesi che riconduce l'articolo 114, comma 4, lett. e) c.p.a. alla categoria dei danni punitivi sia perché, per le ragioni prima esposte, è dubbio che siffatta tipologia di danni possa trovare ingresso nel nostro ordinamento sia perché, anche negli ordinamenti di stampo anglosassone, la condanna a titolo di danni punitivi è limitata ai casi di dolo o colpa grave, laddove la norma in questione nulla prevede al riguardo.

Per il Consiglio, invece, la previsione in questione si inquadra tra le sanzioni civili indirette (anche perché in tema di esecuzione di giudicato è pacifico che la posizione è di diritto soggettivo) e conseguentemente permette (ed impone) al giudice di riferirsi nella sua determinazione anche alla posizione vantata dal ricorrente.

Alla luce di tali considerazioni, decorso infruttuosamente tale termine, vista anche la richiesta formulata ai sensi dell'articolo 114, comma 4, lett. e), c.p.a. (che si accoglie esclusivamente nei termini ora specificati), il Consiglio condanna l'amministrazione innanzitutto a corrispondere una somma pari allo 0,5% di quanto dovuto per ogni mese, o frazione di mese pari o superiore a quindici giorni, di ulteriore ritardo.

²⁵¹ Così recita la disposizione *"Con il provvedimento di condanna 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"*.

In secondo luogo agli adempimenti di competenza dell'amministrazione provvederà, in via sostitutiva, e con oneri a carico dell'amministrazione intimata, un commissario "ad acta".²⁵²

Si nota pertanto che l'*iter* argomentativo seguito dalla sentenza è ancorato ad una premessa di fondo e, cioè, alla indagine, ritenuta dai giudici propedeutica alla decisione della domanda medesima, in ordine alla natura giuridica dell'istituto introdotto dal legislatore con la norma richiamata.

In seguito all'entrata in vigore dell'art. 114, comma 4, lett. e), la dottrina si è interrogata sull'inquadramento giuridico della norma ed ha elaborato due diversi approcci interpretativi: il primo ritiene che, analogamente all'ipotesi prevista dall'art. 614 bis comma 1 c.p.c., si tratterebbe di una forma di risarcimento forfettario e anticipato del danno; il secondo invece ascrive la norma in questione alla categoria dei c.d. danni punitivi.

Ebbene, con la sentenza in commento – particolarmente apprezzabile per l'attenta ricostruzione del quadro civilistico di riferimento – il Consiglio prende posizione sulla questione, mostrando di non condividere nessuna delle tesi ora esposte e concludendo, invece, per l'inquadramento della previsione tra le c.d. sanzioni civili indirette.

Il problema della natura giuridica della norma si pone per il fatto che con essa il legislatore del 2011, analogamente a quanto previsto con l'art. 26, comma 2 c.p.a. in materia di lite temeraria, ha attribuito al giudice un potere discrezionale di fissare la somma dovuta dal resistente, autore di un comportamento illecito quale il mancato o tardivo adeguamento al giudicato, a prescindere dall'accertamento in ordine all'effettivo pregiudizio subito dalla parte vittoriosa.

²⁵² Il commissario che il Collegio reputa opportuno nominare nella persona del Prefetto di Palermo o Funzionario designato da quest'ultimo. Il Commissario provvederà alla scadenza del termine sopra detto entro il successivo termine di giorni 60 sotto la sua personale responsabilità, anche mediante l'adozione di tutti gli atti necessari per l'assolvimento del mandato e sempre nel rispetto di tutte le norme di legge di rango costituzionale, statale e regionale applicabili nel caso di specie.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza e si liquidano nella misura di Euro 2.000,00 (duemila/00 centesimi) oltre IVA e CP, se dovute.

L'interrogativo pertanto è se la previsione di tali somme, in quanto sganciata dal danno in concreto patito, debba far propendere per l'emersione di una funzione sanzionatoria della responsabilità civile accanto alla sua tradizionale finalità compensativo-riparatoria o se, invece, confermata la ontologica incompatibilità della funzione sanzionatoria con il fenomeno risarcitorio, debba ritenersi che si versi al di fuori di questo.

Pertanto tale tema che, come visto, da tempo è conosciuto ed affrontato in ambito civile, è tornato dunque di grande attualità anche in materia amministrativa, inserendosi nel più ampio dibattito riguardante la compatibilità con il sistema della responsabilità civile in generale, e con quello della pubblica amministrazione nel caso che qui interessa, della categoria dei c.d. danni punitivi, categoria alla quale parte della dottrina ha - per l'appunto - ritenuto di poter ricondurre l'istituto contemplato dall'art. 114, comma 4, lett e).

Anche con specifico riferimento all'istituto contemplato dall'art. 114, comma 4, lett. e) c.p.a., la giurisprudenza amministrativa, di recente occupatasi della questione, si è espressa nel senso della finalità sanzionatoria e non risarcitoria dello stesso, in quanto non rivolto a riparare il pregiudizio cagionato dalla mancata esecuzione della sentenza, ma a sanzionare la disobbedienza alla statuizione giudiziaria e stimolare il debitore all'adempimento.

Nella stessa direzione si muove il Consiglio di Giustizia Amministrativa che, con la sentenza in analisi, aggiunge un ulteriore tassello nella ricostruzione della natura giuridica della norma.

I giudici siciliani, infatti, aderendo alla opinione tuttora prevalente secondo cui i danni punitivi non trovano cittadinanza giuridica nel nostro ordinamento, respingono la tesi di chi riconduce l'art. 114, comma 4, lett. e) alla categoria in questione, osservando innanzitutto che nella norma difetta uno dei presupposti caratterizzanti la condanna a titolo di danni punitivi e, cioè, l'elemento soggettivo del dolo o della colpa grave.

Infatti essi concludono, invece, per l'inquadramento della misura nella categoria delle c.d. *sanzioni civili indirette* delle quali ne ravvisano tutti i tratti distintivi: l'essere

comminata dalla legge ed applicata dalla autorità giudiziaria, nell'essere l'iniziativa per la sua applicazione rimessa alla parte privata, nel fatto che è a questa parte che viene riconosciuto il relativo vantaggio patrimoniale.

Il C.G.A. perviene a siffatta conclusione procedendo attraverso una interessante distinzione tra istituti che, apparentemente simili, sono in realtà molto diversi tra loro per natura e finalità, quali per l'appunto il risarcimento dei danni, le pene private, i danni punitivi e le c.d. sanzioni civili indirette.

La categoria delle sanzioni civili c.d. "indirette" o "punitive" fu elaborata tra i primi dall'autorevolissima voce di Francesco Galgano, alla fine degli anni '80, il quale giunse a tale qualificazione sulla base di una ricognizione generale di numerose previsioni normative, contenute non solo nel codice civile (quali ad esempio l'art. 2231 c.c. che esclude il diritto alla retribuzione di chi abbia esercitato una attività professionale senza essere iscritto allo specifico albo o l'art. 2320 c.c. che attribuisce responsabilità illimitata al socio accomandante che contravvenga al divieto di compiere atti di amministrazione), ma anche in diverse leggi di settore (ad esempio quelle sul condono fiscale o sul condono edilizio o ancora sulle frodi valutarie), dalle quali emergeva la comune scelta del legislatore di prevedere, a fronte della trasgressione del precetto, misure afflittive diverse dalla sanzione penale.

La crescente consapevolezza della spesso debole efficacia deterrente di queste ultime, soprattutto nei confronti della criminalità in materia economica, ha spinto infatti sempre più a optare per sanzioni di carattere patrimoniale, ritenute in grado di garantire meglio l'effettività dell'ordinamento giuridico.²⁵³

Nel caso di specie il Collegio, accogliendo la richiesta formulata dal ricorrente ai sensi dell'art. 114, comma 4, lett. e) c.p.a., ha dunque inteso stimolare, attraverso la minaccia della inflizione di una sanzione pecuniaria, l'adempimento tempestivo da parte della P.A. del precetto giudiziario, prevenendo ogni ulteriore ritardo nella esecuzione del giudicato.

²⁵³ Così Galgano in uno scritto del 1987 *"Ciò che soprattutto gli uomini paventano, ora come allora, è di essere toccati nel proprio patrimonio"*.

Tale decisione merita adesione in quanto risponde alla duplice esigenza di assicurare non solo un vantaggio alla parte vittoriosa, ma anche il soddisfacimento dell'interesse generale alla effettività dell'ordinamento giuridico.

Come insegnava ancora una volta Galgano, infatti, le sanzioni civili indirette sono espressione della 'capacità di autoregolazione' della società civile, poiché esse tendono, e per questo sono definite 'indirette', a soddisfare attraverso il beneficio riconosciuto al privato anche l'interesse della intera collettività.

Appare necessario per la corretta qualificazione della natura giuridica della previsione contenuta nell'articolo 114, comma 4, lett. e) c.p.a. fare chiarezza e distinguere i diversi concetti di patrimoni separati, pene private, danni punitivi e *astreinte*.

In ogni forma di separazione dei patrimoni, pur nell'unicità del soggetto titolare, vi saranno delle distinte masse di creditori e debitori che potranno soddisfarsi ognuna sul patrimonio di riferimento. Tale conclusione risulta avvalorata anche dal confronto con gli istituti di diritto civile: la creazione da parte dei coniugi di un fondo patrimoniale (ipotesi appunto di patrimonio separato) o la istituzione da parte di una società di un patrimonio destinato ad uno specifico affare (artt. 2447-bis e ss. c.c.) non vale a costituire un soggetto diverso dai coniugi o dalla società ma semplicemente a tenere separati determinati beni e rapporti dal patrimonio principale in attuazione di quanto previsto dal secondo comma dell'art. 2740 c.c. e in deroga alla regola generale prevista al primo comma dell'articolo da ultimo citato.

Circa le pene private, per autorevole dottrina, sono quelle minacciate e applicate dai privati nei confronti di altri privati e che trovano la loro fonte o in un contratto – come per le misure disciplinari applicate dall'associazione agli associati o dal datore di lavoro ai lavoratori – oppure in uno *status*, come nel caso delle punizioni inflitte dai genitori ai figli minori.

Con riferimento a tale categoria, parte della dottrina ritiene che esse non possano trovare riconoscimento nel nostro ordinamento perché sarebbero in contrasto con il principio di uguaglianza, mentre altri autori, pur sottolineandone il carattere eccezionale, reputano utile tale istituto perché idoneo ad integrare il sistema risarcitorio basato esclusivamente sulla riparazione del pregiudizio effettivamente subito e tenden-

zialmente impermeabile a qualsiasi valutazione di tipo sanzionatorio. Seppure non sempre tale distinzione è emersa chiaramente in dottrina, giova rammentare che gli studiosi hanno elaborato anche la categoria delle sanzioni civili indirette qualificate come misure afflittive di carattere patrimoniale previste dalla legge ed applicate dall'autorità giudiziaria. Le sanzioni civili indirette, così come le pene private, presuppongono la violazione di una regola ma le prime si distinguono dalle seconde perché la sanzione viene inflitta dal giudice e non dalla stessa parte privata (come invece avviene per le pene private).

I danni punitivi - come ampiamente delineato nei capitoli precedenti - negli ordinamenti di stampo anglosassone hanno lo scopo di punire il danneggiante per un fatto grave e riprovevole aggiungendosi alle somme riconosciute al danneggiato.

Quanto alla disposizione contenuta nell'art. 114, comma 4, lett. e) c.p.a., va rilevato che la dottrina discute sulla natura della norma: per alcuni autori, infatti, si tratterebbe – così come nel caso dell'art. 614 bis, comma 1, c.p.c. – di una forma di risarcimento forfettario e anticipato del danno da quantificare sempre con riferimento all'accertamento di un effettivo pregiudizio subito dal danneggiante; per altri, invece, la disposizione in questione dovrebbe essere più correttamente ascritta alla categoria dei danni punitivi con la conseguente libertà del giudice di stabilire la somma da pagare senza essere vincolato dal danno subito e subendo.

Per la giurisprudenza si è innanzi a una misura coercitiva indiretta a carattere pecuniario, modellata sulla falsariga dell'istituto francese dell'*astreinte*, che mira a vincere la resistenza del debitore, inducendolo ad adempiere all'obbligazione sancita a suo carico dall'ordine del giudice.

La tesi che riconduce l'art. 114, comma 4, lett. e) c.p.a. alla categoria dei danni punitivi non convince sia perché, per le ragioni prima esposte, è dubbio che siffatta tipologia di danni possa trovare ingresso nel nostro ordinamento sia perché, anche negli ordinamenti di stampo anglosassone, la condanna a titolo di danni punitivi è limitata ai casi di dolo o colpa grave, laddove la norma in questione nulla prevede al riguardo.

Invece, la previsione normativa in questione si inquadra tra le sanzioni civili indirette (anche perché in tema di esecuzione di giudicato è pacifico che la posizione è di diritto soggettivo) e conseguentemente permette (ed impone) al giudice di riferirsi nella sua determinazione anche alla posizione vantata dal ricorrente.

Una volta ricostruito l'istituto in questione in termini di sanzione civile indiretta non v'è dubbio che la previsione di cui all'art. 114, comma 4, lett. e) c.p.a. possa (e debba) trovare applicazione, al ricorrere di tutti gli altri presupposti previsti dalla legge, anche al caso di inadempimento delle obbligazioni pecuniarie.

Non si tratta infatti di stabilire se l'ulteriore somma di denaro irrogata ex art. 114, comma 4, lett. e) c.p.a. costituisca un indebito arricchimento del creditore ma di applicare una 'sanzione civile indiretta' in aggiunta ai tradizionali meccanismi di tutela del creditore rimasto insoddisfatto.

6.2 *Astreintes* e penalità di mora: *species* di danno punitivo?

Entra qui in gioco l'istituto delle penalità di mora in sede di ottemperanza, chiarendo che la previsione di cui all'art. 114, comma 4, lett. e), c.p.a. trova applicazione anche quando la decisione da ottemperare ha ad oggetto una prestazione di carattere pecuniario.

La citata disposizione introduce così, nell'ordinamento amministrativo l'istituto delle cd. *astreintes* o penalità di mora.

Si tratta di uno strumento fortemente innovativo, in precedenza sconosciuto in tale ramo del diritto, finalizzato a sollecitare la parte soccombente all'esecuzione delle statuizioni contenute in sentenza.

La fonte ispiratrice della figura in questione è rinvenibile nel principio di effettività, sancito dal primo articolo del codice del processo amministrativo, che, nella specie, si realizza con il complessivo rafforzamento della fase attuativa della sentenza di cognizione.

La figura è mutuata dagli istituti delle *astreintes* degli ordinamenti d'oltralpe, in particolare quello francese e tedesco, fondati sulla coercizione indiretta dell'Amministrazione a provvedere quale unica modalità di esecuzione.

Il processo amministrativo italiano, peraltro, è caratterizzato proprio da un'esecuzione cd. "surrogatoria", cioè praticata a mezzo dei poteri sostitutivi del giudice, cosa che rende il giudizio di ottemperanza un mezzo particolarmente efficace e da sempre definito quale modello tra i più avanzati in termini di effettività di tutela.

Accanto a tale sistema, con l'istituto delle *astreintes* si è introdotto un metodo di coercizione indiretta del giudicato, che prescinde del tutto da forme sostitutive dei poteri dell'Amministrazione da parte del giudice.

Qui, infatti, il sistema è sempre stato fondato su un c.d. modello cd. compulsorio, caratterizzato dalla possibilità di adottare misure pervasive sul soggetto obbligato ad eseguire il giudicato.

L'art. 114 co. 4, lett. e), c.p.a. richiede espressamente che le penalità di mora vengano disposte su istanza di parte. Ciò esclude l'applicabilità d'ufficio del rimedio in questione.

Inoltre, devono ricorrere due ulteriori presupposti: la non manifesta iniquità e l'assenza di cause ostative.

Il concetto di "iniquità" è difficilmente inquadrabile e definibile a livello dogmatico. Il dato normativo la caratterizza con il solo aggettivo "manifesta", ardua risultando una specificazione dettagliata del suo contenuto. Si può dire che il giudizio sull'iniquità va effettuato in termini oggettivi, implicando la valutazione di quali interessi, tra quelli coinvolti nel giudizio, debbano essere ritenuti meritevoli di tutela, e comportando, eventualmente, un contemperamento tra gli stessi nel caso in cui essi appaiano, anche solo in parte, contrastanti.

La dottrina civilistica ha interpretato il connotato "manifesto" dell'iniquità come grado di intensità tale da renderla riconoscibile e percepibile senza che siano necessarie approfondite indagini, da parte di un soggetto munito di adeguata competenza tecnica e professionale in materia.

Quanto all'assenza di cause ostative, esse non sono specificate, ma lasciate al libero apprezzamento del giudice: si tratta, dunque, di un potere altamente discrezionale.

E' interessante notare quali erano le posizioni giurisprudenziali e dottrinali precedenti all'intervento chiarificatore dell'Adunanza Plenaria: la natura giuridica dell'istituto delle *astreintes* e la relativa applicabilità nel caso di condanne pecuniarie erano assai controverse.

Per quanto concerne la natura giuridica delle penalità di mora, un indirizzo prevalente riconduceva le stesse a vere e proprie sanzioni, volte a provocare, attraverso una efficace coercizione indiretta, l'adempimento delle statuizioni giurisdizionali.

La natura sanzionatoria delle misure nasceva, secondo la teoria in commento, dal fatto che le esse sono finalizzate a spingere il debitore all'adempimento e a stigmatizzare la disobbedienza al dictum del giudice, con le necessarie conseguenze in termini afflittivi, in sede applicativa.

Un'altra teoria, peraltro minoritaria, riteneva che le *astreintes* avessero natura risarcitoria, alla stregua di una sorta di "penale" nel diritto amministrativo.

Con riferimento alla compatibilità delle penalità di mora con le sentenze di condanna a pagamenti di denaro, un primo orientamento, ne escludeva l'applicabilità, sul rilievo che l'istituto costituisse un criterio di liquidazione del danno. Di conseguenza, secondo tale opinione, nel caso di inadempimento alle obbligazioni pecuniarie, il creditore era sufficientemente garantito dalla corresponsione degli interessi e dalla liquidazione del maggior danno subito. Corollario di tale tesi era l'equiparazione, in taluni casi, tra penalità di mora e danno da ritardo, quasi che la prima fosse una modalità di risarcimento del secondo.

Altra giurisprudenza e parte della dottrina avevano assunto una posizione negativa valorizzando il requisito della "non manifesta iniquità" di cui all'art. 114 co. 4, lett. e) c.p.a. che sarebbe di impedimento al pagamento di somme ulteriori, in aggiunta alla tutela già offerta dall'ordinamento per le obbligazioni pecuniarie attraverso gli interessi legali, con indebito arricchimento del creditore.

Ulteriore argomento in passato utilizzato per negare l'applicabilità delle *astreintes* alle condanne pecuniarie è quello secondo cui l'indiscriminata applicazione delle

stesse finiva per consentire una tutela diversificata dello stesso credito, a seconda del giudice scelto dalla parte. E poiché il creditore della P.A. nel giudizio di ottemperanza può ottenere maggiori utilità rispetto a quelle ottenibili nel processo civile, ove l'istituto, ai sensi dell'art. 614-bis c.p.c., è limitato alle sole condanne di un *facere* infungibile, l'opzione ermeneutica conduceva –secondo la citata opinione - ad una tutela diversificata dello stesso credito. Tanto in dipendenza di una scelta liberamente attribuita al creditore in via facoltativa.

Le posizioni di contrasto in seno alla dottrina e alla giurisprudenza hanno reso imprescindibile l'intervento chiarificatore dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

E stato innanzitutto affermato quale è la posizione sulla natura giuridica dell'istituto delle penalità di mora, definendole – in verità senza eccessivi sforzi motivazionali – come “pene private” o “sanzioni civili indirette”, dirette “*a vincere la resistenza del debitore, inducendolo ad adempiere all'obbligazione sancita a suo carico dall'ordine del giudice*”.

Tenuto conto delle definizioni elaborate dalla giurisprudenza in materia di danni, sanzioni indirette e pene private, è stato detto che le penalità di mora assolvono ad una funzione coercitivo-sanzionatoria e non, o quanto meno non principalmente, ad una funzione riparatoria; ciò è dimostrato, tra l'altro, dalle caratteristiche dei modelli di diritto comparato e dalla circostanza che nell'articolo 614-bis c.p.c. la misura del danno è solo uno di parametri di quantificazione dell'importo della sanzione.

Tanto premesso in ordine alla natura dell'istituto, i giudici hanno posto in luce le distinzioni tra la figura di cui all'art. 114 co. 4, lett. e), c.p.a. e l'istituto previsto dall'art. 614-bis c.p.c., ai sensi del quale nel solo caso di prestazioni di fare infungibile o di non fare, il giudice può condannare la parte soccombente al pagamento di una somma di denaro per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento.

