

## VERSO LA DECISIONE DELLE SEZIONI UNITE SULLA QUESTIONE DEI DANNI PUNITIVI: OSTACOLI APPARENTI E REALI CRITICITÀ.

Di Carlotta De Menech

| 3

**SOMMARIO:** 1. La specifica questione del riconoscimento dei danni punitivi nel discorso sull'uso corretto dei principi. - 2. Il principio di integrale riparazione quale ostacolo (solo) apparente all'ingresso dei danni punitivi. - 3. Le reali criticità del giudizio di riconoscimento dei danni punitivi. Il principio di proporzionalità - 4. (Segue) Il principio di legalità.

**ABSTRACT.** Lo scritto analizza la problematica della riconoscibilità di decisioni straniere recanti condanna ai punitive damages. Lo spunto nasce dalla recente ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite che, rispetto agli orientamenti precedenti, esprime un atteggiamento di maggiore apertura. The paper analyzes the issue of the recognition of foreign decisions condemning punitive damages. The inspiration stems from the recent Supreme Court decree that, in comparison to the previous guidelines, expresses an attitude of openness.



## 1. La specifica questione del riconoscimento dei danni punitivi nel discorso sull'uso corretto dei princìpi.

Un incontro di studi dedicato al tema dell'uso corretto dei princìpi è luogo senz'altro adatto, per esprimere qualche considerazione a margine dell'ordinanza interlocutoria, con cui, durante la primavera dello scorso anno, è stato sollecitato un intervento delle sezioni unite della Corte di cassazione in ordine alla questione della riconoscibilità di decisioni straniere recanti condanna ai *punitive damages*<sup>1</sup>. Peraltro, al fine inquadrare convenientemente questa specifica questione all'interno di un tema di così ampio respiro, è bene compiere, subito, due puntualizzazioni preliminari.

La prima riguarda la natura dei princìpi a cui alluderò, discorrendo di delibabilità dei danni punitivi. Non vi è dubbio che la risposta alle domande di *exequatur* aventi ad oggetto sentenze di condanna ai *punitive damages* postuli un raffronto tra questo modello giuridico e la clausola generale dell'ordine pubblico: confronto prescritto dall'art. 64 lett. g) della l. 31 maggio 1995, n. 218, e preordinato a misurare la compatibilità tra il primo e la seconda. A ciò, si aggiunga, poi, che gli internazionalisti ritengono, concordemente, che tale clausola esprima un rinvio ellittico al modo d'essere dell'ordinamento giuridico italiano al tempo del giudizio di riconoscimento<sup>2</sup>. Per queste ragioni, i soli princìpi a cui, d'ora in avanti, farò riferimento sono quelli di diritto positivo: princìpi, cioè – come spiega Guastini – «direttamente espressi, o

comunque persuasivamente desumibili da disposizioni positivamente formulate nelle fonti del diritto vigente». Per contro, non compirò alcun richiamo ai princìpi di giustizia, ossia a quei valori che, talvolta, si ritiene di poter ricavare dal diritto naturale in vista dell'eterointegrazione del sistema giuridico vigente<sup>3</sup>.

La seconda precisazione attiene, invece, al modo in cui – a mio avviso – il problema del riconoscimento delle condanne ai *punitive damages* s'inserisce nel contesto della più ampia riflessione sull'uso corretto dei princìpi. Ecco, io ritengo che la questione dei danni punitivi dimostri che i princìpi, ancor prima di essere correttamente usati, debbono essere correttamente individuati; e rivela, altresì, che questa seconda operazione non è meno delicata e rilevante della prima. È al chiarimento di questa considerazione, soltanto in apparenza banale, che rivolgerò il prosieguo del discorso.

Avanzando, dunque, in questa direzione, procedo anzitutto da una sintetica descrizione della nota vicenda giurisprudenziale dei danni punitivi e delle intense reazioni da essa innescate.