Mentre la sanzione di cui al 614-bis c.p.c. è adottata con la sentenza di cognizione che definisce il giudizio di merito, la penalità è irrogata dal giudice amministrativo,

in sede di ottemperanza, con la sentenza che accerta il già intervenuto inadempimento dell'obbligo di contegno imposto dal comando giudiziale.

Nel processo civile la sanzione è ad esecuzione differita, in quanto la sentenza che la commina si atteggia a condanna condizionata all'eventuale dell'inadempimento del precetto giudiziario nel termine all'uopo contestualmente fissato; al contrario, nel processo amministrativo l'*astreinte* può essere di immediata esecuzione, in quanto è sancita da una sentenza che ha già accertato l'inadempimento del debitore.

Il codice del processo amministrativo prevede, accanto al requisito positivo dell'inesecuzione della sentenza e al limite negativo della manifesta iniquità, l'ulteriore presupposto negativo consistente nella ricorrenza di "ragioni ostative".

Le *astreintes* disciplinate dal codice del processo amministrativo presentano, almeno sul piano formale, una portata applicativa più ampia rispetto a quelle previste nel processo civile, in quanto non è riprodotto nell'art. 114, co. 4, lett. e), c.p.a., il limite della riferibilità del meccanismo al solo caso di inadempimento degli obblighi aventi ad oggetto un *non facere* o un *facere* infungibile. In sostanza, mentre l'art. 614-bis c.p.c. fa riferimento - sia pur nella sola rubrica- agli obblighi di fare infungibili o di non fare, analoga limitazione non è rinvenibile nella corrispondente disposizione del codice del processo amministrativo.

Se ne deduce che la scelta attuata dall'art. 614-bis c.p.c. di limitare le *astreintes* al solo caso di inadempimento degli obblighi di *non facere* o di *facere* infungibile, "non deriva da un limite concettuale insisto nella ratio o nella struttura ontologica dell'istituto ma è il frutto di un'opzione discrezionale del legislatore".

Quanto all'applicabilità delle *astreintes* alle condanne pecuniarie è stato sostenuto l'opzione estensiva con alcune importanti riflessioni logiche.

Anzitutto viene posto in rilievo un argomento di diritto comparato che, prendendo a modello il sistema francese, sulla cui scorta sono stati conati gli istituti nazionali, è connotato da un'indiscussa funzione sanzionatoria, essendo finalisticamente orientato a costituire una pena per la disobbedienza alla statuizione giudiziaria, piuttosto che un risarcimento per il pregiudizio sofferto a causa di tale inottemperanza.

L'argomento di diritto comparato viene unito all'argomento letterale. Viene osservato che in sede di codificazione del processo amministrativo il legislatore ha esercitato la sua discrezionalità non riproducendo il limite, stabilito nel titolo dell'art. 614-bis, della riferibilità del meccanismo al solo caso di inadempimento degli obblighi aventi per oggetto un non fare o un fare infungibile. A ciò viene aggiunto che l'art. 114 c.p.a. non solo non contiene un rinvio esplicito all'art. 614-bis c.p.c., ma non richiama neppure implicitamente il modello processual-civilistico.

Viene posto l'accento, poi, sull'argomento sistematico. La diversità delle scelte abbracciate dal legislatore per il processo civile e per quello amministrativo si giustifica in ragione della diversa architettura delle tecniche di esecuzione in cui va letto il rimedio in questione. Nel processo civile, stante la distinzione tra sentenze eseguibili in forma specifica e pronunce non attuabili in re, la previsione della penalità di mora per le sole pronunce non eseguibili in modo forzato mira a introdurre una tecnica di coercizione indiretta che colma l'assenza di una forma di esecuzione diretta. Nel processo amministrativo, all'opposto, la norma si inserisce in un archetipo processuale in cui, grazie alle peculiarità del giudizio di ottemperanza, tutte le prestazioni sono surrogabili, senza distinzioni a seconda della natura delle condotte imposte.

Viene poi considerato l'argomento costituzionale.

Il riscontro di profili di disparità deve essere effettuato tenendo conto dei soggetti di diritto e non delle tecniche di tutela dagli stessi praticabili.

Ne deriva che la possibilità, per un creditore pecuniario della Pubblica Amministrazione, di utilizzare due diversi meccanismi di esecuzione, lungi dal porre in essere una disparità di trattamento, per la quale difetterebbe il referente soggettivo discriminato, evidenzia un arricchimento del bagaglio delle tutele normativamente garantite in attuazione dell'art. 24 Cost. in una con i canoni europei e comunitari richiamati dall'art. 1 c.p.a.

Né può ravvisarsi una discriminazione ai danni del debitore pubblico, per essere lo stesso soggetto, diversamente dal debitore privato, a tecniche di esecuzione diversificate e più incisive. La pregnanza dei canoni costituzionali di imparzialità, buona amministrazione e legalità che informano l'azione dei soggetti pubblici qualificano

in termini di maggior gravità l'inosservanza, da parte di tali soggetti, del precetto giudiziale, in modo da giustificare la previsione di tecniche di esecuzione più pene-tranti, tra le quali si annovera il meccanismo delle penalità di mora.

Viene infine in rilievo l'argomento equitativo, in virtù del quale essendo le penalità di mora una pena e non una forma di risarcimento, non viene in rilievo un'inammissibile doppia riparazione di un unico danno ma l'aggiunta di una misura sanzionatoria ad una tutela risarcitoria. La funzione deterrente e general-preventiva delle penalità di mora verrebbe frustrata dalla mancata erogazione della tutela ove vi sia già stato o possa essere assicurato un integrale risarcimento.

In effetti, la sanzione, per sua natura, è mezzo ontologicamente afflittivo che non tollera incompatibilità strutturali con altre misure pecuniarie. In ciò la teoria che riconosceva la natura sanzionatoria delle *astreintes* ma ne respingeva l'applicabilità alle condanne pecuniarie è sempre stata connotata da tratti di contraddittorietà: in effetti, se la natura sanzionatoria vuole mantenersi integra, allora dovrà ammettersi che nessuna incompatibilità strutturale possa sussistere con la condanna pecuniaria, ben potendo l'*astreinte* proprio in ragione della sua funzione, rimanere autonoma dalla prima ed, anzi, se necessario a quella sommarsi.

In definitiva è stato individuato il principio di diritto secondo cui "Nell'ambito del giudizio di ottemperanza la comminatoria delle penalità di mora di cui all'art. 114, comma 4, lett. e), del codice del processo amministrativo, è ammissibile per tutte le decisioni di condanna di cui al precedente art. 113, ivi comprese quelle aventi ad oggetto prestazioni di natura pecuniaria".

E poiché la decisione è stata emessa con riferimento ad un caso di indennizzo per eccessiva durata del processo, ne deriva un monito esemplare per tutti gli operatori del diritto.

L'istituto dell'*astreinte* (penalità di mora) previsto dall'art. 114 comma 4 lettera e) del c.p.a. è applicabile anche ai ricorsi di ottemperanza alle decisioni del Giudice amministrativo che importino l'obbligo per la p.a. di corrispondere gli interessi.

Va anche accolta la richiesta, formulata dalla ricorrente, di applicazione nei confronti dell'amministrazione resistente della sanzione di cui all'art. 114, comma 4, lettera e), del codice del processo amministrativo.

La norma citata ha introdotto, in via generale, nel processo amministrativo, l'istituto della cd. penalità di mora, già regolato per il processo civile, con riguardo alle sentenze aventi per oggetto obblighi di fare infungibile o di non fare, dall'art. 614 bis del codice di procedura civile, aggiunto dall'art. 49 della legge 18 giugno 2009, n. 69; in particolare il giudice, con la sentenza di ottemperanza, può fissare, salvo che ciò sia manifestamente iniquo, e se non sussistono altre ragioni ostative, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dal resistente per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del giudicato, con una statuizione che costituisce titolo esecutivo.

Trattasi di una misura coercitiva indiretta a carattere pecuniario, modellata sulla falsariga dell'istituto francese dell'*astreinte*, che mira a vincere la resistenza del debitore, inducendolo ad adempiere all'obbligazione sancita a suo carico dall'ordine del giudice; come puntualizzato dal Consiglio di Stato (sez. V, sentenza 6688 del 20 dicembre 2011), tale misura assolve ad una finalità sanzionatoria e non risarcitoria in quanto non mira a riparare il pregiudizio cagionato dall'esecuzione della sentenza, ma vuole sanzionare la disobbedienza alla statuizione giudiziaria e stimolare il debitore all'adempimento.

Riprova di questa qualificazione giuridica e connotazione funzionale dell'istituto è la circostanza che, nel dettare i criteri guida per la quantificazione dell'ammontare della sanzione, l'art. 614 bis, comma 2, del codice di procedura civile considera la misura del danno quantificato e prevedibile solo uno dei parametri di commisurazione in quanto prende in considerazione anche altri profili, estranei alla logica riparatoria, quali il valore della controversia, la natura della prestazione e ogni altra circostanza utile, tra cui si può annoverare il profitto tratto dal creditore per effetto del suo inadempimento.

Deve ritenersi che, nell'ambito del processo amministrativo, l'istituto presenti un portata applicativa più ampia che nel processo civile, in quanto l'art. 114, comma 4,

lettera e), del codice del processo amministrativo non ha riprodotto il limite, stabilito della norma di rito civile, della riferibilità del meccanismo al solo caso di inadempimento degli obblighi aventi per oggetto un non fare o un fare infungibile.

Tale soluzione va ricondotta alla peculiarità del rimedio dell'ottemperanza che, grazie al potere sostitutivo esercitabile dal giudice in via diretta o mediante la nomina di un commissario ad acta, non sconta, a differenza del giudizio di esecuzione civile, l'ostacolo della non surrogabilità degli atti necessari al fine di assicurare l'esecuzione in re del precetto giudiziario.

Ne deriva che, nel sistema processual-amministrativo, lo strumento in esame non mira a compensare gli ostacoli derivanti dalla non diretta coercibilità degli obblighi di contegno sanciti dalla sentenza del giudice civile, mentre del rimedio processual-civilistico condivide la generale finalità di dissuadere il debitore dal persistere nella mancata attuazione del dovere di ottemperanza.

Nel caso in esame risultano sussistenti i tre presupposti stabiliti dall'art. 114 cit. per l'applicazione della sanzione: quello positivo della richiesta di parte, formulata con il ricorso, e quelli negativi dell'insussistenza di profili di manifesta iniquità e della non ricorrenza di altre ragioni ostative. Infatti la protrazione dell'inadempimento dell'amministrazione, a fronte dell'accoglimento del ricorso in primo grado, unitamente alla non particolare complessità degli obblighi comportamentali imposti dalla sentenza da eseguire, consentono di escludere profili di manifesta iniquità nell'applicazione della norma in questione.

Sotto altro profilo non risultano comprovate e neanche dedotte, da parte dell'amministrazione, altre ragioni ostative all'applicazione della sanzione pecuniaria.

Venendo al quantum, facendo riferimento, in difetto di disposizione sul punto da parte del codice del processo amministrativo, ai parametri di cui all'art. 614 bis del codice di procedura civile si deve invece reputare congrua, in ragione della gravità dell'inadempimento, del valore della controversia, della natura della prestazione, dell'entità del danno e delle altre circostanze, oggettive e soggettive, del caso concreto, la misura di 30 euro al giorno, da corrispondere per ogni giorno di ritardo nell'esecu-

zione della sentenza rispetto al termine prima assegnato di sessanta giorni dalla notificazione o comunicazione di questa decisione.

La sanzione pecuniaria sarà dovuta, quindi, a decorrere dal sessantunesimo giorno e fino all'effettivo pagamento ad opera dell'Amministrazione.

A giudizio del Collegio non convince la tesi che riconduce l'articolo 114, comma 4, lett. e) c.p.a. alla categoria dei danni punitivi sia perché, per le ragioni prima esposte, è dubbio che siffatta tipologia di danni possa trovare ingresso nel nostro ordinamento sia perché, anche negli ordinamenti di stampo anglosassone, la condanna a titolo di danni punitivi è limitata ai casi di dolo o colpa grave, laddove la norma in questione nulla prevede al riguardo.

Per il Consiglio, invece, la previsione in questione si inquadra tra le sanzioni civili indirette (anche perché in tema di esecuzione di giudicato è pacifico che la posizione è di diritto soggettivo) e conseguentemente permette (ed impone) al giudice di riferirsi nella sua determinazione anche alla posizione vantata dal ricorrente.

Interessante è la recentissima posizione della Suprema Corte di Cassazione sul punto²⁵⁴. I giudici di legittimità hanno sostenuto che non si può considerare in contrasto con l'ordine pubblico italiano il provvedimento di condanna al pagamento di una somma che si accresce con il protrarsi dell'inadempimento, impartito da un giudice al fine di coazione all'adempimento di un obbligo infungibile.

Infatti in base agli artt. 33 e 34 del Regolamento UE *“Le decisioni emesse in uno Stato membro sono riconosciute negli altri Stati membri senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento”, ma detto riconoscimento non avviene ove “manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato membro richiesto”*.

La clausola dell'ordine pubblico, osserva la Suprema Corte, mira a proteggere la coerenza interna dell'ordinamento, ma l'alta discrezionalità che comporta l'applicazione di tale limite deve indurre a farvi prudente ricorso, adoperando lo stesso solo ove risulti lesa in maniera manifesta una norma considerata essenziale nell'ordinamento

²⁵⁴ Cass. Civ., Sez. I, 15 aprile 2015, n. 7613.

giuridico dello Stato membro richiesto o un diritto da esso riconosciuto come fondamentale.

Ciò posto, la Suprema Corte si interroga circa la compatibilità con l'ordine pubblico italiano dell'istituto delle *astreintes* di diritto francese (anche del diritto belga), istituto insistentemente accostato a quello dei danni punitivi di derivazione anglosassone. Sulla scorta di tale accostamento, in passato, la Corte di cassazione si è espressa negativamente sul punto, evidenziando che al nostro sistema di responsabilità civile extracontrattuale è estranea l'idea della punizione e della sanzione, così come è indifferente la condotta del danneggiante nel calcolo del danno risarcibile (Cass. Civ., n. 1183/2007).

Tuttavia, l'istituto delle *astreintes*, che viene in rilievo nel caso esaminato, è istituito con il quale si correda la condanna di consegna di un bene, prevedendo il pagamento di una somma per ogni giorno della sua mancata esecuzione, così presentandosi eterogeneo rispetto ai sufferiti danni punitivi.

Occorre sottolineare che, secondo la Cassazione, le *astreintes* previste in altri ordinamenti dirette ad attuare, con il pagamento di una somma crescente con il protrarsi dell'inadempimento, una coercizione per propiziare l'adempimento di obblighi non coercibili in forma specifica, non sono incompatibili con l'ordine pubblico italiano.

In due precedenti sentenze, in ragione della funzione compensativa del nostro sistema di responsabilità civile, la Cassazione aveva ritenuto la non compatibilità dei "*punitive damages*" con l'ordine pubblico (Cass. 19 gennaio 2007 n. 1183 e Cass. 8 febbraio 2012 n. 1781), escludendo la possibilità di riconoscere in Italia due sentenze straniere di condanna al risarcimento.

Ma risarcimento del danno ed *astreinte* costituiscono tra loro misure diverse così come il danno punitivo ha funzione e struttura non coincidente con l'*astreinte*, poichè quest'ultima si correla ad un obbligo ormai posto all'interno della relazione diretta tra le parti, in quanto derivante dal provvedimento giudiziale e da adempiersi in futuro.

Conseguentemente, l'*astreinte* contenuta in una sentenza straniera è riconoscibile perchè compatibile con l'ordine pubblico.

La natura sanzionatoria e non riparatoria delle *astreintes* ha creato notevoli dibattiti già nell'ambiente giuridico francese di derivazione quanto alla sua legittimità e compatibilità con i principi della responsabilità civile, tanto è vero che al fine di aggirare ogni problema, i giudici francesi in pratica finivano per comminare *astreintes* definitive in base all'entità del danno subito.

La questione circa il loro carattere sanzionatorio è stata definitivamente risolta dalla Cassazione francese, la quale ha eliminato ogni dubbio in merito alle lagnanze di chi giudicava troppo onerosa la pena comminata in base all'oggetto del contenzioso, stabilendo che non si trattava di una misura relativa al danno o alla prestazione, ma avente il precipuo scopo di far adempiere l'altro soggetto.

Il nostro sistema della responsabilità civile, come quello francese si basa sul principio riparatorio, non sanzionatorio, rimanendo quindi estranea all'esperienza nostrana l'idea della punizione e della sanzione del responsabile civile, né potrebbe trovare ingresso la valutazione della sua condotta ai fini della liquidazione del danno.

Infatti, il nostro sistema giuridico assegna alla responsabilità civile il compito precipuo di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, mediante l'attribuzione al danneggiato di una somma di denaro che tenda a eliminare le conseguenze del danno subito.

Al contrario, in altri ordinamenti come ad esempio quello degli Stati Uniti d'America è generalmente ammessa la figura del danno punitivo, per cui a fronte di uno stesso danno può essere applicata una sanzione risarcitoria per ciascuna condotta illecita.

La finalità dell'istituto dei *punitive damages*, risiede nella volontà di dare una seria punizione al responsabile e di fungere da efficace deterrente nei confronti di altri potenziali trasgressori, nonché dello stesso autore dell'illecito che potrebbe reiterarlo.

V'è peraltro da dire che la figura del danno punitivo, negli ordinamenti in cui invalso, è generalmente ricollegato a chi si sia reso responsabile, con una condotta singola, del pregiudizio ad una pluralità di soggetti ed al fine di arginare ingiusti approfittamenti è di solito connotata dalla sussistenza di un limite per la condanna al risarcimento inflitta.

Ad ogni modo i danni punitivi, anche nell'ordinamento di derivazione, vengono riguardati non solo come strumenti sanzionatori postumi, anche come forme di coazione indiretta all'adempimento, ed anche sotto detto ulteriore profilo, presentano molti punti di contatto con le *astreintes*.

Dal punto di vista probatorio le *astreintes*, come i danni punitivi, sono condanne punitive a carattere eccezionale in quanto risultano sganciate dal modello di illecito aquiliano tipizzato nell'art. 2043 c.c. e ricollegano un danno implicito "*in re ipsa*", al di là della prova in concreto di una sua verifica.

Infatti nelle *astreintes*, proprio perché misure a carattere sanzionatorio, il danno implicito viene semplicemente ricollegato alle inadempienze dell'obbligato all'ordine del giudice, senza che debbano essere provati o allegati sufficienti indici per rilevare un pregiudizio effettivo subito dalla controparte ed il rapporto eziologico tra questo e la condotta dell'inadempiente.

Risulta pertanto evidente come l'ammissibilità di una figura di tal fatta, proprio perché ipotesi eccezionale non suscettibile di applicazione analogica in altre fattispecie, rimanga circoscritta nel nostro ordinamento dalla necessità di un'esplicita previsione di legge.

Infatti nel sistema nostrano il potere in capo al giudice di disporre il risarcimento si radica esclusivamente sussistendo le condizioni proprie della responsabilità aquiliana, secondo i parametri di cui all'art. 2043 c.c. e quindi previa dimostrazione in concreto tramite allegazione di sufficienti indici volti a rilevare un pregiudizio effettivo ed il rapporto eziologico tra questo e la condotta dell'inadempiente.

Da ciò deriva che il danno, sia in ambito contrattuale che extracontrattuale, è sempre danno-conseguenza, da allegare e provare, e non esiste un danno *in re ipsa*, dal momento che altrimenti si "snaturerebbe la funzione del risarcimento, che verrebbe concesso non in conseguenza dell'effettivo accertamento di un danno, ma quale pena privata per un comportamento lesivo".

Venendo così ad assumere la natura di pena privata e quindi a carattere sanzionatorio, le *astreintes* costituiscono pertanto delle eccezioni, da lasciare all'espressa previsione di legge.

Molti dei dubbi circa la legittimità delle *astreintes* nel nostro ordinamento sono stati dissipati proprio all'esito della riforma attuata con l. 69/2009, che sul modello delle *astreintes* francesi ha introdotto all'art. 614 bis c.p.c. uno specifico strumento a carattere generale per coartare la volontà del debitore e per indurlo ad adempiere al provvedimento di condanna ad un obbligo di fare infungibile.

Al primo comma dell'art. 614 bis c.p.c. si accorda espressamente al giudice, su istanza di parte, il potere di comminare il pagamento di una somma di denaro per ogni giorno di ritardo nell'adempimento, oppure di versare una somma fissa per ogni violazione.

Detta somma andrà valutata da parte del giudice non in relazione all'effettivo danno subito in conseguenza dell'inadempimento, ma semplicemente attraverso la corretta ponderazione di altri elementi, quali la condotta dell'obbligato o il grado di colpa, che conferisco all'istituto la tipica funzione sanzionatoria che è propria delle *astreintes*.