Ora, fino all'ordinanza di rimessione della scorsa primavera, erano solamente due i casi in cui la nostra Corte di cassazione aveva avuto modo di esprimersi sul problema della compatibilità tra *punitive damages* ed ordine pubblico<sup>4</sup>. E, in entrambe le occasioni, essa aveva assunto una posizione risolutamente negativa. Muovendo – in linea con la *communis opinio* – dall'identificazione dei danni punitivi con una mescola di risarcimento e punizione, i giudici di legittimità avevano infatti affermato che una simile commistione si pone in irriducibile contrasto con la disciplina positiva che informa il sistema di responsabilità civile, il quale è esclusivamente orientato alla restaurazione della sfera del danneggiato e, per converso, risulta totalmente indifferente all'afflizione del responsabile dell'illecito. Le sentenze del 2007 e del

<sup>1</sup> Si tratta di Cass. civ., sez. I, ord. 16 maggio 2016, n. 9978, in questa *Rivista*, con osservazioni di C. SCOGNAMIGLIO, *Principio di effettività, tutela civile dei diritti e danni punitivi*, *ibidem*, 1120; e di QUARTA, *Illecito civile, danni punitivi e ordine pubblico*, *ibidem*, 1159; in *Giur. it.*, 2016, 1854, con nota di DI MAJO, *Riparazione e punizione nella responsabilità civile*; in *Corr. Giur.*, 2016, 909, con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *I danni punitivi e le funzioni della responsabilità civile*; in *Danno e resp.*, 2016, 827, con nota di MONATERI, *La delibabilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi finalmente al vaglio delle Sezioni unite. Il commento*, e di PONZANELLI, *Possibile intervento delle Sezioni Unite sui danni punitivi*; in *Int'l Lins.*, 2016, 2, 90, con nota di E. D'ALESSANDRO, *Riconoscimento di punitive damages: in attesa delle sezioni unite*.

<sup>2</sup> Per un'analisi *funditus* della nozione di ordine pubblico nel diritto internazionale privato, si può fare rinvio a RICOLO, *Ordine pubblico*, in *Trattato notarile di diritto comunitario e internazionale. Diritto internazionale privato*, a cura di PREITE e GAZZANTI PUGLIESE DI CROTONE, Torino, 2010, 614 ss.; LOTTI, *L'ordine pubblico internazionale*, Milano 2005, *passim*; BOSCHIERO, *Artt. 16-17 (Ordine pubblico e norme di applicazione necessaria)*, in *Le nuove Leggi civili Commentate, Legge 31 maggio 1995, n. 218, Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, Commentario a cura di BARIATTI, Padova, 1996, 1046 ss.

<sup>3</sup> La distinzione tra princìpi di diritto positivo e princìpi di giustizia è così tracciata da GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, I, t. 1, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, Milano, 1998, 286 s.

<sup>4</sup> Il primo caso si è concluso con Cass. civ., sez. III, 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Foro it.*, 2007, I, 1460, con nota di PONZANELLI, *Danni punitivi? No grazie*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 981, con nota di OLIARI, *I danni punitivi bussano alla porta: la Cassazione non apre*; e in *Corr. giur.*, 2007, 1126, con nota di FAVA, *Punitive damages e ordine pubblico: la Cassazione blocca lo sbarco*. Il secondo caso si è concluso con Cass. civ., sez. I, 8 febbraio 2012, n. 1781, in *Danno e resp.*, 2012, 609, con nota di PONZANELLI, *La Cassazione bloccata dalla paura di un risarcimento non riparatorio*; e in *Corr. giur.*, 2012, 1068, con nota di P. PARDOLESI, *La Cassazione, i danni punitivi e la natura polifunzionale della responsabilità civile: il triangolo no!*





2012 avevano, cioè, individuato nell'integrale riparazione del danno il principio di ordine pubblico in grado di frapporsi all'ingresso dei *punitive damages* nel sistema giuridico italiano.