Queste ultime costituiscono quindi sì uno strumento eccezionale, in quanto derogano ai principi sui quali si basa, nel vigente ordinamento, il sistema della responsabilità civile, ma comunque ammissibile in quanto espressamente previsto dalla norma generale di riferimento che è appunto costituita dall'art. 614 bis c.p.c.

Non si tratta quindi di una sanzione punitiva inflitta da un privato in forza di una potestà punitiva che non può trovare posto nel nostro ordinamento, ma di uno strumento sanzionatorio offerto dall'ordinamento ed attivabile dal privato per il tramite di un provvedimento giurisdizionale, a garanzia dei propri diritti e come forma coattiva indiretta verso il loro rispetto.

CAPITOLO SETTE:

ART. 125 C.P.I.: RETROVERSIONE DEGLI UTILI A CONFRONTO CON I DANNI PUNITIVI

7.1 Introduzione - 7.2 La formulazione dell'art. 125 c.p.i. - 7.3 Le revisioni del testo dell'art. 125 c.p.i. - 7.4 L'elemento psicologico nell'art. 125 c.p.i. - 7.5 Retroversione degli utili a confronto con i danni punitivi - 7.6 Considerazioni conclusive

7.1 Introduzione

Il comune denominatore dei diritti di proprietà intellettuale è l'immaterialità dei beni che ne costituiscono oggetto, consistenti in idee, entità prive di corporalità, suscettibili di essere riprodotte o comunicate ad altri e a cui l'ordinamento riconosce tutela nella forma del diritto di esclusiva, conferendo al titolare uno *ius excludendi alios*, ossia il diritto di vietare a terzi qualunque atto non autorizzato consistente nello sfruttamento economico del bene immateriale.²⁵⁵

²⁵⁵La direttiva Enforcement 2004/48/CE ha cura di precisare all'art. 1 che il termine “diritti di proprietà intellettuale” include i diritti di proprietà industriale. L'art. 1 c.p.i. stabilisce che «*Ai fini del presente codice l'espressione proprietà industriale comprende marchi ed altri segni distintivi, indicazioni geografiche, denominazioni di origine, disegni e modelli, invenzioni, modelli di utilità, topografie dei prodotti a semiconduttori, informazioni aziendali riservate e nuove varietà vegetali*». Anche l'Accordo TRIPS firmato a Marrakech il 15.4.1994 si riferisce alla proprietà intellettuale nella sua più ampia accezione comprensiva anche della proprietà industriale. In dottrina, cfr. Musso, *Del diritto d'autore sulle opere dell'ingegno letterarie e artistiche*, Bologna, 2008, 8, il quale nota come tale contrapposizione sia stata stemperata dall'introduzione di opere di nuova concezione maggiormente utilitarie, quali software, data-base, ecc.

In prima approssimazione si può affermare che la violazione di un diritto di proprietà intellettuale consiste in una abusiva utilizzazione di un diritto che costituisce oggetto di esclusiva spettanza del suo titolare.²⁵⁶

Tradizionalmente il fenomeno della contraffazione di marchio e di brevetto ha riguardato, per il marchio, l'adozione di un marchio uguale o simile, comunque confondibile, per distinguere prodotti dello stesso genere o di genere affine;²⁵⁷ per il brevetto le ipotesi in cui si sia fatto un uso dell'invenzione brevettata non autorizzato dal titolare - distinguendosi tra imitazione integrale, non integrale o per equivalenti dell'altrui invenzione.²⁵⁸

²⁵⁶ G. FLORIDIA, *Proprietà intellettuale, illecito concorrenziale e risarcimento*, in *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale e da lesione della proprietà intellettuale* (atti del Convegno organizzato dalla Società italiana per lo studio della proprietà intellettuale (SISPI), Castel Gandolfo, 20-22.3.2003, 153).

²⁵⁷ C. GALLI, *“Nuova” contraffazione di marchio: dalla confondibilità all'agganciamento parassitario*, 2005, consultabile in www.indcam.it. L'autore ripercorre l'evoluzione del fenomeno della contraffazione di marchio che ha tradizionalmente riguardato l'uso di segni simili al marchio da tutelare per prodotti dello stesso genere o di generi affini che è stata essenzialmente un problema di confondibilità sull'origine. Ora i nuovi fenomeni di contraffazione sono molto diversi e comprendono *“l'uso di marchi identici per prodotti dello stesso genere (o addirittura apparentemente identici, ma spesso di qualità più scadente), che però vengono venduti attraverso canali distributivi che escludono l'esistenza di un pericolo di confusione (questa è forse la contraffazione oggi più comune per i prodotti del mondo della moda e in generale per i luxury goods); l'uso di segni che richiamano il marchio, ma lo fanno con modalità tali (la parodia, ad esempio, ma non solo questa) da indurre il pubblico ad escludere che possano provenire dall'impresa titolare del marchio imitato, o comunque che siano stati posti in commercio con la sua autorizzazione; l'imitazione non tanto del segno, quanto dei suoi elementi di contorno (come la confezione: è il cosiddetto look-alike), anche qui con modalità che portano ad escludere un inganno del pubblico sulla provenienza; l'uso di segni allusivi di una provenienza geografica prestigiosa, che però non è direttamente richiamata, cosicché sembra difficile configurare un inganno del pubblico a questo riguardo (in questo caso, più ancora dei marchi, le vittime dell'imitazione sono le denominazioni di origine; particolarmente accentuato è poi il fenomeno del c.d. Italian sounding, ossia dell'uso di denominazioni che richiamano l'Italia, per beneficiare dell'accreditamento che essa gode nel settore alimentare); la copiatura pedissequa della forma dei prodotti ricavando gli stampi del prodotto-copia a partire dal prodotto originale”*.

²⁵⁸ Cfr. A. VANZETTI- V. DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, 2005, pp. 229 e 410-414.

Per quel che concerne il diritto d'autore si può dire che integra violazione dell'esclusiva sia la riproduzione abusiva dell'opera sia la ripetizione nell'opera dei suoi tratti essenziali.²⁵⁹

Prima di accertare se un'opera sia plagio di un'altra è necessario verificare che la creazione, che si ritiene contraffatta, possenga i requisiti di originalità e novità necessari per beneficiare della protezione richiesta.²⁶⁰

Infatti la riconduzione *a priori* dello sfruttamento illecito di un bene immateriale altrui all'ambito di operatività della responsabilità civile è stata sostenuta da buona parte della dottrina industrialistica e dalla giurisprudenza²⁶¹ che, pur non avendo mo-

²⁵⁹ Pertanto, la giurisprudenza ha ravvisato contraffazione perfino nella introduzione in una opera musicale di alcune battute sufficientemente riferibili all'opera precedente o, addirittura, nella riproduzione anche minima di fotografie, nonostante la creatività rivestita dall'opera elaborata. Sul punto si veda Cass., sez. I, 5.7.1990, n. 7077, in *Giust. civ. mass.*, 1990, 7, che afferma «*In tema di protezione del diritto di autore su un'opera dell'arte, si ha violazione dell'esclusiva non solo quando l'opera è copiata integralmente, cioè quando vi sia riproduzione abusiva, ma anche nel caso di contraffazione, che ricorre quando i tratti essenziali dell'opera anteriore si ripetono in quella successiva*».

²⁶⁰ Così Cass., 23 novembre 2005, in *Dir. Autore*, 2006, 213, con nota di Mari, *Plagio musicale e requisiti di creatività dell'opera oggetto di plagio*; Trib. Milano, 16.1.2006, in *Dir. Autore*, 2006, 254, secondo cui «Non sussiste plagio tra due composizioni musicali ove la parte musicale ripresa dalla precedente composizione nella composizione successiva sia priva di originalità e creatività e, come tale, non tutelabile in base alla legge sul diritto di autore. Quanto alla parte letteraria delle due composizioni, deve parimenti escludersi il plagio ove il richiamo al precedente testo si riduca ad una minima espressione (nella specie, le parole "estate dimenticate"), tema poetico riferibile ad un comune patrimonio, come tale insuscettibile di appropriazione»; Trib. Milano, 28.10.2002, in *Dir. Autore*, 2003, 486.

²⁶¹ A. VANZETTI - V. DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., 510, per i quali il risarcimento del danno da lesione della proprietà intellettuale trova la sua disciplina nell'art. 2043 c.c. e presuppone l'elemento soggettivo del dolo o della colpa. Per il diritto d'autore si rinvia a M. AMMENDOLA - L. G. UBERTAZZI, *Il diritto d'autore*, Torino, 1993, 87. In giurisprudenza, tra le tante, V. Cass., 28.4.1990, 3604, in *Giur. annotata dir. ind.*, 1990, n. 2472/3; Trib. Milano, 7.6.2001, in *Giur. annotata dir. ind.*, 2001, n. 4296/3; App. Milano, 9 giugno 1998, in *Giur. annotata dir. ind.*, 1999, n. 3926/4, che concordano nel ritenere che l'accertamento della contraffazione di un titolo di proprietà industriale non deroga ai principi dell'illecito aquiliano ed equivale all'accertamento della sussistenza di un danno risarcibile.

strato una prevenuta ostilità al riconoscimento delle pretese risarcitorie, si è comunque limitata a liquidare i danni in maniera simbolica.²⁶²

Già verso la fine degli anni '50 Sacco, nella monografia *“L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto”* denunciava l'inadeguatezza dei tradizionali criteri risarcitori e svelava come essi non penetrassero «[...] nell'angolo buio degli illeciti che non producono depauperamenti patrimoniali. Soprattutto i diritti sui beni immateriali appaiono protetti in modo insufficiente. De iure condendo, la condanna al pagamento del valore obiettivo del bene sottratto ad altri, la condanna alla riverzione dell'arricchimento illegittimamente conseguito, la condanna alla pena privata, appaiono i correttivi integratori del sistema giuridico italiano quale ci è presentato dall'insegnamento comune [...]».²⁶³

Solo alla fine degli anni '90 la dottrina privatistica italiana ha rivalutato l'applicazione dei rimedi restitutori fondati sull'arricchimento senza causa²⁶⁴, rimasti accantonati fino a quel momento.

Così si è manifestata una maggiore tentazione ad abbandonare la tradizionale visione aquiliana del problema della contraffazione, per sostenere che non necessariamente la violazione di un diritto di esclusiva implica una questione di responsabilità extra-

²⁶² In argomento L. RICOLFI, *Dal diritto interno al diritto europeo: la parabola del risarcimento del danno da contraffazione del marchio*, in *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale e da lesione della proprietà intellettuale*, cit., 48; M. CARTELLA, *Il danno da violazione di marchio: dalla tipologia all'accertamento e quantificazione*, p. 145.

²⁶³ R. SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959, p. 61.

²⁶⁴ Cfr., in part., P. GALLO, *L'arricchimento senza causa*, Padova, 1990; A. NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento*, Milano, 1998; F. ASTONE, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1999. Più di recente, R. PARDOLESI, *Profitto illecito e risarcimento del danno*, 2005; A. ALBANESE, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, 2005.

contrattuale: anzi, dalla lesione del potere di disposizione che la violazione realizza, sorgerebbe piuttosto un “conflitto attributivo” e non un “conflitto aquiliano”.²⁶⁵

In questo modo si è rivelato insufficiente il rimedio risarcitorio nei casi in cui il vantaggio economico realizzato dal danneggiante in seguito al compimento di atti di concorrenza sleale o dello sfruttamento abusivo di un bene immateriale altrui si riveli superiore alla perdita subita dal titolare del diritto violato²⁶⁶. In altre parole, è proprio nei casi in cui l'utile eccede il danno provocato che la scelta della tutela aquiliana svela la propria inadeguatezza.²⁶⁷

²⁶⁵ A. PLAIA, *Proprietà intellettuale e risarcimento del danno*, cit., 55 ss., secondo il quale lo sfruttamento non consentito di un bene immateriale crea un problema attributivo se la contraffazione realizza una appropriazione di una utilità ab origine spettante solo al titolare dell'esclusiva. Il conflitto può dirsi aquiliano se concerne attività interferenti ma consentite, in quanto dirette verso utilità differenti. Tale compatibilità viene meno se “occasionalmente”, per talune circostanze, sorge un rischio di interferenza che, altrimenti non si sarebbe manifestato (c.d. conflitto aquiliano di tipo occasionale), oppure se l'interferenza viene programmata con modalità non tollerate dall'ordinamento (c.d. conflitto aquiliano di tipo modale); M. BARCELLONA, *Struttura della responsabilità e ingiustizia del danno*, in *Europa dir. priv.*, 2000, p. 426; C. CASTRONOVO, *La violazione della proprietà intellettuale come lesione del potere di disposizione. Dal danno all'arricchimento*, in *Dir. ind.*, 2003, p. 7 ss.

²⁶⁶ Cfr. P. TRIMARCHI, *Illecito (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 109; C. CASTRONOVO *La violazione della proprietà intellettuale come lesione del potere di disposizione. Dal danno all'arricchimento*, cit., 10, secondo cui la irriducibilità della responsabilità civile può essere riassunta nella formula “non sempre il risarcimento del danno è in grado di rispondere completamente e di esaurire senza residui la questione della lesione della proprietà intellettuale”.

²⁶⁷ C. CASTRONOVO, *La violazione della proprietà intellettuale come lesione del potere di disposizione. Dal danno all'arricchimento*, cit., 10, per cui a rilevare non è il danno subito dal titolare ma il profitto economico realizzato “da chi arbitrariamente, illecitamente, violando il diritto altrui ha realizzato un esito di gran lunga più favorevole al proprio patrimonio di quanto non sia il detrimento subito dal titolare del diritto violato”. Dello stesso avviso G. GUGLIELMETTI, *La gestione di affari e la reversione degli utili*, in *Ann. it. dir. aut.*, 2000, 174 s.

D'altro canto la responsabilità non fornisce la risposta al guadagno che è stato conseguito, cioè alla differenza fra i vantaggi ottenuti mediante atto illecito e la somma pagata per il risarcimento.²⁶⁸

Infatti i principi generali che disciplinano il regime della responsabilità civile mostrano che il risarcimento deve coprire la perdita causata dal pregiudizio arrecato alla vittima, cioè restaurare il patrimonio di questa riportandolo agli stessi valori che aveva prima della commissione dell'illecito, assolvendo ad una funzione compensativa.²⁶⁹

Possiamo pertanto concludere che, salve le ipotesi in cui la violazione di un diritto di proprietà intellettuale lede la capacità di produrre reddito - ad esempio la capacità attrattiva del marchio (danno emergente) - o genera una contrazione delle vendite per abusivo ingresso sul mercato del contraffattore (lucro cessante), che producono un vero e proprio "conflitto aquiliano", in tutti gli altri casi, la violazione dei diritti di proprietà intellettuale concerne il problema dell'attribuzione e della spettanza di un'utilità, la cui tutela non è soddisfatta completamente dalla applicazione delle norme regolanti l'illecito aquiliano.

In conclusione se non si attribuisce alla responsabilità aquiliana una funzione punitivo-deterrente, perché non le è congenita, o non si spoglia il risarcimento del danno della sua naturale funzione compensativa, allora si è pensato di integrarla guardando ai rimedi restitutori della gestione di affari altrui,²⁷⁰ o dell'arricchimento senza

²⁶⁸ Così P. TRIMARCHI, *L'arricchimento derivante da atto illecito*, in *Studi in onore di Rodolfo Sacco*, II, Milano, 1994, 1147, 1150. La tesi è stata rielaborata recentemente da R. PARDOLESI, *Profitto illecito e risarcimento del danno*, 2005, p. 157.

²⁶⁹ Cfr. M. FRANZONI, *Trattato della responsabilità civile. L'illecito*, 2004, 50.

²⁷⁰ I principali sostenitori di tale tesi sono G. GUGLIELMETTI, *La gestione di affari e la reversione degli utili*, p. 174; SIRENA, *La restituzione del profitto ingiustificato (nel diritto industriale italiano)*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 1, 305 ss.

causa,²⁷¹ o facendo ricorso alle norme sulla restituzione dei frutti da parte del possessore di mala fede (artt. 820-821 e 1148-1149 c.c.).

Una volta individuata la presenza nel nostro ordinamento di un implicito principio di restituzione dei profitti illecitamente conseguiti, si tratta di valutarne le concrete possibilità applicative nel sottosistema della proprietà intellettuale, che cristallizza il diritto alla restituzione degli utili all'art. 125, comma 3, c.p.i.

Occorre però soffermarsi un attimo sull'elemento soggettivo del dolo e della colpa nella violazione di diritti di proprietà intellettuale.

In dottrina è opinione comune che il risarcimento del danno aquiliano in seguito alla lesione di diritti di proprietà intellettuale richiederebbe necessariamente la colpevolezza dell'agente: se nel regime *in fieri* della responsabilità civile, la colpa rappresenta un «*criterio finale di imputazione per tutti i danni ingiusti derivanti da fatti illeciti che non trovano la loro disciplina in una fattispecie legale tipica di responsabilità*»,²⁷² secondo la tradizionale impostazione nell'ambito della proprietà intellettuale è la colpa a costituire il criterio normale o esclusivo di imputazione dell'obbligazione risarcitoria.

Inoltre, per i marchi registrati e le invenzioni brevettate vige un regime di pubblicità legale, che impone a coloro che abbiano a che fare con un bene tutelato dal diritto di esclusiva, l'obbligo di consultare gli appositi registri.

Ne consegue, quindi, che la mera omissione della consultazione dei registri è sufficiente ad integrare gli estremi di una colpa grave e che non vi sono margini o possibilità di calibrare il giudizio di colpevolezza secondo gli ordinari criteri.

²⁷¹ Cfr. C. CASTRONOVO, *La violazione della proprietà intellettuale come lesione del potere di disposizione. Dal danno all'arricchimento*, cit., 11 ss.

²⁷² In questi termini, M. FRANZOSI, *Trattato della responsabilità civile. L'illecito*, cit., 162, secondo cui “[...] sul piano sistematico dunque alla colpa resta confermato il ruolo di regola, mentre agli altri criteri spetta quello di eccezioni. Sicché, questo rapporto non si traduce in una corrispondente regola operativa: in concreto si tende a risolvere il problema della responsabilità ricorrendo alle figure speciali: solo in un secondo tempo si ricorre alla colpa”.

Pertanto, secondo le Corti italiane, opera una presunzione *iuris et de iure* di conoscenza degli altrui diritti di esclusiva che impone la prova liberatoria di aver usato la massima diligenza possibile nell'accertamento dell'esistenza di una privativa.²⁷³

Ad ogni modo, la tesi della *culpa in re ipsa* o di una responsabilità oggettiva non trova sostegno nella disciplina normativa ed è contraddetta anche dalla mancanza di esigibilità di cautele assolute nel giudizio di accertamento della titolarità e del regime di tutela dell'opera utilizzata da parte del contraffattore.

7.2 Il dettato normativo dell'art. 125 c.p.i.

Occorre partire dalla rilevanza del significato storico che la disposizione normativa in esame assume soprattutto quando, come in tal caso, esso inevitabilmente si pone come punto di partenza di un importante processo di revisione sistematica.

L'art. 125 c.p.i. presenta tutte le caratteristiche necessarie per giustificare e, addirittura, imporre un'attenta ricostruzione della "*voluntas legislatoris*" come premessa di una corretta ricostruzione della "*voluntas legis*".²⁷⁴

Inoltre, sempre in questo tentativo di risalire alla matrice della norma dell'art. 125 c.p.i., non si può trascurare l'opinione formulata da una parte della dottrina che "in

²⁷³ Discorso in parte diverso vale per il diritto d'autore, dal momento che non operando con riguardo a quest'ultimo un sistema di pubblicità legale, qui, l'acquisizione dell'informazione cruciale in ordine all'allocazione dell'esclusiva può esigere, almeno in linea teorica, uno sforzo graduabile in rapporto al quale è possibile ripristinare criteri di valutazione più flessibili.

²⁷⁴ Ai fini della ricostruzione del significato storico dell'art. 125 c.p.i., devono essere ricomprese anche i concetti che hanno ispirato la redazione dell'art. 125 c.p.i.: ovvero il "conflitto attributivo" e il "vantaggio competitivo".

tempi non sospetti" aveva espresso una specifica riflessione in merito al rapporto fra risarcimento ed arricchimento con riguardo alla proprietà industriale.²⁷⁵

Infatti questa dottrina ha avuto un'influenza determinante nella stesura dell'art. 125 c.p.i. per ragioni inerenti alla sua collocazione cronologica: infatti è sì vero che dopo la comparsa dell'art. 125 c.p.i. sono aumentate in maniera esponenziale le pubblicazioni in dottrina relativi ai rapporti fra risarcimento ed arricchimento nella proprietà industriale, ma è altrettanto vero che spetta all'autorevole contributo di Castronovo il merito dell'inaugurazione di un filone interpretativo che superava il "tabu" secondo il quale la tutela della proprietà industriale non può estendersi oltre la funzione compensativa del risarcimento del danno.

Infatti Castronovo, per primo, ha offerto alla Commissione Ministeriale incaricata della redazione del Codice, un'importante riflessione che ha permesso alla Commissione di porsi il problema dell'insufficienza delle tutele risarcitorie - lamentata con insistenza soprattutto dai giudici stranieri - non limitandosi quindi a risistemare la disciplina della proprietà industriale.

Ed infatti Castronovo afferma che non si dubitava che l'unica prospettiva praticabile fosse di fatto quella risarcitoria ma neppure era dubitabile che *"facendo riferimento alla dinamica concreta del conflitto non sempre la responsabilità civile appare [...] risposta soddisfacente: perché [...] quello che va regolato non è sempre e soltanto questione di danni"*.

Ma, interpretando il principio di sussidiarietà, l'A. affermò che fosse configurabile il *"cumulo tra responsabilità ed arricchimento, ciascuno per l'oggetto che propriamente lo riguarda: il danno per l'una e l'incremento patrimoniale per l'altro"*. Tale considerazione condusse al risultato di assegnare alla responsabilità il risarcimento del danno ingiusto ed all'azione di arricchimento il compito di provvedere a regolare l'arricchimento patrimoniale conseguito dall'agente: arricchimento la cui restituzione

²⁷⁵ Si veda, C.CASTRONOVO, *La violazione della proprietà intellettuale come lesione del potere di disposizione. Dal danno all'arricchimento*, in *Il Diritto Industriale*, n. 1/2003, pagg. 7 ss..

postula che sia "senza causa", cioè che non sia riconducibile all'attività autonomamente svolta dal contraffattore e che si configuri come effetto puro e semplice dell'appartenenza del diritto.

Questa considerazione fu recepita dalla Commissione Ministeriale che si propose di attuarla normativamente.

7.3 Le revisioni del testo dell'art. 125 c.p.i.

La revisione dell'art. 125 c.p.i. non si limita a riprendere le norme anteriori contenute nelle leggi speciali per disciplinare il risarcimento del danno ma ha integrato tale disciplina facendo espresso riferimento all'istituto giuridico dell'azione di arricchimento senza causa.

Nella prima stesura la norma era così formulata così "1. *Il risarcimento dovuto al danneggiato è liquidato secondo le disposizioni degli artt. 1223, 1226 e 1227 c.c.. Il lucro cessante è valutato dal giudice con equo apprezzamento delle circostanze.*

2. *Il titolare del diritto di proprietà industriale può altresì chiedere che gli vengano attribuiti gli utili realizzati in violazione del diritto".*

Questa formulazione è stata pensata in virtù della distinzione fra l'azione di risarcimento del danno e l'azione di arricchimento senza causa.

Le due azioni non si ritengono oggi cumulabili perché vengono considerate alternative l'una all'altra in ragione della sussidiarietà della seconda rispetto alla prima: infatti ritiene che non possa essere richiesta l'azione di arricchimento senza causa qualora la fattispecie sia astrattamente suscettibile di applicazione del rimedio risarcitorio.

Inoltre sulla base di questo principio si tendeva sostenere che non si potesse ricorrere all'azione di arricchimento senza causa neppure quando il rimedio risarcitorio si fosse rivelato inidoneo a soddisfare le ragioni del titolare del diritto leso.

Nella relazione al Codice, a commento dell'art. 125 c.p.i. così formulato, si faceva l'esempio del titolare del brevetto farmaceutico in titolarità di una piccola impresa produttiva e commerciale che fosse stato contraffatto da una grande impresa multinazionale: con questo esempio si sottolineava che, in tal caso, rimanendo strettamente fedeli al criterio del lucro cessante, ben difficilmente l'impresa "piccola" avrebbe potuto ottenere un adeguato soddisfacimento dell'interesse connesso alla violazione del suo diritto.

Sulla base di queste premesse, nella sua stesura originaria, la norma dell'art. 125 distingueva nettamente la domanda di risarcimento del danno collocata al primo comma con l'aggiunta che *"il lucro cessante è valutato dal giudice con equo apprezzamento delle circostanze"* e la domanda di arricchimento senza causa collocata nel secondo comma con una formulazione che, da un lato, faceva riferimento alla c.d. reversione degli utili realizzati in violazione del diritto e, dall'altro lato, comportava il superamento del divieto di cumulo e del principio di sussidiarietà disponendo che il titolare del diritto leso *"può altresì chiedere che gli vengano attribuiti gli utili"*.

Nel passaggio dello schema di Decreto Legislativo al Consiglio dei Ministri la formulazione della norma fu modificata con la seguente:

"Il risarcimento dovuto al danneggiato è liquidato secondo le disposizioni degli artt. 1223, 1226 e 1227 del Codice civile. Il lucro cessante è 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".

Quindi gli utili realizzati in violazione del diritto che erano oggetto di restituzione sono divenuti indice della determinazione del lucro cessante.

E il secondo comma recitava *"La sentenza che provvede sul risarcimento dei danni può farne, ad istanza di parte, la liquidazione in una somma globale stabilita in base agli atti della causa e alle presunzioni che ne derivano"*.

Ma questa versione non piacque alla Commissione Ministeriale ed infatti l'estensore della relazione finale commentò la prima parte della norma sottolineando che essa rispecchiava sì l'opinione pacifica della dottrina e della consolidata giurisprudenza secondo la quale, nell'ambito della tutela dei diritti di proprietà industriale, la sanzione del risarcimento del danno segue le stesse regole della responsabilità extracontrattuale ma *"Nella seconda parte della norma (la Commissione) aveva ritenuto di colmare una vistosa lacuna segnalata dalla dottrina e dalla giurisprudenza disponendo esplicitamente che il titolare del diritto di proprietà industriale può altresì chiedere che gli vengano attribuiti gli utili realizzati dal contraffattore. La reversione degli utili così disposta peraltro sarebbe stata riconducibile nell'ambito delle norme civilistiche sull'arricchimento senza causa e non in quello delle norme sul risarcimento del danno come sanzione della responsabilità extracontrattuale"*.

In particolare la Commissione non fu tanto d'accordo quando la seconda parte dell'art. 125 del Codice fosse stata sostituita con la seguente: *"Il lucro cessante è valutato dal giudice anche tenuto conto degli utili realizzati in violazione del diritto"*.

Ma un notevole cambiamento - tra l'altro rappresenta ciò che non si era potuto realizzare emanando il Codice della Proprietà Industriale - era rappresentato dal fatto che con il D.Lgs. 16 marzo 2006, n. 140, è stata data attuazione alla Direttiva c.d. "Enforcement" 2004/48/CE sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale.

E' stato in questa occasione che la Commissione volle ritornare alla stesura iniziale dell'art.125 c.p.i. per raggiungere l'obiettivo espressamente dichiarato di fare in modo che la norma considerasse *"le misure del risarcimento del danno e della reversione degli utili come operativamente e concettualmente distinte essendo peraltro riconducibili rispettivamente al profilo della reintegrazione del patrimonio leso ed a quello - ben diverso - dell'arricchimento senza causa"* e con la precisazione che *"il nuovo testo dell'art. 125 costituisce attuazione dell'art. 13 della Direttiva la quale dà rilevanza ad entrambi i profili"*.

In conclusione questo percorso, per niente lineare, ha portato al dato di fatto che, sotto il profilo del rapporto fra risarcimento ed arricchimento, la stesura finale della norma coincidesse con quella iniziale ed è arricchita dalla necessità di rispettare le misure imposte dalla Direttiva Enforcement.

Attualmente, sotto la rubrica "Risarcimento del danno e restituzione dei profitti dell'autore della violazione" l'art. 125 c.p.i. dispone espressamente:

"1. Il risarcimento dovuto al danneggiato è liquidato secondo le disposizioni degli artt. 1223, 1226 e 1227 del Codice civile, tenuto conto di tutti gli aspetti pertinenti, quali le conseguenze economiche negative, compreso il mancato guadagno, del titolare del diritto leso, i benefici realizzati dall'autore della violazione e, nei casi appropriati, elementi diversi da quelli economici, come il danno morale arrecato al titolare del diritto dalla violazione.

2. La sentenza che provvede sul risarcimento dei danni può farne la liquidazione in una somma globale stabilita in base agli atti della causa e alle presunzioni che ne derivano. In questo caso il lucro cessante è comunque determinato in un importo non inferiore a quello dei canoni che l'autore della violazione avrebbe dovuto pagare, qualora avesse ottenuto una licenza dal titolare del diritto leso.

3. In ogni caso il titolare del diritto leso può chiedere la restituzione degli utili realizzati dall'autore della violazione, in alternativa al risarcimento del lucro

cessante o nella misura in cui essi eccedono tale risarcimento".

Pare opportuno in prima analisi osservare i tre criteri introdotti dall'art. 125 c.p.i. nel procedimento di liquidazione del danno ovvero: il danno effettivamente subito dal titolare, l'utile del contraffattore, la royalty ragionevole.²⁷⁶

²⁷⁶ M. FRANZOSI, *Il risarcimento del danno da lesione di proprietà industriale*, in *Dir. ind.*, 3, 2006, 205 ss., che ai fini del risarcimento del danno effettivamente subito dal titolare di un brevetto ritiene si debbano prendere in considerazione: la riduzione dei prezzi che la contraffazione ha prodotto (*price erosion*), la perdita di vendita dei prodotti non brevettati in collegamento funzionale con i prodotti brevettati (*convoyed sales*), i costi che il danneggiato ha affrontato, tra cui vanno ricomprese, per esempio, le spese promozionali o distributive sostenute.

Il legislatore con il primo comma della norma in esame statuisce che il risarcimento del danno è liquidato dal giudice tenendo conto di tutti gli aspetti utili a fini della sua valutazione, tra i quali colloca la voce dei “*benefici realizzati dall'autore della violazione*”.

Al riguardo, la prevalente dottrina si trova sostanzialmente concorde nel ritenere che così facendo il legislatore abbia voluto includere la voce degli utili del contraffattore nei criteri di quantificazione del danno.²⁷⁷

Secondo parte della giurisprudenza, “*i benefici realizzati dall'autore della violazione*” assumerebbero la funzione di utile criterio di riferimento nella valutazione del lucro cessante trattandosi di un indice presuntivo delle potenzialità di guadagno sottratte alla parte lesa.

Inoltre la disposizione in commento richiama in primo luogo, come regola di riferimento per la liquidazione del danno, le disposizioni degli artt. 1223, 1226 e 1227 c.c., mutuando la disciplina della pretesa risarcitoria dalla disciplina civilistica.²⁷⁸

Infatti da ciò discende che il risarcimento comprende oltre alla voce del lucro cessante anche il danno emergente, e quindi le perdite opportunamente provate dal titolare

²⁷⁷ La tesi è di A. VANZETTI - V. DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, cit., 514; R. PARDOLESI, *La retroversione degli utili nel nuovo codice dei diritti di proprietà industriale*, in *Dir. ind.*, 2005, 1, 44.

²⁷⁸ G. FLORIDIA, *Proprietà intellettuale, illecito concorrenziale e risarcimento*, cit., 151, in cui si legge: “[...] *la natura del diritto industriale come diritto è causa ed effetto della totale assenza di norme che, nell'ambito di questo diritto disciplinino la pretesa risarcitoria azionabile in funzione del compimento di atti lesivi del proprio diritto di proprietà intellettuale oppure del proprio diritto alla lealtà ed alla libertà di concorrenza [...]*”.

della privativa andranno risarcite laddove risultino conseguenza immediata e diretta della condotta illecita (art. 1223 c.c.).²⁷⁹

Se poi il preciso ammontare del danno non può essere provato in alcun modo dalla parte, il giudice potrà fare ricorso alla valutazione equitativa di cui all'art. 1226 c.c.

²⁷⁹ In questo senso Cass., sez. I, 24 ottobre 1983, n. 6251, in *Giust. civ. mass.*, 1983, p. 9: “*In tema di valutazione equitativa del danno subito dal titolare del diritto di utilizzazione economica di un'opera dell'ingegno non è precluso al giudice il potere-dovere di commisurare quest'ultimo, nell'apprezzamento delle circostanze del caso concreto, al beneficio tratto dall'attività vietata, assumendolo come utile criterio di riferimento del lucro cessante, segnatamente quando esso sia correlato al profitto del danneggiante, nel senso che questi abbia sfruttato a proprio favore, occasioni di guadagno di pertinenza del danneggiato, sottraendole al medesimo*”; Cass., 7 marzo 2003, n. 3390, in *Giur. it.*, 2003, 1857, che motiva: “*Non costituisce errata applicazione dell'equità, né contraddice l'asserto dell'impossibilità di accertare il preciso ammontare del danno derivante dallo sfruttamento abusivo dell'opera dell'ingegno, l'utilizzo, tra i parametri di riferimento per la quantificazione del danno stesso, del lucro ricavato dall'abusante mediante l'illecito*”; Cass., 2 giugno 1998, n. 5388, in *Danno e resp.*, 1998, 1046.; App. Milano, sez. I., 14 dicembre 2005, in *Giur. it.*, 2006, 1880 ss., con nota di Mezzetti, *Il risarcimento del danno fra vecchio e nuovo diritto della proprietà intellettuale: utili, benefici, e meriti come criteri di liquidazione*, che afferma il seguente principio “*il beneficio tratto dall'attività vietata può assumere la funzione di utile criterio di riferimento del lucro cessante, giacché il profitto conseguito dal danneggiante è indice presuntivo delle potenzialità di sfruttamento dell'opera sottratte all'autore della violazione e del cui depauperamento questi deve essere ristorato*”; Trib. Napoli, 14 gennaio 2003, in *Riv. dir. industriale*, 2003, II, 360, in cui si legge “*Per quantificare il danno di carattere patrimoniale subito dal titolare del marchio contraffatto si può legittimamente presumere che la contraffazione abbia provocato una riduzione delle vendite del titolare in misura pari al numero dei prodotti venduti dal contraffattore. Conseguentemente, il danno da mancato guadagno subito dal titolare del marchio contraffatto deve essere determinato moltiplicando il numero dei prodotti commercializzati dal contraffattore per l'utile medio conseguito dal titolare del diritto di marchio nella vendita di un singolo prodotto*”; Trib. Firenze, 9 gennaio 2001, in *Giur. it.*, 2002, 339, con nota di Candellero secondo cui “*la determinazione dell'ammontare del danno derivante da contraffazione brevettuale ex art. 86 l. inv., può essere effettuata in rapporto al guadagno conseguito dal contraffattore in seguito alla vendita di prodotti basati sul brevetto contraffatto*”; App. Milano, 1 dicembre 1994, in *Riv. dir. industriale*, 1994, II, p. 224 “*È corretto ipotizzare che il titolare del brevetto abbia subito un danno, per mancato guadagno, pari all'utilità conseguita dal contraffattore attraverso la vendita di macchine delle quali quest'ultimo non avrebbe invece dovuto fare commercio. Il danno consiste nel mancato utile netto non percepito dal titolare, onde non v'è dubbio che, nella relativa liquidazione, occorre tener conto anche di tutti i fattori negativi (quali ad esempio i costi produttivi, e di distribuzione) che concorrono a determinare l'utile netto. Ai fini della liquidazione del danno, è da prendere in considerazione il comportamento produttivo di danno per l'intero periodo posteriore alla pubblicazione della domanda di brevetto, e non solo quello successivo alla concessione dei relativi brevetti, poiché gli effetti della privativa decorrono dalla pubblicazione della domanda*”.

Il giudice inoltre, oltre ad esercitare il suo potere nelle ipotesi del “concorso di colpa del danneggiato” e della “evitabilità di alcuni danni mediante l'ordinaria diligenza del danneggiato”, su richiesta della parte lesa, potrà effettuare la liquidazione «*in una somma globale stabilita in base agli atti della causa e alle presunzioni che ne derivano*».

L'art. 125, 2° comma c.p.i., individua il concetto di “lucro cessante” sulla base dell'ipotetico corrispettivo che il titolare della privativa avrebbe preteso per la concessione di una licenza, laddove gliene fosse stata fatta richiesta.

In realtà la regola di determinare il mancato guadagno del titolare del diritto violato in base all'ipotetico canone di licenza presenta notevoli difficoltà applicative.

Infatti sebbene l'introduzione di tale parametro sia dovuta alla *communis opinio* che la riduzione dei profitti del titolare del diritto leso che abbia concesso licenze a terzi, corrisponda alla riduzione delle *royalties* percepite, non può negarsi che risulta difficile quantificare il canone di licenza.

Il criterio del 2° comma va allora inteso come regola meramente residuale applicabile quando non si è giunti ad una integrale e diretta quantificazione delle mancate vendite del titolare.

Inoltre parte della dottrina ha sottolineato che tale disposizione dovrebbe permettere di superare le difficoltà pratiche legate alla liquidazione equitativa prevista dal primo comma dell'art. 125 c.p.i., in qualche modo evocando l'istituto statunitense dei danni punitivi. E infatti la tendenza nordamericana, nel settore della violazione dei diritti di proprietà intellettuale, è per la concessione dei *punitive damages* basati, come già ampiamente visto, su un multiplo dei *compensatory damages*, solitamente il doppio o il triplo (tra cui i c.d. *treble damages*, tipici del diritto *antitrust*).

La dottrina statunitense evidenzia opportunamente il loro scopo ovvero la punizione del responsabile e al contempo quello di assicurare che l'attore sia “*fully and fairly compensated*”.

Per quel che riguarda il criterio della “*royalty* virtuale”, il legislatore stabilisce espressamente il limite inferiore del risarcimento del danno liquidato in un somma globale, che dovrà tendenzialmente essere maggiore; si è suggerito che la determinazione precisa dell’importo debba avvenire in considerazione dell’atteggiamento psicologico dell’autore della violazione.

La disposizione dal respiro più innovativo è però rintracciabile nel terzo comma dell’art. 125 c.p.i., in cui, come già anticipato, si stabilisce che “*In ogni caso il titolare del diritto leso può chiedere la restituzione degli utili realizzati dall’autore della violazione, in alternativa al risarcimento del lucro cessante o nella misura in cui essi eccedono tale risarcimento*”.

È stata così introdotta in Italia il concetto giuridico di “retroversione degli utili”, in qualità di categoria concettuale analoga a quella del “*disgorgement of profits*” di matrice anglosassone.

Ad una prima lettura dell’art. 125 c.p.i., risultano individuabili due diverse e contrapposte misure di tutela: nei primi due commi il risarcimento del danno, nell’ultimo la reversione degli utili, che richiama i rimedi di natura restitutoria, ma al contempo se ne distanzia.

Si individua, così, la netta contrapposizione tra il primo rimedio, finalizzato alla rimozione della perdita che l’atto illecito ha arrecato al patrimonio del danneggiato, senza alcun riferimento o considerazione per ciò che è stato ricavato da chi lo ha commesso, e quelli restitutori, che comportano il trasferimento di ciò che è stato ricavato dalla sfera del responsabile a quella del soggetto tutelato, a prescindere dalla prova di un effettivo pregiudizio in capo al medesimo.

Pertanto sono sorte diverse interpretazioni dell’art. 125 c.p.i., nella sua nuova formulazione: la dottrina si è interrogata, in particolare, sulla possibilità di delineare l’introduzione *tout court* di un nuovo strumento rimediale, analogo al *disgorgement*. L’innovazione del terzo comma sarebbe rinvenibile, in primo luogo, sul piano funzionale, dovendo guardare alla finalità del nuovo rimedio, in relazione a quella strettamente compensativa del risarcimento del danno. A tal proposito, risulta necessario

una più approfondita analisi dei diversi commi dell'art. 125 c.p.i., sia separatamente che nei rapporti esistenti tra loro.

I primi due commi prevedono modalità di calcolo del danno risarcibile improntati ai tradizionali criteri risarcitori ed anche alla volontà di superare le difficoltà sul piano probatorio, in particolare circa il lucro cessante, presenti generalmente nella violazione dei diritti di proprietà intellettuale.

La prima disposizione richiama sia una "liquidazione analitica" sia una "sintetica o equitativa", menzionando anche "i benefici realizzati dall'autore della violazione" tra le voci a cui il giudice deve guardare per determinare il mancato guadagno risarcibile. In questo caso il riferimento ai "benefici" non determina una retroversione degli utili, ma costituisce un criterio utilizzabile ai fini della quantificazione del danno, circa la prova del lucro cessante.

La dottrina prevalente concorda nel ritenere che il legislatore abbia inteso consacrare da un punto di vista normativo tale parametro nel primo comma dell'art. 125 c.p.i., includendo così gli utili del contraffattore nei criteri di quantificazione del danno; la sua utilità risiede nella previsione di un indice presuntivo delle potenzialità di guadagno sottratte alla parte lesa e infatti la prova del preciso ammontare del lucro cessante risulta difficoltosa, trattandosi di un elemento, per sua stessa natura, ipotetico.

Pertanto si può affermare che il precedente orientamento giurisprudenziale, che attribuiva specifica considerazione al criterio del lucro cessante, risulta codificato a livello legislativo.