Diversamente, la recente ordinanza di rimessione alle sezioni unite esprime un atteggiamento di apertura nei confronti del modello giuridico straniero in parola. Vero è – argomenta la prima sezione – che i danni punitivi si risolvono in statuizioni risarcitorie con funzione sanzionatoria e che, in tal guisa, essi si collocano su un piano di diversità rispetto all'essenza precipuamente riparatoria della responsabilità civile. Tuttavia – lascia intendere la motivazione del provvedimento – il principio di integrale riparazione del danno non assurge «al rango di valore costituzionale essenziale e imprescindibile del nostro ordinamento» e, perciò, non appartiene alla gamma dei principi che danno corpo alla clausola di ordine pubblico. Tant'è vero – chiosa il relatore della pronuncia – che il principio compensativo non impedisce ai giudici nazionali di compiere «liquidazioni equitative che non rispecchiano la lesione patita dal danneggiato», e che invece riflettono «la gravità dell'offesa». Pertanto – conclude il giudice remittente – è ragionevole dubitare che detto principio possa continuare a precludere il riconoscimento di sentenze straniere comminatorie di *punitive damages*.

Più che sulla diversità delle soluzioni proposte, vorrei richiamare qui l'attenzione sull'elemento di continuità che unisce queste tre decisioni. Tale elemento consiste nell'impostazione sempre identica della questione della compatibilità tra danni punitivi ed ordine pubblico. In ciascun caso, il problema viene infatti ricondotto alla tematica della responsabilità civile per danni; e, così, viene risolto, dapprima, in senso negativo e, da ultimo, indirizzato verso una risposta affermativa a seconda del rilievo assegnato al principio di integrale riparazione. Se si ammettesse l'ingresso dei *punitive damages* nell'ordinamento italiano – così si può tentare di descrivere figurativamente il pensiero dei giudici di legittimità – essi andrebbero ad incastonarsi nel sistema della responsabilità civile; e, qui, secondo le sentenze del 2007 e del 2012, essi rappresenterebbero un corpo radicalmente estraneo, mentre, secondo l'ordinanza di quest'anno, s'inserirebbero coerentemente nel moto evolutivo dell'istituto verso la deterrenza e la punizione dell'illecito civile.

Complice (anche) l'impostazione prescelta dai giudici di legittimità, la questione dei danni punitivi finisce sempre per intersecare la riflessione dottrinale sulle funzioni del risarcimento del danno. In particolare, le decisioni sul riconoscimento di

sentenze straniere comminatorie di *punitive damages* offrono solitamente lo spunto per segnalare l'opportunità di un superamento dell'identità (solo) riparatoria del rimedio risarcitorio. Suggerimento che se, da parte di alcuni autori, viene cautamente indirizzato al legislatore<sup>5</sup>, da parte di altri, viene invece audacemente rivolto alla giurisprudenza<sup>6</sup>. Segnatamente, nei discorsi di questi ultimi, l'argomento comparatistico dei danni punitivi viene impiegato per rinsaldare una tesi, che non trova nel diritto interno un sostegno normativo davvero autosufficiente: la tesi, cioè, secondo cui la punizione dell'illecito civile potrebbe legittimamente passare attraverso la clausola generale contenuta nell'art. 2043 c.c. e penetrare, così, tra le maglie della prestazione risarcitoria.

<sup>5</sup> In questo senso v. l'opinione espressa, all'indomani dell'ordinanza 9978/2016, da PONZANELLI, *Possibile intervento delle Sezioni Unite sui danni punitivi* cit., 838, secondo cui «nell'ordinamento italiano [...] una misura non riparatoria [non può] essere fissata dal giudice secondo il suo esclusivo e incondizionato apprezzamento equitativo [bensì] necessita di una intermediazione legislativa». Almeno in apparenza cauta è anche la posizione di C. Scognamiglio – posizione assunta in più contributi successivi all'ordinanza di rimessione e, da ultimo, in C. SCOGNAMIGLIO, *Quale futuro per i danni punitivi? Aspettando la decisione delle Sezioni Unite*, in *Giustiziacivile.com*, 2017, 3, 10 – secondo il quale è l'effettività «il valore o principio costituzionale che viene [...] in considerazione come possibile fondamento sistematico di scelte interpretative che (all'interno del limite tracciato dalla riserva di legge desumibile – in questa materia – prima ancora dall'art. 23 Cost. [...] che non dall'art. 25 Cost. ) possono enfatizzare la funzione sanzionatoria della responsabilità civile [...]».