L'art. 125 c.p.i. ha introdotto l'obbligo, per il giudice, di contemplare tale componente in modo sistematico, quantificandola come uno dei criteri proposti e utilizzabili.

Ma ancor più innovativa risulta la ricezione, in ambito legislativo, del filone interpretativo che già utilizzava il criterio della reversione degli utili.

E infatti ai fini di tale analisi rileva, in particolare, il collegamento tra il primo ed il terzo comma dell'art. 125 c.p.i. su cui è opportuno focalizzare l'attenzione.

Nel contesto della violazione dei diritti di proprietà industriale si delinea una peculiarità rilevante: è noto infatti che il mancato guadagno del titolare del diritto leso non coincide necessariamente con il profitto realizzato dall'autore dell'*infringement*. Ne

deriva che qualora quest'ultimo sia maggiore del mancato guadagno del primo, la violazione risulterebbe economicamente vantaggiosa per il responsabile.

È evidente, quindi, come il settore della proprietà intellettuale riveli l'esigenza di meccanismi di risposta e di reazione alla violazione dei diritti in questione, che siano dotati di particolare efficacia deterrente. Infatti la mancata riparazione integrale del danno da contraffazione, rappresenta un forte disincentivo alle attività che la stessa disciplina della proprietà intellettuale vorrebbe incentivare e tutelare.

Ne consegue che il risarcimento del danno, nell'ambito della proprietà intellettuale, deve considerare attentamente la necessità di prevenire la violazione dei diritti di proprietà industriale, proprio al fine di rafforzare i medesimi.

In linea con tale finalità di deterrenza risulta, senza dubbio, la previsione che il risarcimento tenga conto degli utili realizzati illegalmente; infatti la funzione prettamente compensativa del rimedio risarcitorio implica che esso non risulti sempre idoneo ad esplicare un'efficacia deterrente.

Prima di poter affrontare la specifica questione della retroversione degli utili e della sua interpretazione in rapporto al risarcimento dei danni, risulta necessario accertare la natura attribuibile alla previsione risarcitoria contemplata dai primi due commi dell'art. 125 c.p.i., in particolare alla luce dei criteri liquidatori qui contemplati.

Si deve verificare, in primo luogo, se la peculiare regola introdotta al primo comma possa considerarsi rispettosa e conforme ai generali principi risarcitori e non sconfini, piuttosto, in finalità diverse, eventualmente di tipo punitivo.

L'incertezza deriva dalla evidente circostanza il primo comma della disposizione normativa in analisi prevede che il risarcimento da lesione del diritto di proprietà industriale vada oltre il lucro cessante. Ma tale regola non sembra *ex se* idonea a sovvertire il principio cardine del *tort system* italiano, in particolare nella sua ferma esclusione dell'istituto dei danni punitivi, poiché la considerazione degli utili non mira alla punizione dell'autore della violazione, bensì intende impedirne l'arricchimento mediante la violazione degli altrui diritti. Ne deriva che tale comma non deve essere inteso come tentativo di introdurre una pena privata, costituendo, piuttosto, un

“correttivo” di una errata funzione della misura risarcitoria nello specifico ambito della proprietà intellettuale.

Infatti si è già osservato come la reale portata innovativa dell’art. 125 c.p.i. risieda nel suo terzo comma, in cui è stato introdotto l’istituto della “retroversione degli utili”.

La sua formulazione ha dato origine a numerosi dubbi interpretativi, anche circa la possibile non conformità all’art. 13.2 della Direttiva *enforcement*, da cui si discosta sotto un duplice profilo.

In primo luogo mentre la previsione comunitaria si riferisce testualmente alle ipotesi di violazione inconsapevole, il terzo comma dell’art. 125 c.p.i. si applica “*in ogni caso*”.

Inoltre, secondo la norma del codice di proprietà industriale, la reversione degli utili può essere chiesta unicamente in alternativa al risarcimento del lucro cessante, o per l’eccedenza dei profitti dell’autore della violazione, rispetto al lucro cessante del soggetto leso.

Ma si tratta in realtà solo di un’apparente divergenza che trova giustificazione in una corretta interpretazione della Direttiva, fondata sul concetto che, nel caso di violazione consapevole, il risarcimento del danno comprenda già gli utili del contraffattore.

Ne consegue che, in ipotesi di violazione non consapevole, questa comporterà necessariamente conseguenze economiche meno onerose per il responsabile, il quale sarà tenuto solo alla restituzione degli utili.

L’espressione “in ogni caso” potrebbe indurre a ritenere che l’autore della violazione sia tenuto ad una doppia condanna per lo stesso titolo, sommandosi quella ex art. 125 3° comma, c.p.i. alla considerazione degli utili nel calcolo del lucro cessante. Proprio per evitare tale pericolo, la norma prevede la regola della alternatività, rendendo così la previsione conforme alla Direttiva.

Inoltre la specificità della norma è sembrata alla maggior parte della dottrina il fatto di - introducendo una figura rimediale innovativa ovvero la c.d. retroversione degli utili - aver costruito un sistema in cui il risarcimento del danno, svincolandosi dalla

logica compensatoria di riparazione della perdita subita viene parametrato agli utili conseguiti dal contraffattore.

Inoltre sembra più ragionevole pensare che la restituzione degli utili è sanzione diversa dal risarcimento, anche guardando alla rubrica titolata “*risarcimento e restituzione*” in cui la disposizione è stata inserita.²⁸⁰

Ancora, circa il confronto tra il primo e il terzo comma dell’attuale formulazione dell’art. 125 c.p.i., parte della dottrina sottolinea che il combinato disposto dei due commi in esame pare inserirsi in un’ottica prettamente risarcitoria, volta a dare attuazione ad una “*figura giuridica innovativa, capace, sulle orme del disgorgement, di imprimere una curvatura sanzionatoria e deterrente ad un sistema risarcitorio fondato, nella sostanza, sulla sola perdita subita dalla vittima della condotta illecita*”.

In via alternativa, si potrebbe supporre l’introduzione di una nuova azione, applicabile esclusivamente ai casi di contraffazione incolpevole, nel cui ambito resterebbe esclusa l’operatività delle norme in tema di risarcimento dei danni.

Ancora, secondo altra interpretazione, il rimedio della retroversione degli utili, previsto al terzo comma, sarebbe connotato da una preminente impronta restitutoria. La sua funzione sarebbe, quindi, quella di imporre la restituzione di un profitto oggettivamente ingiustificato, e non di garantire una tutela risarcitoria con valenza sanzionatoria-preventiva. La misura opererebbe, pertanto, come ogni rimedio restitutorio, anche nei casi di contraffazione incolpevole.

²⁸⁰ A. VANZETTI *La restituzione degli utili di cui all'art. 125, n. 3, c.p.i. nel diritto dei marchi*, in *Dir. ind.*, 4, 2006, 325; V. DI CATALDO, *Compensazione e deterrenza nel risarcimento del danno*, cit., 214/1, contra R. PARDOLESI *Un'innovazione in cerca di identità: il nuovo art. 125 c.p.i.*, in *Corriere giur.*, 11, 2006, 1605 ss., che suggerisce due interpretazioni possibili dell'art. 125 c.p.i.: per un verso, quella che in base alla lettura congiunta del 1° e del 3° co. privilegierebbe un'ottica risarcitoria, configurando una figura giuridica deterrente-sanzionatoria più affine al *disgorgement* di *common law* e, per l'altro, quella che – in considerazione della modifica della rubrica che distingue tra risarcimento e restituzione, delle indicazioni dei *consideranda* nonché dell'incipit del 3° co. – conierebbe una nuova azione limitata ai soli casi di “contraffazione incolpevole”, per i quali non troverebbero applicazione le norme in tema di risarcimento del danno.

Secondo parte della dottrina, la prima opzione interpretativa si caratterizza per l'attribuzione di una funzione deterrente-sanzionatoria alla retroversione degli utili: questa si sostituirebbe alla logica compensativa, in cui s'inserisce il primo comma dell'art. 125 c.p.i.

Conseguenza di questa considerazione è che l'attuazione di tale rimedio non richiede la prova di un danno effettivo, né che questo sia individuato nel suo preciso ammontare, poiché concerne unicamente i profitti conseguiti in modo illecito dal responsabile della violazione.

Risulta possibile, così, avvicinare la previsione in oggetto all'istituto anglosassone dei danni punitivi: analogamente a quest'ultimo, la reversione degli utili attribuisce al titolare del diritto leso un risarcimento quantificato non sulla base del pregiudizio subito, bensì del profitto realizzato dall'autore dell'illecito. Ciò permetterebbe all'art. 125 c.p.i. di perseguire una duplice funzione: deterrente e punitivo-sanzionatoria.

La natura sanzionatoria-deterrente troverebbe ulteriore conferma nella possibilità che tale rimedio sia cumulato al risarcimento del lucro cessante, per la parte di profitti che eccede la misura di quest'ultimo. Tale previsione determina, com'è evidente, l'attribuzione al danneggiato di un *quid* che eccede la misura del pregiudizio arrecato a quest'ultimo, poiché la parte esuberante dei profitti conseguiti dal responsabile della violazione viene "restituita" in aggiunta all'integrale risarcimento del danno emergente e del lucro cessante.

Emerge chiaramente, allora, la portata innovativa dell'ultimo comma dell'art. 125 c.p.i., che non mira ad eliminare un pregiudizio arrecato al patrimonio del titolare del diritto protetto – già integralmente risarcito *aliunde* – bensì a rimuovere l'arricchimento illecito che si è determinato nel patrimonio del responsabile della violazione²⁸¹.

Pertanto è possibile delineare definire il rimedio della retroversione degli utili come strumento conforme al principio etico secondo cui nessuno dovrebbe poter conseguire un profitto mediante la commissione di un illecito.

²⁸¹ Ed infatti si è giunti a sostenere che il lucro conseguito dal danneggiante è profilo distinto dalla perdita subita dal danneggiato vittima della contraffazione.

Un rapidissimo sguardo merita anche l'art. 158 della l. del 22 aprile 1941, n. 633²⁸² in quanto tale disposizione, ricalcando l'art. 125 c.p.i., prevede al primo comma, che il risarcimento dovuto al danneggiato venga liquidato secondo i principi generali di cui agli artt. 1223, 1226 e 1227 c.c., e indica che la valutazione equitativa del lucro cessante debba avvenire *“anche tenuto conto degli utili realizzati in violazione del diritto»*, ai sensi dell'art. 2056, 2° co., c.c., cioè *con equo apprezzamento delle circostanze del caso”*.

Tra l'altro la nostra legge sul diritto d'autore, mantenendosi fedele al contenuto della direttiva 2004/48/CE, si limita a stabilire che gli utili realizzati illecitamente dall'autore della violazione costituiscono soltanto uno dei dati di cui si deve tenere conto ai fini della liquidazione del lucro cessante.

Spetterà al danneggiato provare che il violatore ha goduto di utili ma anche che la violazione è stata colposa o dolosa, perché l'assenza in questo settore di un sistema di pubblicità legale che imponga un preventivo onere informativo, lascia ampio spazio nel diritto d'autore ad ipotesi di violazione incolpevole.

Non c'è dubbio che nell'art. 158 l. dir. aut. il primo parametro per la liquidazione del lucro cessante sia la reversione degli utili, e che solo in via alternativa e residuale opera la liquidazione forfettaria in base al criterio del giusto prezzo del consenso.

Resta però ancora da definire la questione del *quantum* di utile che il contraffattore deve restituire: in particolare si ragiona se l'utile da restituire sia utile al netto, dedotti i costi sostenuti da chi ha abusivamente sfruttato l'opera, oppure al lordo delle spese

²⁸² L'attuale formulazione dell'art. 158, l. 22 aprile 1941, n. 633, come sostituito dall'art. 5, d.lg. 16 marzo 2006, n. 140 recita così: «1. Chi venga leso nell'esercizio di un diritto di utilizzazione economica a lui spettante può agire in giudizio per ottenere, oltre al risarcimento del danno che, a spese dell'autore della violazione, sia distrutto o rimosso lo stato di fatto da cui risulta la violazione. 2. Il risarcimento dovuto al danneggiato è liquidato secondo le disposizioni degli artt. 1223, 1226 e 1227 c.c. Il lucro cessante è valutato dal giudice ai sensi dell'art. 2056, 2° co., c.c., anche tenuto conto degli utili realizzati in violazione del diritto. Il giudice può liquidare i danni in via forfettaria sulla base quanto meno dell'importo dei diritti che avrebbero dovuto essere riconosciuti, qualora l'autore della violazione avesse chiesto al titolare l'autorizzazione per l'utilizzazione del diritto. 3. Sono altresì dovuti i danni non patrimoniali ai sensi dell'art. 2059 c.c.».

sostenute, in questo caso con una evidente curvatura verso una funzione di deterrenza della responsabilità civile.

7.4 L'elemento psicologico nell'art. 125 c.p.i.

Sotto il profilo psicologico fra l'azione di risarcimento e l'azione di arricchimento esperibili in funzione della violazione di un diritto di proprietà industriale intercorre - apparentemente - un'importante differenza.

Il risarcimento del danno presuppone che il danneggiante sia quanto meno in colpa mentre la restituzione è dovuta sulla base oggettiva della violazione del diritto.

Ma questa differenza è stata sostanzialmente annullata dall'orientamento che, ponendo sullo stesso piano la colpa all'ignoranza colpevole di ledere l'altrui diritto di proprietà industriale, giunge alla conclusione che l'ignoranza è sempre colpevole perché è ingiustificata visto il sistema di pubblicità legale che concerne la brevettazione e la registrazione dei diritti di proprietà industriale.

Laddove la tesi secondo la quale l'ignoranza di ledere l'altrui diritto di proprietà industriale sia sempre colpevole venisse meno, dando luogo quindi ad un accertamento della colpevolezza non collegato in astratto alla rilevanza del sistema legale di pubblicità dei titoli di proprietà industriale, allora l'azione di arricchimento acquisterebbe un ruolo particolarmente significativo perché consentirebbe al titolare del diritto di recuperare gli utili anche da parte di chi non fosse stato consapevole di commettere un illecito.

Nella norma dell'art. 125 c.p.i. non è fatto riferimento ad alcun elemento psicologico ai fini della retroversione degli utili e perciò quest'ultima è dovuta anche nel caso in cui lo sfruttamento dell'altrui risorsa immateriale sia avvenuto incolpevolmente.

Si tratta allora di stabilire se questa soluzione sia compatibile con l'art. 13 della direttiva Enforcement (Direttiva n. 48/04/CE del 29 aprile 2004) il quale distingue fra

violazione colpevole ed incolpevole del diritto di proprietà industriale: per quanto concerne la prima il n. 1 dell'art. 13 della direttiva legittima il risarcimento dei danni nella misura adeguata al ristoro del pregiudizio effettivo patito a causa della violazione.

Per quanto concerne invece la violazione incolpevole, il n. 2 dell'art. 13 prevede che il giudice disponga il recupero dei profitti.

E si nota che queste disposizioni sono perfettamente riportate rispettivamente nel primo e nel terzo comma dell'art. 125 c.p.i., in quanto nel primo comma i benefici realizzati per effetto di una violazione colpevole del diritto sono considerati allo scopo di determinare il danno effettivo, mentre nel terzo i profitti realizzati per effetto di una violazione incolpevole sono suscettibili di reversione.

Lasciando da parte la necessaria conformità della norma nazionale alla norma comunitaria, in dottrina ci si è chiesti se non sia illogico la scelta di sanzionare con la reversione un comportamento incolpevole rispetto ad uno colpevole.

Ma tale illogicità è subordinata alla configurazione della retroversione come misura più grave rispetto a quella del risarcimento.

Questa differente valutazione della gravità dell'una rispetto all'altra misura non è però giustificata perché la colpevole lesione dell'altrui diritto di proprietà industriale espone l'autore dell'illecito ad un obbligo di risarcimento la cui entità può essere superiore anche di molto agli utili che egli abbia conseguito quanto meno perché comprensiva del danno emergente e comunque non limitata a tali utili che, in quanto tali, non possono eccedere la misura del proprio arricchimento senza causa.

Calcolare il lucro cessante significa basare il risarcimento su di un giudizio ipotetico relativo all'entità delle vendite che il titolare del diritto non ha potuto effettuare o non ha potuto effettuare con i margini di profitto che sarebbero stati legittimamente attesi senza la violazione, mentre invece calcolare gli utili da restituire è operazione saldamente ancorata al "momento storico" ed alla capacità di gestione della propria azienda da parte dell'autore della violazione.

Proprio sulla base della finalità puramente restitutoria della reversione degli utili può ben accadere che non vi sia da restituire nulla se utili non sono stati prodotti, mentre non può accadere che non vi sia danno risarcibile derivante dalla violazione colpevole del diritto.

In altri termini le misure del risarcimento e della retroversione sono diverse perché la prima espone ad un rischio sicuramente superiore rispetto alla seconda, che non incide negativamente sul patrimonio dell'autore della violazione nel senso del depauperamento ma unicamente nel senso del mancato arricchimento.

7.5 Retroversione degli utili e i danni punitivi

Si è osservato come, secondo parte della dottrina, la retroversione degli utili prevista dal terzo comma dell'art. 125 c.p.i. possa essere intesa, in via alternativa, come rimedio autonomo, applicabile unicamente per le ipotesi di contraffazione incolpevole. Tale tesi fa leva anche sulla rubrica dell'articolo, in cui si distingue tra “risarcimento del danno” e “restituzione dei profitti dell'autore della violazione”.

Il primo comma risponderebbe ad una logica esclusivamente risarcitoria, mentre il terzo ad una prettamente restitutoria, tipica dell'arricchimento senza causa.

Tuttavia, si è rilevato che lo strumento della retroversione degli utili delinea una finalità punitiva e deterrente assolutamente incompatibile con una prospettiva restitutoria.

Infatti mancano i requisiti previsti dall'art. 2041 c.c. per la generale azione di arricchimento senza causa, in particolare i requisiti del collegamento tra l'impovertimento e l'arricchimento, nel caso di contraffazione incolpevole e più in generale, si osserva che il profitto dipende anche dall'iniziativa dell'autore della violazione, non potendo, quindi, mai configurare la medesima “utilità prevista dal diritto tutelato”, che costituisce quanto deve essere restituito al titolare secondo la disciplina dell'ingiustificato arricchimento.

Alla luce di tali considerazioni, deve essere respinta l'ipotesi ricostruttiva secondo cui la retroversione degli utili sarebbe espressione dell'azione generale di arricchimento ingiustificato.

Tale lettura del terzo comma dell'art. 125 c.p.i. implicherebbe, invece, che il rimedio della retroversione degli utili sia applicabile in alternativa alla misura risarcitoria prevista al primo comma; lo spartiacque tra le due ipotesi sarebbe rintracciabile nell'elemento soggettivo.

Si è già osservato come tale lettura debba essere rigettata, alla luce di un'interpretazione della norma in conformità alle previsioni della Direttiva, ed altresì alla *ratio* della complessiva disciplina introdotta all'articolo in esame.

Si deve ritenere, pertanto, che tale articolo, nella sua nuova formulazione, esprima unicamente l'irrilevanza dell'elemento soggettivo rispetto all'esperibilità dell'azione restitutoria.

Infatti sarebbe del tutto irragionevole assumere che la condotta connotata da maggiore gravità sia premiata dal riconoscimento del risarcimento del danno quale unico rimedio, e che unicamente la violazione incolpevole risulti soggetta alla retroversione dei profitti ingiustamente conseguiti.

La giustificazione teoretica della retroversione degli utili potrebbe essere rinvenuta nell'accoglimento ufficiale della figura del c.d. "arricchimento da fatto illecito" nell'ordinamento giuridico italiano.

Nella nostra realtà giuridica tale categoria, pur essendo sconosciuta dal punto di vista positivo, non lo è altrettanto nel formante dottrinale e giurisprudenziale.

Le posizioni non lineari registrate in entrambi ne rendono difficoltosa l'analisi e l'inquadramento.

La negazione di tale figura deriva dalla necessità, considerata imprescindibile in Italia – diversamente da quanto avviene in Germania e nell'esperienza di *common law* – di provare il danno.

La portata del problema può essere illustrata dall'esempio dell'illecito sfruttamento di immagine altrui; in alternativa al rimedio del risarcimento del danno, si potrebbe prospettare la condanna del responsabile al versamento dell'intero profitto derivante

dall'illecito commesso. L'attuale sistema impedisce la seconda soluzione, ancorando ogni misura alla perdita subita, ed intendendo, al contempo, riconoscere il ruolo dell'iniziativa e dell'abilità dell'autore della lesione nel conseguimento del profitto. È evidente, tuttavia, come tale impostazione si risolva nel premiare la condotta illecita, anziché nel disincentivarla e solo la privazione dell'intera somma corrispondente alla locupletazione frutto dell'illecito pare poter svolgere una funzione deterrente.

Si deve osservare infatti che l'azione generale di arricchimento senza causa non è di per sé in grado di assicurare il necessario livello di deterrenza, poiché impone la restituzione dell'utilità ingiustamente lucrata dal responsabile, ma al contempo non lo priva del profitto conseguito mediante l'illecito.

Tale possibilità risulta attualmente preclusa, alla luce dell'art. 2041 c.c., secondo cui la restituzione deve essere limitata alla misura della "correlativa diminuzione patrimoniale" del soggetto tutelato. La retroversione dei profitti non può, quindi, essere ricondotta al principio generale dell'arricchimento senza causa.

Si è suggerito, allora, di rinvenire il fondamento dell'azione di reversione degli utili nella disciplina della gestione d'affari. La *negotiorum gestio* imporrebbe a chiunque si ingerisca nell'altrui sfera giuridica di restituire il profitto netto che ha lucrato, a prescindere dalla natura egoistica o altruistica dell'ingerenza.

Tuttavia, anche il ricorso a tale figura pare una forzatura, e non sembra adeguato in special modo in relazione all'ipotesi di malafede, poiché in tale caso l'autore della violazione è del tutto consapevole e intenzionato a gestire un affare proprio e non uno del titolare del diritto, nel proprio interesse.

L'opportunità di concepire un principio generale di restituzione dei profitti derivanti da fatto illecito, d'altra parte, dovrebbe essere oggetto di attenta valutazione, alla luce di un necessario bilanciamento degli interessi coinvolti.

L'imposizione di un obbligo di restituzione integrale sembra potersi giustificare in virtù di una funzione sanzionatoria, connessa al requisito soggettivo di mala fede nell'autore della lesione.

In mancanza di tale connotazione riprovevole nella condotta illecita, non sussisterebbe alcuna valida ragione per non rispettare il principio di remunerazione dell'iniziativa.

In tale caso, la restituzione dei profitti potrebbe trovare cittadinanza nel nostro ordinamento, a condizione che si accetti la prospettiva sanzionatoria sottesa a tale soluzione.

Un'ulteriore opzione ricostruttiva proposta suggerisce di modellare tale figura ancora più sulla base dei danni punitivi, la cui natura sanzionatoria ne permette un'applicazione più lata, idonea a ricoprire anche le condotte improntate ad una minore gravità dell'elemento soggettivo, quali la colpa.

A questo fine non rilevarebbe infatti lo *status* soggettivo dell'autore dell'illecito, ed in particolare l'intenzionalità di commetterlo, ma la mera circostanza che l'azione illecita sia stata compiuta.

È evidente, d'altra parte, come l'accettazione di un principio generale di restituzione dei profitti illecitamente conseguiti non si prospetti come una evenienza plausibile, per lo meno nel breve futuro. Infatti i tentativi dottrinali di ritenerlo ammissibile sembrano scontrarsi con la rigidità dell'attuale sistema; solo un intervento legislativo potrebbe consentire l'ingresso di un'innovazione così significativa.

In ogni caso sembra preferibile ipotizzare una previsione non di portata generale, ma calibrata su specifiche situazioni, sulla scorta della sensibilità francese per i casi di "*faute lucrative*".

I tentativi di ricondurre la retroversione degli utili prevista dall'art. 125 c.p.i. ad uno degli istituti civilistici generali non sembrano destinati ad avere successo, non potendo giustificare e comprendere le peculiarità della disciplina in esame.

La norma si rivela "fortemente asistemica rispetto al nostro sistema di responsabilità civile", esprimendo, "*ratione materiae*, un divieto di arricchimento ingiustificato, pur se non dannoso, secondo la maggior parte della dottrina, estraneo alle coordinate del nostro ordinamento.

È stato suggerito, allora, di intendere tali norme alla stregua di "regole speciali, dettate più da valutazioni pratiche che da esigenze di coerenza dogmatica". L'esigenza di

ottenere un apparato rimediale idoneo a svolgere un efficiente ruolo di *enforcement* e di dissuasione dai comportamenti lesivi ha richiesto la predisposizione di uno strumento che mirasse a disincentivare, per lo meno in caso di violazioni dolose o colpose, la contraffazione economicamente efficiente, mediante l'attribuzione al danneggiato del diritto di "confiscare" al responsabile dell'*infringement* quanto necessario per rendere la contraffazione medesima da conveniente a neutra.

È evidente che considerazioni differenti valgono per le ipotesi di violazione incolpevole; ed invero, in tale fattispecie non può essere perseguito uno scopo di prevenzione. La giustificazione della retroversione degli utili, pertanto, va individuata *aliunde*, ovvero nella volontà di tutelare adeguatamente, anche in questi casi, la posizione del titolare dei diritti di proprietà industriale.

Coerentemente con tale finalità indennitaria, si prevede che l'autore della violazione, in mancanza dell'elemento soggettivo, non possa essere tenuto a risarcire il maggior danno, né a titolo di lucro cessante, né per danno emergente.

Anche il metodo di calcolo del *quantum* risarcitorio si presta a servire finalità di deterrenza. Si è osservato come la considerazione degli utili conseguiti dall'autore della violazione nel calcolo dell'importo dovuto a titolo di risarcimento del danno consenta, infatti, di giungere alla correzione di una distorsione economica del rimedio risarcitorio.

In tale contesto, pertanto, si può affermare che il risarcimento sia espressione di una regola finalizzata alla prevenzione di illeciti futuri. Ed infatti la necessità di tenere conto degli utili realizzati illegalmente impedisce che la violazione "efficiente" dei diritti di proprietà industriale sia premiata dal sistema.

Nel settore della proprietà intellettuale è frequente individuare la presenza di situazioni in cui il vantaggio economico conseguito da chi ha illecitamente sfruttato un diritto altrui risulta superiore alla perdita subita dal titolare del diritto violato. Pertanto si comprendono gli sforzi che il formante dottrinale e giurisprudenziale ha fatto per supplire in questi casi all'inefficienza dello strumento risarcitorio, con l'intento di ricercare soluzioni rimediali alternative, non potendosi in alcun modo tollerare che il contraffattore tragga profitto dal proprio illecito.

Si è anche già sottolineato che la mancata integrale compensazione del danno da contraffazione rischia di rivelarsi controproducente nel senso che rischia di esplicare un effetto disincentivante non verso il compimento di attività illecite dello stesso tipo ma verso le attività di investimento che la stessa disciplina della proprietà intellettuale intende promuovere.

L'impressione che si riceve dalla formulazione attuale dell'art. 125 c.p.i. è che il legislatore abbia avvertito l'esigenza di un meccanismo di deterrenza dell'illecito in tale settore e che vi abbia, per lo meno in parte, provveduto con la codificazione del diritto alla restituzione degli utili conseguiti illecitamente dal contraffattore.

Ho già sottolineato che la finalità compensativa è propria della responsabilità civile, ma come messo in luce dalla dottrina più accorta, la responsabilità civile comprende anche finalità diverse dalla riparazione del danno, fra le quali la finalità preventiva o deterrente.²⁸³

Alle funzione compensativa della responsabilità civile ha fatto riferimento la Corte di Cassazione nella motivazione della ormai nota sentenza n. 1183/2007,²⁸⁴ con la quale i giudici di legittimità hanno respinto la istanza di delibazione di una sentenza straniera di condanna ai danni punitivi, affermando che *“nel vigente ordinamento alla responsabilità civile è assegnato il compito precipuo di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, anche mediante l'attribuzione al danneggiato di una somma di denaro che tenda a eliminare le conseguenze del danno subito mentre rimane estranea al sistema l'idea della punizione e della sanzione del responsabile civile ed è indifferente la valutazione a tal fine della sua condotta. È quindi 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.*

²⁸³ Per semplificare, un parametro sicuro per riconoscere una certa finalità preventiva degli illeciti è procedere secondo la loro tipizzazione sociale, sicché può dirsi che una marcata accentuazione di deterrenza si riscontra negli illeciti che richiedono il dolo o la colpa grave e nelle ipotesi in cui il legislatore deroga al principio di solidarietà di cui all'art. 2055 c.c.

²⁸⁴ Sul punto si rimanda al quarto capitolo.

Tale risarcibilità è sempre condizionata all'accertamento della sofferenza o della lesione determinata dall'illecito e non può considerarsi provata in re ipsa. È inoltre esclusa la possibilità di pervenire alla liquidazione dei danni in base alla considerazione dello stato di bisogno del danneggiato o della capacità patrimoniale dell'obligato". Ciò che la Corte di Cassazione ha detto in tale pronuncia è che non si può modificare la funzione compensativa della responsabilità e del risarcimento in via interpretativa e che la previsione di sanzioni civili in funzione punitiva o di deterrenza può avvenire soltanto per via legislativa.

In dottrina c'è chi ha avvertito che un eventuale tentativo di superare la preclusione del danno punitivo nel nostro ordinamento attraverso la rimodulazione del rimedio risarcitorio verso obiettivi punitivi incontra l'ostacolo del principio di integrale riparazione che guarda solo al danneggiato e alla perdita subita e non al danneggiante e alla modalità di produzione dell'azione antiggiuridica.

Al contrario per i danni punitivi di *common law* non esiste alcuna correlazione tra l'ammontare della condanna inflitta al responsabile ed il danno effettivamente subito, non si ha riguardo alla lesione subita dal danneggiato, si vuole soltanto perseguire una finalità affittivo-sanzionatoria punendo il comportamento illecito del trasgressore.

Non sembra quindi assurdo ravvisare specifiche ipotesi presenti nel nostro ordinamento che parte della dottrina ha accostato ai danni punitivi per le affinità che presenterebbero. Per esempio si pensi alla riparazione pecuniaria ex art. 12 della l. 8 febbraio 1948, n. 47 (legge stampa), alla quale è stata riconosciuta la natura di sanzione civile punitiva, la quale in aggiunta al risarcimento del danno prevede una sanzione pecuniaria che va commisurata “alla gravità dell'offesa” e “alla diffusione dello stampato”.

Ovviamente la riconosciuta connessione tra l'art. 12, legge sulla stampa, e la nozione di danni punitivi non costituisce introduzione di questi ultimi nel nostro ordinamento, essendo una ipotesi eccezionale di pena pecuniaria privata che si aggiunge autono-

mamente al risarcimento del danno liquidato al danneggiato, soltanto in caso di diffamazione a mezzo stampa.

Non meno appropriato è il riferimento all'ipotesi contemplata all'art. 4 della l. 20 novembre 2006, n. 281, in tema di intercettazioni telefoniche. Tale disposizione al 1° co. così dispone: *«a titolo di riparazione può essere richiesta all'autore della pubblicazione degli atti o dei documenti di cui all'art. 240, 2°co., c.p.p., al direttore responsabile e all'editore, in solido fra loro, una somma di denaro determinata in ragione di cinquanta centesimi per ogni copia stampata, ovvero da euro 50.000,00 a euro 1.000.000,00, secondo l'entità del bacino di utenza ove la diffusione sia avvenuta con mezzo radiofonico, televisivo o telematico. In ogni caso, l'entità della riparazione non può essere inferiore a euro 10.000,00»*.

La natura sanzionatoria di tale ipotesi risarcitoria è desumibile dalla formulazione del 4° co. della disposizione in commento nella parte in cui dispone *«qualora sia promossa per i medesimi fatti di cui al 1° co. anche l'azione per il risarcimento del danno, il giudice tiene conto, in sede di determinazione e liquidazione dello stesso, della somma corrisposta ai sensi del 1° comma»*.

Vi è poi il già analizzato art. 96 c.p.c. che disciplina la fattispecie della responsabilità processuale aggravata in cui la presenza della mala fede o colpa grave legittima - secondo parte della dottrina - la condanna della parte soccombente ad un danno punitivo che si somma alla condanna alle spese di lite.

A questa dottrina che vede una analogia tra i danni punitivi e la previsione dell'art. 125 c.p.i. si contrappone quel filone dottrina che considera l'art. 125 c.p.i. come una norma speciale, non suscettibile di applicazione analogica o estensiva che non introduce alcun danno punitivo, e guarda alla restituzione degli utili come ad uno strumento in grado di assicurare un ristoro effettivo della vittima, attraverso la condanna dell'autore dell'illecito alla restituzione degli utili percepiti in conseguenza della violazione dei diritti di proprietà intellettuale. Secondo questa tesi risulta fuorviante attribuire valore punitivo al rimedio in questione, come se ci si riferisse ad una sanzio-

ne dimostrativa per il danneggiante applicata semplicemente per la commissione dell'illecito, indipendentemente dagli effetti negativi prodotti dalla condotta, ma non sembra fuori luogo sostenerne, comunque, una finalità deterrente per il contraffattore. Pertanto preso atto della sancita contrarietà all'ordine pubblico dei danni punitivi nel nostro sistema, tale dottrina guarda con favore ai rimedi ultracompensativi dell'arricchimento senza causa o della gestione di affari altrui.

I vantaggi di una tale scelta sono evidenti: non guardano al danno emergente e al lucro cessante prodottisi nella sfera del danneggiato e costituiscono il titolo in forza del quale il titolare può pretendere la restituzione dell'utile ingiustificatamente conseguito, con la riparazione in forma specifica, oppure per equivalente, laddove ciò non fosse possibile. Pertanto, è parso conveniente interpretare la restituzione degli utili all'interno dell'azione di arricchimento senza causa (art. 2041 c.c.), da cui pure si distanzerebbe in quanto non operante in via sussidiaria ma al contrario in alternativa o cumulativamente al risarcimento del danno.

Proprio negli ultimi anni si è registrato una crescita degli studi diretti ad analizzare le singole componenti della fattispecie della responsabilità e del conseguente risarcimento del danno attualmente vigenti nel nostro ordinamento giuridico.

In particolare circa l'art. 2043 c.c. si sono sviluppati vari correnti di pensiero tutti concordi nella necessità di superare la vecchia massima “nessuna responsabilità senza colpa”.²⁸⁵

Un primo orientamento in ottica di “razionalità economica” propone la configurazione nel nostro ordinamento di un “autonomo sistema di responsabilità oggettiva” la cui funzione si connetterebbe “con la teoria economica della distribuzione di costi e

²⁸⁵ Per un approfondimento sui principali indirizzi di pensiero si veda P. BARCELLONA, *Formazione e sviluppo del diritto privato moderno*, Napoli, 1987, pp. 392 ss.; e per un confronto, sul punto, con la dottrina nordamericana si veda G. PONZANELLI, *Diritto privato, diritto pubblico, diritto misto nella responsabilità civile nordamericana negli anni '80*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, p. 289 ss.

profitti” e che opererebbe verso tutte le attività economiche, e principalmente quelle di impresa.²⁸⁶

Un secondo orientamento basato sulla solidarietà sociale vuole aprire la stessa regola enucleata nell’art. 2043 c.c. a criteri di responsabilità oggettiva, posti sullo stesso piano della colpa, a cui non spetterebbe “un ruolo particolare nel sistema della responsabilità civile”.²⁸⁷

Accanto a questa propensione generalizzante alla “oggettivizzazione” della responsabilità civile, si è affiancato un terzo filone dottrinale volto a conciliare il riconoscimento dell’esistenza di ipotesi di responsabilità oggettiva - sempre circoscritte in settori tipizzati ex ante dal legislatore -, con l’attribuzione all’art. 2043 c.c. del ruolo di un’unica regola generale di responsabilità soggettiva, come criterio finale di imputazione per tutti i danni ingiusti derivanti da fatti che non trovano la loro disciplina in una fattispecie legale tipica di responsabilità.²⁸⁸ E nel solco di questo orientamento, nell’ambito degli illeciti di dolo, è sorta una tesi dottrinale a difesa della regola generale della responsabilità soggettiva come “criterio che serve i propri tempi” con l’obiettivo di coniugare un allargamento dell’area della responsabilità con una rivalutazione della funzione preventivo-punitiva della responsabilità civile.²⁸⁹

Nella rivisitazione della regola generale cristallizzata nell’art. 2043 c.c., a questo fenomeno di ridimensionamento del criterio della colpa, corrisponde una rilettura del concetto di ingiustizia del danno, già iniziata dalla dottrina.²⁹⁰

²⁸⁶ Questa è la proposta di P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961.

²⁸⁷ Così S. RODOTA’, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, pp. 89 ss.

²⁸⁸ F.D. BUSNELLI, *Nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Jus*, 1976, pp. 62 ss.

²⁸⁹ P. CENDON, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Torino, 1976, pp. 21 ss.

²⁹⁰ Si veda G. CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza. Saggio per una teoria dell’illecito civile*, Padova, 1966, p.42.

Anche al riguardo si sono sviluppati vari indirizzi di pensiero accomunati dall'impulso ad un progressivo allargamento dell'area dei danni risarcibili, prima comprensiva dei soli fatti lesivi di diritti soggettivi assoluti; al riguardo un passaggio fondamentale è segnato dall'intervento della Corte di Cassazione che ha operato un clamoroso *reversimment* affermando che “*il capo del diritto assoluto è stato sdoppiato*”.²⁹¹

Infine la ridefinizione dell'art. 2043 c.c. ha dovuto fare i conti con la doppia metamorfosi del danno, ovvero nel ribaltamento del rapporto tra danno al patrimonio (inteso come “somma di proprietà”) e danno alla persona. Tutto ciò ha portato alla rivisitazione anche del concetto di danno che sembrava ormai arenato con il superamento definitivo della concezione reale o naturalistica del danno (*aestimatio rei*) a favore di una concezione patrimoniale (*quanti interest*):²⁹² tale discussione in Italia è stata anche condizionata dalla *vexata quaestio* dei limiti posti dall'art. 2059 c.c. alla risarcibilità dei danni non patrimoniali.

Proprio sull'art. 2059 c.c. la Corte d'Appello di Venezia con una sentenza che prendeva spunto dal “caso Gore” già citato ha affermato che “*si può affermare con certezza che nel nostro ordinamento in materia di danno non patrimoniali ex art. 2059 c.c., sussistono rimedi prettamente civilistici, connotati anche da finalità afflittiva e deterrenti*”.²⁹³ Ma allora nel nostro ordinamento è possibile che il risarcimento del danno non sia estraneo all'idea della punizione e della sanzione?

Per rispondere a tale fondamentale interrogativo, occorre considerare la “blindatura” legislativa che si assicura margini di certezza circa la risarcibilità del danno morale

²⁹¹ Cass., Sez. Un., 26 gennaio 1971, n. 174, in *Foro it.*, 1971, I, c. 342 ss. Per il precedente dibattito dottrinale si veda A. FEDELE, *Il problema della responsabilità del terzo per pregiudizio del credito*, Milano, 1954; F.D. BUSNELLI, *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1964.

²⁹² P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967, p. 169.

²⁹³ App. Venezia 15 ottobre 2001, *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, p. 765 ss.

soggettivo e la possibile rilevanza del suo carattere *latu sensu* punitivo,²⁹⁴ ma non legittima il giudice al superamento della frontiera massima del risarcimento del solo danno effettivo.

Innanzitutto per configurarsi il risarcimento occorre, proprio come per danni punitivi, che si tratti di un vero e proprio danno, cioè danno- conseguenza e non meno danno- evento, o danno *in re ipsa* e pertanto dovrà essere dimostrato con gli ordinari mezzi di prova.

Questi ultimi permettono al giudice di adeguare l'ammontare del quantum del risarcimento agli effetti del *dolor* e il giudice potrà fare ciò ricorrendo ai poteri di valutazione equitativa dal danno ex art. 1226 c.c.²⁹⁵ tenendo conto delle circostanze del caso concreto (art. 2056 c.c.).

Dunque diventa labile la linea di discriminare tra una corretta valutazione del danno effettivo e un'arbitraria quantificazione del risarcimento determinato in via pregiudiziale in ottica meramente sanzionatoria: rischio che, come già sottolineato, investiva, soprattutto in passato, le decisioni dei giudici americani.

²⁹⁴ G. CRICENTI, *Persona e arricchimento*, Padova, 2005, p. 186; S. MAZZAMUTO, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043*, cit., 624

²⁹⁵ V. Cass., 8 settembre 1997, n. 8711, in *Giust. civ. mass.*, 1997, 1646: «Il potere del giudice di liquidare il danno con valutazione equitativa presuppone la prova in concreto della esistenza del danno». Occorre accertare che non sussistono elementi utili e sufficienti per la determinazione del danno sulla base di elementi oggettivi, così: Cass., 2 aprile 2001, n. 4788, in *Giust. civ. mass.*, 2001, 665; Cass., 27 dicembre 1996, n. 11535, in *Giust. civ. mass.*, 1996, 1797.