<sup>6</sup> In questo senso v. le opinioni espresse, all'indomani dell'ordinanza 9978/2016, da MONATERI, *La delibabilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi finalmente al vaglio delle Sezioni unite. Il commento* cit., 835, secondo cui anche «il giudice italiano è dotato degli strumenti legislativi per valutare la presenza del dolo, e si badi della sua intensità, come circostanza del caso che incide per espressa previsione normativa [contenuta nell'art. 2056 c.c.] sull'ammontare della liquidazione»; da DI MAJO, *Riparazione e punizione nella responsabilità civile* cit., 1860, secondo cui si potrebbe piegare l'istituto della responsabilità civile in funzione punitiva, passando attraverso «una interpretazione “costituzionalmente orientata” [degli artt. 2043 ss. c.c.], specie alla stregua del principio di “effettività” della tutela dei diritti e valori menzionati all'art. 2 Cost.»; GRONDONA, *L'auspicabile “via libera” ai danni punitivi, il dubbio limite dell'ordine pubblico e la politica del diritto di matrice giurisprudenziale (a proposito del dialogo tra ordinamenti e giurisdizioni)*, in *Dir. civ. cont.*, 31 luglio 2016, secondo cui la mancanza di una previsione legislativa espressa è argomento che non impedisce di imprimere una curvatura sanzionatoria alla responsabilità civile, specie «nell'area del danno non patrimoniale, laddove il *quantum* risarcibile certo non può essere letto quale monetizzazione del pregiudizio, aprendosi così i margini per il ricorso a un rimedio costruito caso per caso [...] sulla base dell'effettività della tutela. Rimedio che in tanto è effettivo in quanto assicura una risposta ordinamentale consonante [...] con il sentimento del diritto storicamente considerato».

Parte della dottrina ha già assolto ampiamente il compito di evidenziare le ragioni di inopportunità legate ad un simile «straripamento»<sup>7</sup> giurisprudenziale dell'istituto della responsabilità civile<sup>8</sup>. Per parte mia, mi limiterò qui a condividere quelle posizioni. Vorrei, però, avanzare l'ulteriore dubbio che lo strumento del risarcimento punitivo risulti obiettivamente adeguato allo scopo in vista del quale viene congegnato. Infatti, a me pare che una sanzione minacciata da parte del legislatore in maniera non nitida ed irrogata dal giudice sotto le apparenti vesti di risarcimento del danno non sia particolarmente adatta a svolgere quella funzione di prevenzione (generale e speciale) dell'illecito civile che le si vorrebbe attribuire. Quest'impressione si fonda su un dato di intuitiva evidenza: l'efficacia di un messaggio, qualunque contenuto esso abbia, è inversamente proporzionale alla sua resistenza a lasciarsi comprendere dai destinatari a cui viene rivolto<sup>9</sup>.

## 2. Il principio di integrale riparazione quale ostacolo (solo) apparente all'ingresso dei danni punitivi.

Ma non è sull'inopportunità o sull'inefficienza del risarcimento punitivo che desidero appuntare il mio discorso. E neppure intendo focalizzarmi sulla debolezza dogmatica di questa concettualizzazione. Al contrario, di risarcimenti punitivi ritengo di non dover parlare affatto. E credo anche che la stessa cosa dovrebbe fare la giurisprudenza, quando si

<sup>7</sup> Come noto, l'immagine dello «straripamento», per descrivere lo stato attuale del diritto vivente della responsabilità civile, è usata da C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, rist. em., Milano, 2015.

<sup>8</sup> Tra le molte argomentazioni avanzate contro la figura ibrida del risarcimento punitivo, mi sembra assai efficace quella svolta da NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996, 352 s.: ragionando sul tema del risarcimento del danno non patrimoniale, l'A. afferma che «la funzione punitiva [...] non deve servire a colmare le carenze della funzione satisfattiva, in quanto queste si risolvono non sul piano della funzione, ma su quella del contenuto del danno non patrimoniale»; e spiega che devono necessariamente escludersi «teorie miste di tipo satisfattivo-punitivo, ove risultino finalizzate ad operare una sorta di compensazione fra le presunte lacune di entrambe», in quanto, così facendo, si «finirebbe per lasciare scoperte delle offese meritevoli di protezione, nei casi in cui si sovrapponevano le lacune di ambedue le funzioni».