Secondo Cass., 14 maggio 1998, n. 4894, in *Giust. civ. mass.*, 1998, 1041: «Il criterio sussidiario di valutazione equitativa del danno, di cui all'art. 1226 c.c., è utilizzabile – sempreché sia certa l'esistenza di un danno – solo se la sua precisa determinazione incorra in una impossibilità probatoria o, quanto meno, sia ostacolata da una rilevante difficoltà, mentre non è sufficiente la semplice complessità, che renda necessaria l'ammissione di una consulenza tecnica o il ricorso a valutazioni di tipo presuntivo; inoltre il giudice, nel procedere alla liquidazione equitativa, deve innanzitutto vagliare tutti gli elementi di prova raccolti in ordine all'ammontare del danno (al fine di rendere la liquidazione, per quanto possibile, corrispondente alla reale entità del pregiudizio) e quindi indicare, almeno sommariamente e sia pure con l'elasticità propria dell'istituto e dell'inerente ampio potere discrezionale, i criteri seguiti per determinare l'entità del danno». Nello stesso senso Cass., 27 dicembre 1995, n. 13114, in *Giust. civ. mass.*, 1995, 12.

Ma a differenza dell'esperienza dei *punitive damages*, elementi di prova sono solo quelli che si riferiscono all'offesa subita dal danneggiato e non rilevano, ai fini risarcitori, anche elementi attinenti alla sfera del danneggiante per esempio la sua situazione patrimoniale o l'arricchimento che ha tratto dal suo comportamento illecito.

“Può” invece e, laddove la legge lo prevede “deve”, rilevare la riprovevolezza del comportamento del danneggiante nella misura in cui incida sull'offesa subita dal danneggiato.

Ecco allora che proprio partendo da questa riconosciuta inclinazione verso un connotato punitivo della responsabilità, si possono indicare due prospettive di contemperamento tra funzione satisfattiva e sanzionatoria.

Infatti nel nostro ordinamento giuridico la responsabilità civile assolve molte funzioni e normalmente sono raggruppabili in tre categorie: la funzione compensativa, sanzionatoria e preventiva, alla quale da ultimo si cerca di introdurre e affiancare quella punitiva.

Fatte queste premesse, occorre evidenziare che sarebbe necessario che legislatore predisponesse regole chiare e precise sotto tre direzioni.²⁹⁶

Innanzitutto dovrebbe chiarire ed affermare espressamente che la regola dell'art. 2043 ha funzione squisitamente sanzionatoria e che è sganciata da un diretto riferimento all'effettivo pregiudizio eventualmente subito dalla vittima dell'illecito, ma deve guardare alla gravità dell'offesa arrecata.

In secondo luogo dovrebbe procedere ad una rigorosa tipizzazione del tipo di illecito a cui si riferisce e indicare i parametri prefissati di quantificazione del risarcimento del danno.

Infine dovrebbe indicare anche regole per poter applicare la regola caso per caso.

²⁹⁶ G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, cit., 297 s.; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *I “nuovi danni” e le funzioni della responsabilità civile*, in *La responsabilità civile*, Milano, 2005, p. 97.

Nessuno può dubitare che la funzione primaria della responsabilità civile è la funzione compensativa che si estende dal risarcimento dei danni patrimoniali a quello dei danni non patrimoniali ma suscettibili di valutazione economica, come lo sono i danni biologici.

Invece al risarcimento dei danni non patrimoniali non suscettibili di valutazione economica si addita la funzione satisfattiva.

Queste funzioni potrebbero convivere con una funzione sanzionatoria in via ancillare o trainante, a seconda dei casi; ma è il legislatore, e non il giudice, a cui compete il potere di configurare l'innesto della funzione sanzionatoria e la giustificazione della risarcibilità dei danni con connotato punitivo.

Nella nostra responsabilità civile il dilemma risarcimento-punizione ha accompagnato l'evoluzione dell'istituto e le radici di questa complessa vicenda sono da rinvenire nel fatto che da sempre, da un punto di vista prettamente storico, il responsabile di un illecito poteva sfuggire alla vendetta pagando un risarcimento alla vittima o alla sua famiglia.

Pertanto il risarcimento svolgeva la funzione di riparare il danno ma soprattutto quella di punire il responsabile soddisfacendo così il desiderio di vendetta della famiglia dell'offeso.

Questa fase storica ha avuto termine con l'intervento dell'autorità pubblica che sia assunse il compito di punire gli autori degli atti dannosi, determinando così la separazione della responsabilità penale e civile.²⁹⁷

In realtà la separazione della sanzione dalla riparazione del danno e l'eliminazione dell'aspetto punitivo non sono rinvenibili in tutti gli ordinamenti contemporanei, in quanto il principio secondo cui il risarcimento del danno derivante da fatto illecito tende solo a ristabilire la situazione *quo ante* per quanto possibile, attribuendo al danneggiato una somma di denaro equivalente alla persona economica - e in alcuni

²⁹⁷ T. PADOVANI, *Lectio brevis sulla sanzione*, in *Le pene private*, cit., p. 55 ss., spec., p. 60.

casi alla lesione morale - sofferta, ha subito negli ultimi anni eccezioni non di poco conto.

Per esempio nel caso di danno sociale causato da comportamenti che devono essere puniti e prevenuti, quale il danno ambientale, induce a riflettere sulle tradizionali distinzioni soprattutto quelle secondo cui se il pregiudizio riguarda la società il suo autore può essere colpito con una pena, mentre se riguardi singoli soggetti il suo autore, laddove sussistano i presupposti, può essere tenuto soltanto a ripararlo. E si precisa che la responsabilità civile non presuppone un pregiudizio sociale ma un danno privato: la vittima non è a società ma un privato.

Ora, se si tratta di danno sociale al pregiudizio sofferto dai singoli si aggiunge quello sofferto dalla società. Quindi laddove manchi un'adeguata normativa penale, ad alcuni ordinamenti moderni, come quelli anglosassoni, è attribuita alla responsabilità civile una funzione tipica del diritto penale: la funzione punitiva.²⁹⁸

Il giurista continentale invece che è stato educato al principio secondo cui l'ammontare del risarcimento non può superare quello dei danni effettivamente causati, ha affermato tradizionalmente l'estremità ai danni punitivi. Infatti debole appare l'analogia con le nostre regole che attribuiscono al giudice il potere equitativo del risarcimento del danno ex art. 1226 c.c. perché in questa ipotesi il giudice deve cercare di avvicinarsi il più possibile all'ammontare del danno effettivamente cagionato sulla base degli elementi di cui dispone.

Ma l'idea di punire anche sotto il profilo del diritto civile, l'autore di determinati atti illeciti sembra recepita, almeno in parte, dalla presenza, nel nostro ordinamento giuridico, dell'art. 2059 c.c. che prevede la risarcibilità del danno morale per quegli atti che configurano un reato.

Ed è proprio la tendenza ad ampliare l'ambito di applicazione di questa norma che testimonia l'esigenza di ammettere la condanna al risarcimento in misura superiore

²⁹⁸ G. CALABRESI, *Le pene private e il carattere misto della responsabilità civile*, in *le pene private*, cit., p. 418.

alla perdita economia determinata dall'illecito. Questo almeno nelle ipotesi in cui si vuole offrire al danneggiato il massimo ristoro per l'illecito subito e contemporaneamente, visto il particolare carattere riprovevole della condotta, sembra giustificata l'imposizione di un maggiore sacrificio economico al responsabile.

Tuttavia sarebbe errato identificare, anche se parzialmente, il risarcimento del danno ex art. 1226 c.c. con i danni punitivi.

Infatti il danno morale corrisponde ad una lesione subita dal danneggiato e il cui risarcimento è ragguagliato all'entità della lesione.²⁹⁹ Tutto ciò non è invece presente nei danni punitivi che non sono legati all'entità della lesione del danneggiato ma alla condotta del danneggiante.

Inoltre potrebbe essere utile sottolineare le assonanze con “il nuovo che avanza” se è vero che la nostra “azione collettiva risarcitorie” si propone di ottenere “un’*efficacia deterrente verso condotte imprenditoriali non consone agli interessi esterni*” in un *contesto di ampio accesso alla giustizia a tutte le parti deboli del sistema socio-economico*”.³⁰⁰

Una ricerca in questa direzione è stata avviata da chi evidenzia che la percezione che si ricava dal sistema di origine della *class action* è che ricorre frequentemente ma non sempre, il riconoscimento del danno punitivo in questo tipo di azioni.

Se questa ipotesi fosse confermata, si potrebbe forse giungere alla conclusione che la reazione dall'ingiustificato arricchimento del danneggiante non sarebbe necessariamente riconducibile a un paradigma esclusivamente restitutorio che ha come destinatario diretto il singolo danneggiato, ma potrebbe configurarsi come misura flessibile

²⁹⁹ Sul punto di veda B. BOBBIO. op. cit., p. 535 “*quando il danno non è valutato in denaro (nel caso di danno morale) si può dar luogo a forme di riparazione che mirano non al risarcimento in senso stretto, cioè alla reintegrazione di una diminuzione patrimoniale, ma alla compensazione, cioè ad una misura che ha lo scopo di attenuare la sofferenza per l'offesa subita con un bene non equivalente ma in un certo senso sostitutivo di quello perduto*”.

³⁰⁰ N. DELLA BIANCA, *Illecito antitrust e la tutela collettiva dei consumatori*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 284.; G. VILLA, *Il danno risarcibile nell'azione collettiva*, in *Danno e rese*, 2009, p. 16.

anche se non unica, utilizzabile nella determinazione dei danni punitivi al cui pagamento condannare il danneggiante.

7.6 Considerazioni conclusive

Come rilevato nel corso del presente elaborato, pur accogliendo la tesi secondo cui il l'istituto giuridico dei danni punitivi non avrebbe copertura costituzionale, non si può, nondimeno, trascurare la sua sempre maggiore presenza all'interno del sistema di responsabilità civile italiano.

L'analisi delle figure di danni punitivi fin qui svolta pone una serie di questioni riguardanti la natura attribuibile alle medesime: se di risarcimento, pena privata in alcuni casi, oppure di sanzione civile indiretta, od ancora diversa da queste ultime. L'assoluta eterogeneità delle ipotesi considerate non permette di giungere ad una valutazione univoca, non potendo essere sussunte all'interno di una categoria unitaria.

Alcune delle figure analizzate possono trovare un loro spazio legittimo all'interno della responsabilità civile; altre sembrano porsi al di fuori di essa, integrando tale apparato rimediale "dall'esterno".

L'opportunità di fornire un ausilio ai rimedi aquiliani, in virtù delle peculiari esigenze di tutela registrate in certi settori, può giustificare la legittimità nel nostro ordinamento dei danni punitivi.

Il tutto nella consapevolezza, anche alla luce della giurisprudenza di legittimità, che le caratteristiche del nostro ordinamento giuridico sono attualmente tali da precludere integrali trapianti degli istituti di *punishment* propri dei sistemi giuridici di *common law*.

Ma per il momento di tratta solo di spunti prospettati anche perché come è stato sottolineato “*forse i tempi non sono ancora maturi perché si concluda il dibattito sui danni punitivi*”.³⁰¹

³⁰¹ F. BENATTI, *Correggere e punire dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, Milano, 2008, p. 352.

BIBLIOGRAFIA:

DOTTRINA

C.ABATANGELO, *Clausola penale*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2000.

M.ACIERNO - C.GRAZIOSI, *La riforma del 2009 nel primo grado di cognizione: qualche ritocco o un piccolo scisma?*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010.

A.ALBANESE, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Milano, 2005.

R.AMBROSIO - G.M.ARNONE, *Disastro ThyssenKrupp, chiesto il “danno punitivo*, in sicurezzaelavoro.org, 2012.

M.AMMENDOLA - L. G. UBERTAZZI, *Il diritto d'autore*, Torino, 1993.

H.AMPTON, *Correcting harms versus righting wrongs: the goal of retribution*, in *39 UCLA L. Rev.*, 1992.

G.ARIETA- F. DE SANTIS, *Il processo civile e la normativa comunitaria*, a cura di Scarafoni, Torino, 2012.

F.ASTONE, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1999.

G.BALENA, *Le novità per il processo civile (l.18 giugno 2009 n.69)*, in *Foro it.*, V, 2009.

T.BALLARINO, *Manuale breve di diritto internazionale privato*, Padova, 2001.

M.G.BARATELLA, *Le pene private*, Milano, 2006.

M.BARCELLONA, *Struttura della responsabilità e ingiustizia del danno*, in *Europa dir. priv.*, 2000.

L.BARRECA, *La responsabilità processuale aggravata: presupposti della nuova disciplina e criteri di determinazione della somma oggetto di condanna*, in *Giur. mer.*, 2011.

F.BASINI, *Risoluzione del contratto e sanzioni dell'inadempiente*, Milano, 2001.

A.BELVEDERE - R. GUASTINI - P. ZATTI - V. ZENO ZENCOVICH, *Glossario*, nel *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. IUDICA - P. ZATTI, Milano, 1994, p. 376.

R.BENDITT, *The rule of Precedent*, in *Precedent in Law*, Oxford, 1987.

M.BIANCA - S.PATTI, *Lessico di diritto civile*, Milano, 1995.

W.BIGIAVI, *Appunti sul diritto giudiziario*, Padova, 1989.

L.BIGLIAZZI GERI, *Quale futuro dell'art.18 legge 8 luglio 1986, n. 349?*, in *Riv. cric. dir. priv.*, 1987.

N.BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino, 1996, p.175.

R.BREDA, *Art. 96 terzo comma c.p.c.: prova di quadratura*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011.

F.BRICOLA, *La riscoperta delle "pene private" nell'ottica del penalista*, in *Le pene private*, 2012.

G.BROGINI, *Compatibilità di sentenza statunitense di condanna al risarcimento di "punitive damages" con il diritto europeo della responsabilità civile*, in *Europa e dir. priv.*, 1999.

A.BRIGUGLIO, *Le novità sul processo ordinario di cognizione nell'ultima, ennesima riforma in materia di giustizia civile*, in *Giust. civ.*, II, 2009.

G.BUFFONE, *Il "danno strutturato" diventa legge: il legame diretto tra lite temeraria e indennizzo da giusto processo ingiusto*, in dirittoegiustizia.it, 2012; id., *Il processo e il tempo, Tecniche "acceleratorie" e accomodamenti procedurali per una "auspicata" riduzione dei tempi di definizione del giudizio di primo grado*, in ilcaso.it, 2012; id., *Il ricorso c.d. "anomalo" al credito costituisce abuso del diritto di difesa, sanzionabile mediante condanna per responsabilità processuale aggravata*, in *Giur. di Merito*, 2010.

A.BURROWS, *Remedies for Torts and Breach of Contract*, Oxford, 2009, 421 ss.

F.D.BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito e danni punitivi*, in *Eur. dir. priv.*, 2009; id., *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1964.

F.D.BUSNELLI - G.SCALFI (a cura di), *Le pene private*, cit. 31.

G.CALABRESI, *The Complexity of Torts - the case of punitive Damages in MS Madden, Exploring tort law*, Cambridge, 2005; G. CALABRESI, *The costs of accidents*, Unites States, 1970.

G.CALABRESI - P.HOBBIT, *Tragic choises*, New York, 1978.

P.CALAMANDREI, Verità e verisimiglianza nel processo civile, in *Opere giuridiche*, 1972, V.; id., *Troppi avvocati!*, in *Opere giuridiche*, Napoli, 1966, II; id., *Il processo come gioco*, in *Studi sul processo civile*, Padova, VI, 1957.

G.CANZIO, *L'individuazione e la definizione del "precedente": il ruolo del Massimo*, in cortedicassazione.it, 2006.

M.CAPPELLETTI, *Accesso alla giustizia*, voce dell'*Enciclopedia delle scienze sociali*, in treccani.it, 1994.

B.CAPPONI, *Astreintes nel processo civile italiano?*, in *Giust. civ.*, II, 1999.

S.CARBONE - P. IVALDI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Padova, 2000.

F.CARNELUTTI, *La prova civile*, Roma, 1915.

A.CARRATTA, *L'abuso del processo e la sua sanzione: sulle incertezze applicative dell'art. 96, comma 3, c.pc.*, in *Fam. e dir.*, 2011.

C.CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, In *Riv. critica dir. priv.*, 2008; ID., *Il danno all'ambiente nel sistema di responsabilità civile*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2008, p. 511 ss.

B.CHAPMAN - M. TREBILCOCK, *Punitive Damages: Divergence in Search of a Rationale*, in *Ala. L. Rev.*, 1988, p. 81.

L.CIARONI, *Il paradigma della responsabilità civile tra tradizione e prospettive di riforma*, in *Europa e dir.priv.*, 2007, 1129,

F.CIPRIANI, *L'avvocato e la verità in Il processo civile nello stato democratico*, Napoli, 2006, p. 136;

M.G.CIVININI, *Il riconoscimento delle sentenza straniera*, Milano, 2001, 55 ss.

T.COLBY, *Beyond the multiple punishment problem*, 2003, cit., 613 ss.; ID., in *Clearing the Smoke from Philip Morris v. Williams: The Past, Present and Future of Punitive Damages*, 2004, pag. 397.

L.P.COMOGLIO, *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 319.

C.CONSOLO, *La legge di riforma 18 giugno 2009, n. 69: altri profili significativi a prima lettura*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 877 ss.

R.D.COOTER - D. L. RUBINFELD *Economic Analysis of Legal Disputes and Their Resolution*, in *Journal of Economic Literature*, Vol. 27, No. 3, 1989, pp. 1067-1097.

F.CORDOPATRI, *Processo civile- Responsabilità processuale aggravata*, in *Corr. giur.*, 2012, II, p. 241; ID., *L'abuso del processo*, Padova, 2000, I e II, p. 51 ss..

S.CORONGIU, *Pregiudizio subito e quantum risarcitorio nelle sentenze di punitive damages: l'impossibile riconoscimento in Italia*, in *Int'LLis*, 2004, p.89.

G.CRICENTI, *Persona e arricchimento*, Padova, 2005, p.186.

T.DALLA MASSARA, *Terzo comma dell'art. 96 c.p.c.: quando, quanto e perché?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, p. 61.

S.DANIELS - J. MARTIN, *Myth and Reality in Punitive Damages*, in 75 *MINN. L. REV.* 1, 28, 1990.

A.DE CUPIS, *La riparazione del danno all'ambiente; risarcimento o pena?*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, II, p.402.

N.DELLA BIANCA, *Illecito antitrust e la tutela collettiva dei consumatori*, in *Resp. civ.prev.*, 2009.

V.DI CATALDO, *Compensazione e deterrenza nel risarcimento del danno*, in *Giur. comm.*, 2008, I, p. 198 ss.

A.DONDI - A. GIUSSANI, *Appunti sul problema dell'abuso del processo civile nella prospettiva de iure condendo*, In *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 193 ss..

L.D'URSO, *Un'agenda di politica economica per la giustizia civile*, in noisefromamerika.org, 2013.

S.DOYLE – D.WRIGHT, Restitutionary damages – The unnecessary remedy?, in 25 *Melbourne U.L. J.*, 2001, p. 14 ss.

J.EDELMAN, *Gain-based damages: contract tort Equity and Intellectual Property*, Oxford, 2002.

D.D.ELLIS, *Fairness and Efficiency in the Law of Punitive Damages*, in *S. Cal. L. Rev.* 56, 2005, p.1.

M.FANCELLI, *Sulla riducibilità d'ufficio della penale manifestamente eccessiva*, in *CG*, 2000, 69.

A.FEDELE, *Il problema della responsabilità del terzo per pregiudizio del credito*, Milano, 1954.

G.W.FIELD, *A Treatise on the law of damages*, Washington, 2013, p. 74-75.

G.FLORIDA, *No all'impunità delle liti temerarie, (I buoni effetti della riforma dell'art. 96 del Codice di procedura civile)*, in *Iustitia*, 2011, p. 175.

C.FOCARELLI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Perugia, 2005.

D.FONDAROLI, *Illecito e riparazione del danno*, Bologna, 1999.

F.FOURTH, *Recognition and Enforcement of US Punitive Damages Awards in Continental Europe: The Italian Supreme Court's Veto*, in 31 *Hastings Int'l Comp. L. Rev.* 752-754, 2008.

F.FRADEANI, *La "lite temeraria attenuata" dell'art. 96, comma 3, c.p.c.: prime applicazioni*, in enciclopediatreccani.it, 2010; ID., *Note sulla "lite temeraria attenuata" ex art. 96, comma 3 c.p.c.*, in *Giur. it.*, 2011, p. 144 ss..

M.FRANZOSI, *Fatti illeciti - Supplemento (art. 2043, 2056-2059)*, in *Commentario Scialoja-Branca* a cura di F.Galgano Bologna-Roma, 2004, 666; id., *Il nuovo danno all'ambiente*, in *Resp. civ.*, 2009, p. 785; id., *Trattato della responsabilità civile. L'illecito*, 2004.

P.GALLO, *L'arricchimento senza causa*, Padova, 1990; id., *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996.

F.GALGANO, *Alla ricerca delle sanzioni civili indirette: premesse generali*, in *Contr. e impr.*, 1987, p.532.

A.GAMBARO- B.POZZO, *La responsabilità civile per danni all'ambiente nella recente legislazione italiana: alcune note di comparazione giuridica e analisi economica*, in *Consumatore, Ambiente, Concorrenza, Analisi Economica del Diritto*, a cura di Mattei-Pulitini, Milano, 1994, pp.45 ss.

F.GIAMPIETRO, *Responsabilità civile per danno all'ambiente: iniziative internazionali ed esperienza italiana*, in AA.VV. *La tutela dei beni ambientali, verso quale riforma?*, Padova, 1988, p.52.

G.GIOIA, *Riducibilità ex officio della penale eccessiva*, in *GI*, 2000, pp. 1155 ss.

F.GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Milano, 2004 p. 32.

M.GRADI, *Sincerità dei litiganti ed etica della narrazione nel processo civile*, in *Lo Sguardo*, VIII, 2012.

H.MC GREGOR, *Restitutionary damages*, in *Wrongs and Remedies in the Twenty-First Century* Oxford, 1996, p. 203-204 ss.

E.GUERINONI, *Pene private e danni punitivi*, in P.CENDON (a cura di), *I danni risarcibili nella responsabilità civile*, VIII, Aspetti processuali e applicativi, Torino, 2005, p. 93 ss..

A.KATZ, *The effect of frivolous lawsuits on the settlement of litigation*, in *Int. Rev. Law econ.*, 1990 p.1.

P.F.KIRGIS, *The Right to a Jury Decision Facts on Sentencing After Booker: What the Seventh Amendment can Teach the Sixth*, 39 Ga. L. Rev. 895, 2005, p. 936.

A.KULL, *Restitution's outlaws*, in *Symposium: Private law, punishment, and disgorgement*, 78 Chi.-Kent. L. Rev. 17, 2003, p. 23 ss.

P.JAFFEI, *The nature and scope of restitution*, Oxford -Portland, 2000, p. 390 ss.

R.JANUTIS, *Fairs Apportionment of multiple Punitive damages*, in 75 Miss LJ, 2006, p. 425.

M.LIPARI, *La nuova sanzione per "lite temeraria" nel decreto sviluppo e nel correttivo al codice del processo amministrativo: un istituto di dubbia utilità*, in giustizia-amministrativa.it

M.MARESCA, *Commento alla legge 31 maggio 1995, n. 218, sub art. 64, 65, 66*, in *Nuove leggi civ. comm.*, II, 1996, p. 1469 ss.

D.MARKEL, *Retributive Damages: a theory of Punitive Damages as intermediate sanction*, in *94 Cornell L. Rev.*, 2009, p. 239 ss.

U.MATTEI, *Il modello di common law*, Torino, 1997.

L.MAXFIELD, *Punitive Damages: Cooper Industries v. Leatherman Tool Group: Will a Constitutional Objection to the excessiveness of a Punitive Damages Award Save Defendants from Oklahoma's Punitive Damages Statute*, in *55 Okla L. Rev.* 449, 2002.

S.MAZZAMUTO, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni Unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, in *Contratto e Impresa*, 2009, pp. 588 ss.

A.MERONE, *Responsabilità aggravata e solidale del difensore: una nuova idea di difesa tecnica?*, in paolonesta.it

E.MORANO CINQUE, *Lite temeraria: la condanna ex art. 96, comma 3, c.p.c., tra funzione punitiva e funzione risarcitoria*, in *Resp. civ. e priv.*, 2010, p. 1837 ss.

D.MORGANE, *La responsabilità per danno all'ambiente*, in P. FAVA (a cura di), *la responsabilità civile: trattato teorico-pratico*, cit. p. 1841.

E.MOSCATI, *Il danno ambientale tra risarcimento e pena privata*, in *Quadrimestre*, 1991, p. 172; id., *Pena privata e autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, p. 511 ss..

F.MOSCONI, *Diritto internazionale privato e processuale - parte generale e contratti*, Roma, 1996, p. 159.

A.NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento*, Milano, 1998.

D.G.OWEN, *Punitive Damage in Products Liability Litigation*, cit., 1283, ID., *Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform*, in *39 Vill. L. Rev.* 363, South Carolina, 1994; id., *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford, 1995.

T.PADOVANI, *"Lectio brevis" sulla sanzione*, in F.D. BUSNELLI - G.SCALFI (a cura di), *Le pene private.*, Milano, 1985, p.56.

A.PALMIERI, *La riducibilità ex officio della penale e il mistero delle liquidated damages clauses*, in *FI*, 2000, I, 1930 ss..

P.PARDOLESI, *Abusivo sfruttamento d'immagine e danni punitivi*, in *Foro it.*, 2011, p. 540; id., *Violazione del diritto d'autore e risarcimento punitivo/sanzionatorio*, in *Foro it.*, 2011, I, p. 3069.

R.PARDOLESI, *La retroversione degli utili nel nuovo codice dei diritti di proprietà industriale*, in *Dir. ind.*, 2005, I, p. 44; id., *Profitto illecito e risarcimento del danno*, 2005; id., *Un'innovazione in cerca di identità: il nuovo art. 125 c.p.i.*, in *Corriere giur.*, XI, 2006.

S.PATTI, *Pena Privata*, in F.D.BUSNELLI - S.PATTI (a cura di), *Danno e responsabilità civile*, Torino, 2003, p.235.

S.PIPE, *Exemplary Damages after Camelford*, in *57 Mod. L. Rev.* 91, 1994, p. 100.

A.M.POLINSKY - S. SHAVELL, *A skeptical attitude about product liability is Justified: a reply to professors Goldberg and Zipursky*, Vol. 123, 1949-1968, VOL. 123, 2010, p. 79 ss..

G.PONZANELLI, *Danni punitivi?No, grazie*, in *Europa e dir. priv.*, 2007, p. 1129; id., *I "punitive damages" nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 435 ss; id., *La "costituzionalizzazione" dei danni punitivi : tempi duri per gli avvocati nordamericani*, in *Foro it.*, 2000, IV, cit., 356 ff.; id., *Pena privata*, in *Enc. Treccani*, XXII, Roma, 1990; id., *Il caso O.J.Simpson tra assoluzione in sede penale e condanna civilistica ai danni punitivi*, in *Foro it.*, 1997, IV, cit., 396; id., *The punitive damages, the case Texan and Italian law*, in *Riv. Dir. Civ.*, II, 405, Milano, 1987.

P.PORRECA, *La riforma dell'art. 96 c.p.c. e la disciplina delle spese processuali nella L. n. 69 del 2009*, in *Giur. merito*, 2010, p. 1836 ss..

D.POTETTI, *Novità della l. n. 69 del 2009 in tema di spese di causa e responsabilità aggravata*, in *Giur. merito*, 2010, pp. 948-949.

G.J.POSTEMA, *Philosophy and the Law of Torts*, Cambridge, 2001.

B.POZZO, *Il danno ambientale*, Milano, 1998; ID., *La responsabilità civile per danno all'ambiente tra vecchia e nuova disciplina*, in *Riv. giur. amb.*, 2007, p. 815; id., *Nuove tecniche di governo del diritto: incentivi, premi, sanzioni*, in XIX

Colloquio biennale Associazione Italiana di diritto comparato, Ferrara 10-12 maggio 2007.

L.PRATI, *Il danno ambientale e la responsabilità aquiliana nella giurisprudenza di legittimità*, in *Danno e resp.*, 1998, p.1116; id., *Le criticità del nuovo danno ambientale: il confuso approccio del "Codice dell'ambiente"*, in *Danno e resp.*, 2006, p. 1049.

A.PROTO PISANI, *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2009, V, p. 221 ss..

C.PUNZI, *Le riforme del processo civile e degli strumenti alternativi per la soluzione delle controversie*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1232 ss..

A.M.RAZZOLA, *Responsabilità processuale e danno da lite temeraria*, Milano, 2010.

C.REGHIZZI, *Sulla contrarietà all'ordine pubblico di una sentenza straniera di condanna a punitive damages*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, p. 988 ss.

R. RIPSTEIN, *Equality, Responsibility and the Law*, Cambridge, 1999, pag. 151.

M.ROMANO-F. COSENTINO, *Quando il troppo è troppo: verso un argine costituzionale ai danni punitivi*, in *Danno e resp.*, 1997, 298.

R.SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959.

U.SALANITRO, *Il danno all'ambiente nel sistema della responsabilità civile*, Catania, 2005; id., *Il danno ambientale*, Roma, 2009; id., *Tutela dell'ambiente e strumenti di diritto privato*, in M. MAUGERI -A. ZOPPINI (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2009; id., *La quantificazione del danno ambientale*, in *Danno e resp.*, 2010, All. I, p.57.

G.SALVI, *La tutela civile dell'ambiente alla luce del testo unico ambientale*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 656.

P.SANDULLI, *Le alterative al giudizio e l'economia di mercato, alla luce della sentenza n. 272/2012 della Corte Costituzionale*, in lanuovaproceduracivile.it, 2013.

V.SARAVALLE, *I punitive damages nelle sentenze delle Corti europee e dei tribunali arbitrali*, in *Riv. Dir. Int. Priv. e Process.*, 1993, pp. 867 e ss.

G.SCARSELLI, *Le modifiche in tema di spese*, in *Foro it.*, 2009, V, p. 261.

C.M.SHARKEY, *Economic analysis of punitive damages: theory, empirics and doctrine*, 2013; id., *Punitive damages as Societal Damages*, p. 347.

S.SCHWARTZ, *Deterrence and Punishment in the Common Law of Punitive Damages: a Comment*, 1982, cit.145; id., *The Myth of the Ford Pinto case*, in 43 *Rutgers L. Rev.*, 1991, p. 1013.

P.SIRENA, *Il risarcimento dei danni c.d. punitivi e la restituzione dell'arricchimento senza causa*, id., 2006, I, 531; id., *La restituzione del profitto ingiustificato (nel diritto industriale italiano)*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 1, p. 305 ss.

JD SQUIDS - J.M.PERILLO, *The law of contracts*, St. Paul, Minn., 1998, p. 542 s.

U.STEFINI, *Alcuni problemi applicativi in tema di clausola penale*, NGCC 2000,I, p. 511 ss.

J.O. SULLIVAN, *Reflections on the role of restitutionary damages to Protect Contractual expectations*, in *Unjustified enrichment: key issues in comparative prospective*, 2002, pp. 327- 330 ss.

M.TARUFFO, *Dimensioni del precedente giudiziario*, in *Studi in memoria di Gino Gorla*, 1994, p. 383 ss.; id., *Elementi per una definizione di abuso del processo*, in AA. VV., *L'abuso del diritto*, Padova, 1998, p. 435 ss.

P.TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967, p. 169; id., *Illecito (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970; id., *Per una riforma della responsabilità civile per danno all'ambiente*, Milano, 1994, p.47.

A.VANZETTI *La restituzione degli utili di cui all'art. 125, n. 3, c.p.i. nel diritto dei marchi*, in *Dir. ind.*, IV, 2006, 325.

A.VANZETTI- V. DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, Milano, 2012.

G.VILLA, *Il danno risarcibile nell'azione collettiva*, in *Danno e rese*, 2009, p. 16.

E.URSO, *I punitive damages fra regole, standards e principi: verso una inedita vocazione pubblica di un antico strumento privatistico?*, 2007; id., *I punitive damages fra regole, standards e principi: verso una inedita vocazione pubblica di un antico strumento privatistico?*, Milano, 2009, p. 244.

G.ZACCARIA, *La giurisprudenza come fonte di diritto*, Napoli, 2006.

V.ZENO- ZENCOVICH, *Il problema della pena privata nell'ordinamento italiano: un approccio comparatistico ai "punitive damages" di common law*, in *Giur. it.*, 1985, IV, p.12.

GIURISPRUDENZA

U. S. Supreme Court, sent. *Day v. Woodworth*, 13 agosto 1852.
Alabama's Supreme Court, sent. *Taylor v. Superior Court*, 21 agosto 1979.
Oregon's Supreme Court, sent. *Honda Motor&Co. v. Oberg*, 24 giugno 1994.
U. S. Supreme Court, sent. *Browning-Ferris v. Kelco* 26 giugno 1989.
U.S. Supreme Court, sent. *Ingraham v. Wright*, 19 aprile 1977.
California's app. , sent. *Grishaw v. Ford Motos Company*, 29 maggio 1981.
Oregon's App., sent. *Exxon v. American Home Products Corp.*, 7 novembre 2001.
South Carolina's Supreme Court, sent. *Genay v. Norris*, 1 SC3, 1 Bay 6, 1784.
U.S. Supreme Court, sent. *Coryell v. Collbough*, 11 novembre 1791.
U.S. Supreme Court, sent. *Pacific Mutual Life Insurance co. v. Haslip*, 4 marzo 1991.
U.S. Supreme Court, sent. *Farm Mutual Automobile Insuramce Co. v. inez Preece Campbell*, 7 aprile 2003.
U.S. Supreme Court, sent. *Philip Morris USA v. Williams*, 20 febbraio 2007.
United States Court of Appeals, sent. *States v. Carrol Towing*, 9 gennaio 1947.
Court of Exchequer Chamber, sent. *Robinson v. Harman*, 18 gennaio 1948.
House of Lords, sent. *Livingston v. Rawyards Coal Company*, 1 gennaio 1980.
House of Lords, sent. *Wright v. British Railways Board*, 1 gennaio 1983.
U.S. Supreme Court, sent. *Wilkes v. Wood*, 98 ER 489, 1763.
U.S. Supreme Court, sent. *Huckley v. Money*, 1763.
House of Lords, sent. *Rookes v. Barnard*, 21 gennaio 1968.
House of Lords, sent. *Broome v. Cassel & Co. Ltd.*, 29 novembre 1972.
Supreme Court of Canada, sent. *Bell v. Midland Railway Co.*, 4 aprile 1982.
U.S. Supreme Court, sent. *Drane v. Evangelou*, 11 novembre 1978.
U.S. Supreme Court, sent. *Reid and Reid v. Andreou*, 22 novembre 1971.
House of Lords, sent. *Watkins v. Secretary of State for the Home Department and Others*, 26 marzo 2006.
House of Lords, sent. *Holden v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary*, 7 giugno 2001.
Court of Appeal, sent. *AB v. South West Water Services Ltd.*, 1 gennaio 1993.
U.S. Supreme Court, sent. *Benson v. Frederick*, 8 aprile 1766.
House of Lords, sent. *Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary*, 7 giugno 2001.
House of Lords, sent. *Progression dispute Design Ltd. V. Thurloe Properties Ltd.*, 25 aprile 2005.
England Court of Appeal, sent. *Muuse v. Secretary of the State for the Home Department*, 27 aprile 2010.
England Court of Appeal, sent. *Tompson v. Commissioner of Police of the Metropolis*, 19 febbraio 2007.
House of Lords, sent. *Addis v. Gramophone Co. Ltd.*, 26 luglio 1909.
House of Lords, sent. *Attorney General v. Blake*, 27 luglio 2000.

Trib. Torino 7 marzo 2011, in *Corriere del merito*, 2011, 699.
 C.T.P. Udine, 9 marzo 2012, n. 26, in guidanormativa.ilsole24ore.com
 Trib. Prato 6 novembre 2009, in dedurre.giuffre.it
 Trib. Lamezia Terme 2 aprile 2012, in ilcaso.it
 Trib. Milano 13 giugno 2012, in dedurre.giuffre.it
 Trib. Lodi 1 aprile 2011, in ilcaso.it
 Trib. Rovigo, sez. dist. Adria, 7 dicembre 2010, in altalex.com
 Trib. Terni 17 maggio 2010, in osservatorio.it
 Trib. Pordenone 18 marzo 2011, in ilcaso.it
 Trib. Catanzaro 18 febbraio 2011, in dejure.giuffre.it
 Trib. Roma, sez. dist. Ostia, 9 dicembre 2010, in ilcaso.it
 Trib. Foggia 28 gennaio 2011, in *Giur. mer.*, 2011, p. 2698.
 Trib. Pistoia 10 gennaio 2011, in tosclavgiur.it
 Trib. Piacenza 22 novembre 2010, in dejure.giuffre.it
 App. Roma 7 marzo 2012, n. 1322,
 Trib. Modena 13 aprile 2012, n. 620,
 Trib. Roma, sez. disc. Ostia, 9 dicembre 2010, n. 28.
 Trib. Parma 28 agosto 2013, n. 1097, in dejure.giuffre.it; Trib. Parma 3 luglio 2013, n. 961, in dejure.giuffre.it; Trib. Ragusa 26 giugno 2013, n. 461, in dejure.giuffre.it
 Trib. Camerino 9 gennaio 2012, in dejure.giuffre.it
 Trib. Roma 9 dicembre 2010, in dejure.giuffre.it
 Trib. Busto Arsizio 12 giugno 2012, in dejure.giuffre.it
 Trib. Bari 6 settembre 2012, n. 2781, in dejure.giuffre.it
 Trib. Milano 14 giugno 2012, in dejure.giuffre.it
 Trib. Piacenza 15 novembre 2011, n. 855, in dejure.giuffre.it
 Trib. Varese 16 dicembre 2011, in ilcaso.it;
 Trib. Pordenone 18 marzo 2011, in ilcaso.it;
 Trib. Min. Milano 4 marzo 2011, in *Foro it.*, 2011, I, p. 2184;
 Trib. Varese 6 febbraio 2011 in *Guida al dir.*, 2010, XXV, p. 43.
 Trib. Varese 22 gennaio 2011, in *Guida al dir.*, 2011, XXVI, p. 51; Trib. Roma-Ostia 9 dicembre 2010, in dejure.giuffre.it;
 Trib. Rovigo-Adria 7 dicembre 2010, in *Il civilista*, 2011, p. 10.
 Trib. Piacenza 22 novembre 2010, in *Giur. mer.*, 2011, p. 2700.
 Trib. Palermo 13 marzo 2008, in *Giur. comm.*, 2010, II, p.121.
 Trib. Piacenza 15 novembre 2011, in ilcaso.it.
 Trib. Varese, sez. dist. Luino, 23 gennaio 2010, in dejure.giuffre.it; Trib. Milano 20 agosto 2009, in foro.it., 2010, I, p. 2229.

CGA, Sicilia: Sez. Giurisd., 22 gennaio 2013 n. 26.

Cass. civ., sez. I, sent. n. 1266 del 21 aprile 1972.

Cass. civ., sez. I, sent. n.3709 del 30 maggio 1983.

Cass. civ., sez. III, sent. n. 3881 dell'8 ottobre 1969.
 Cass. civ., sez. I, sent. n. 4788 del 23 giugno 2001.
 Cass. civ., sez. III, sent. n.10024 11 dicembre 1997.
 Cass. civ., sez. VI, sent. n.12767 del 17 novembre 1998.
 Cass. civ., sez. I, sent. n.1633 dell'8 novembre 2000.
 Cass. civ., sez. I, sent. n.8711 del 29 gennaio 1977.
 Cass. civ., sez. I, sent. n.5388 del 2 giugno 1988.
 Cass. civ., sez. III, sent. n.3390 del 18 giugno 2003.
 Cass. civ., sez. I, sent. n. 6251 del 24 ottobre 1983.
 Cass. civ., sez. I, sent. n. 7077 del 5 luglio 1990.
 Cass. civ., sez. III, sent. n. 17485 23 agosto 2008.
 Cass. civ., sez. III, sent. n. 1183 del 19 gennaio 2007, in *Foro it.*, 2007, I, p. 1461.
 Cass. civ., sez. I, sent. n.1781 dell'8 febbraio 2012.
 Cass. civ., sez. III, sent. n. 24645 del 27 novembre 2007, in dejure.giuffre.it
 Cass. civ., sez. VI, sent. n. 21570 del 30 novembre 2012.
 Cass. civ., sez. I, sent. n. 19583 del 27 agosto 2013, in dejure.giuffre.it
 Cass. civ., sez. V, sent. n. 18344 del 6 ottobre 2010 , in *Foro.it*, Rep., 2010, *sub Spese giudiziali civili*, n. 68.
 Cass. civ., sez. un., sent. n. 5069 del 3 marzo 2010, in *Foro.it*, Rep. 2010, *Spese giudiziali civili*, n. 79.
 Cass. civ., sez. un., 6 febbraio 1984, n. 874, in *Resp. civ. prev.*, 1984, p. 667 e in *Foro it.*, 1984, I, 1892.
 Cass. civ., sez. I., sent. 19456 del 15 luglio 2008.
 Cass. civ., sez. III, sent. n. 17902 del 23 dicembre 2010, in *Foro it.*, 2011, I, p. 3134.
 Cass. civ., sez. I, sent. n. 16308 del 20 aprile 2007.
 Cass. civ., sez. I, sent. n. 13455 del 20 luglio 2004.
 Cass. civ., sez. III, sent. n. 5734 del 4 febbraio 2004.
 Cass. civ., sez. III, sent. n. 15551 del 12 dicembre 2003.
 Cass. civ., sez. un., sent. 8239 del 21 gennaio 2008.
 Cass. civ., sez. VI, sent. n. 16308 del 16 luglio 2007.