<sup>9</sup> Sicché, in definitiva, il risarcimento punitivo rischia di fallire proprio sul piano che – secondo un'opinione sempre più ricorrente in dottrina (v. infatti gli autori citati, *supra*, nt. 5 e 6) – ne giustificerebbe l'esistenza: alludo, evidentemente, al principio di effettività, intendendo, per tale, l'esigenza che ciascun interesse giuridicamente rilevante venga tutelato attraverso l'applicazione del rimedio più efficiente.

trova a misurare la compatibilità tra *punitive damages* ed ordine pubblico.

Diffatti, i *punitive damages*, a dispetto di quel che il loro nome illusoriamente evoca, non sono un amalgama di pena e danni, un misto di punizione e risarcimento.

Parlando delle difficoltà connaturate alla traduzione di termini giuridici stranieri, Rodolfo Sacco avvertiva che «la norma [...] preesiste alla formula linguistica con cui noi la descriviamo» e che, perciò, «il discorso giuridico [...] si riferisce ad un dato che lo precede». E, sulla scorta di questa premessa, egli esortava il giurista traduttore ad andare al di là del significato apparente dell'espressione da tradurre, a sforzarsi, cioè, di cercare la norma<sup>10</sup>.

Ebbene, se mettendo in pratica quest'insegnamento, si tenta di afferrare la norma, ovvero la regola di diritto che sta dietro al sintagma *punitive damages*, ci si accorge che essi non sono, come i “nostri” risarcimenti punitivi, pene pecuniarie liquidate a titolo (falso) di risarcimento del danno e che, con questo, tendono a confondersi; bensì, consistono in condanne pecuniarie pronunciate a titolo (palese) di punizione di taluni illeciti civili e con l'obiettivo della deterrenza (generale e speciale) di questi ultimi. Condanne pecuniarie che, in ragione della loro vocazione finalistica, vengono emesse *in aggiunta* alla condanna al risarcimento del danno (*compensatory damages*) oppure – sebbene più di rado – accanto alla pronuncia di mero accertamento dell'illecito (*nominal damages*); ma, in ogni caso, *separatamente* da queste ultime, di modo che il momento afflittivo sia ben visibile agli occhi di tutti e, pertanto, risulti – secondo la dizione tuttora impiegata in Inghilterra per designare l'istituto – *exemplary*. Condanne pecuniarie che, in coerenza con la loro vocazione finalistica, non soggiacciono alla medesima disciplina dei *compensatory damages*, bensì hanno un regime giuridico loro proprio<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> In questo senso SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, in *Trattato di diritto comparato*, diretto da Sacco, Torino, 1991, 32.

<sup>11</sup> Traendo spunto dall'ordinamento statunitense, si possono menzionare – a titolo meramente esemplificativo – le seguenti differenze tra la disciplina dei danni compensativi ed il regime dei danni punitivi. Così, si può segnalare il diverso *standard of proof*, rispettivamente, richiesto in relazione ai presupposti della liquidazione di *compensatory damages* (*preponderance of the evidence*) ed in relazione alla condotta illecita che legittima la concessione di *punitive damages* (*clear and convincing evidence*). E, ancora, si può rilevare che in caso di concorso di più responsabili, mentre il soggetto costretto a pagare l'intero ammontare dei danni compensativi può agire in regresso (*contribution claim*) contro ciascuno degli altri, il responsabile condannato al pagamento dei danni punitivi si vede solitamente





Si badi che non vi è contraddizione alcuna tra la natura non risarcitoria dei *punitive damages* e la circostanza che essi finiscano nelle tasche del soggetto, privato, titolare dell'interesse leso dal comportamento sanzionato. A ben guardare, anzi, la devoluzione al *plaintiff* della prestazione pecuniaria s'inscrive perfettamente nella logica punitiva che informa l'istituto. Difatti, il profilarsi del guadagno derivante dalla liquidazione dei danni punitivi rappresenta un incentivo, rivolto alla vittima dell'illecito, affinché questa assuma il ruolo di *private prosecutor* nell'interesse della comunità, facendosi carico di un'iniziativa giudiziale destinata ad avere ricadute benefiche collettive, in termini di repressione e di deterrenza di condotte ritenute particolarmente riprovevoli.

E neppure vale a trasformare i *punitive damages* in risarcimenti punitivi il mero fatto che il loro pagamento a favore del soggetto passivo dell'illecito possa, talora, sortire qualche riflesso riparatorio: ad esempio, andando a compensare pregiudizi (solitamente, immateriali) non adeguatamente considerati nella quantificazione dei *compensatory damages*; oppure, finendo per rimborsare all'attore i costi processuali sostenuti ed altrimenti non recuperabili a causa dell'*american rule*. Secondo l'opinione prevalente nella letteratura e nella giurisprudenza angloamericana, queste sfumature compensative non valgono infatti ad imprimere all'istituto la natura risarcitoria che esso, giuridicamente, non ha. Dal momento che la sussistenza e la dimensione di siffatti pregiudizi non condiziona la concessione dei danni punitivi – si argomenta – la loro reintegrazione non entra a far parte del fondamento giustificativo di questi ultimi, ma attiene al profilo effettuale di una prestazione pecuniaria che conserva, in ogni caso, natura giuridica punitiva<sup>12</sup>.

Ancora, a sostegno dell'improprietà dell'assimilazione tra *punitive damages* e risarcimento punitivo, mi sembra interessante segnalare che anche gli ordinamenti, che ammettono l'imposizione dei primi, conoscono il

(patologico) fenomeno della dilatazione dei *compensatory damages*, realizzata attraverso il furtivo innesto di componenti punitive nel loro complessivo ammontare. Così, ad esempio, al fine di evitare ai propri clienti il prelievo fiscale cui è soggetta la percezione di somme a titolo di *punitive damages*, gli avvocati statunitensi convincono, talora, le giurie ad inserire la prestazione sanzionatoria all'interno della somma liquidata a titolo di compensazione del danno; somma che, così, finisce per assumere le effettive sembianze di un risarcimento punitivo<sup>13</sup>.

Tornando a questo punto, dopo aver trovato la norma, all'espressione straniera da tradurre, si può affermare che, all'interno del sintagma '*punitive damages*', il sostantivo '*damages*' non assume il significato apparente di '*compensation*', bensì quello più lato di '*monetary award for wrong*'; e, perciò, si può concludere che meglio sarebbe impiegare la traduzione libera 'prestazioni pecuniarie punitive', in luogo della consueta trasposizione *verbum pro verbo* 'danni punitivi'. O, in alternativa, si potrebbe anche rendere il sintagma '*punitive damages*' mediante la locuzione – certamente ambigua, ma quantomeno non errata – 'danni non risarcitori aventi carattere esemplare o punitivo', espressione che il legislatore comunitario ha scelto di adottare nel considerando n. 32 del Regolamento «sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali».

Quanto detto finora dimostra, anzitutto, l'erroneità della premessa, da cui muove la giurisprudenza di legittimità, consistente nell'equiparazione tra *punitive damages* e statuizioni risarcitorie modulate in funzione sanzionatoria; evidenza, in secondo luogo, l'improprietà della spontanea riconduzione, che da tale premessa deriva, dei danni punitivi all'interno della tematica della responsabilità civile; e rivela, in definitiva, che non è corretto individuare nel principio di integrale riparazione del danno il potenziale ostacolo al riconoscimento di sentenze comminatorie di *punitive damages*.

Una volta dimostrato che, ove facessero ingresso nell'ordinamento italiano, i danni punitivi non

rigettare una simile pretesa. E, da ultimo, si può osservare che mentre i *compensatory damages* non sono soggetti a prelievo fiscale, i *punitive damages* sono generalmente tassati (per ulteriori approfondimenti sulla *Law of Punitive Damages* nordamericana, v. KIRCHER-WISEMAN, *Punitive Damages: Law and Practice*, 2<sup>nd</sup> ed., Eagan, 2012).

<sup>12</sup> In questo senso v. ELLIS JR., *Fairness and Efficiency in the Law of Punitive Damages*, in *Southern Cal. L. Rev.*, 1982 10 s.; CANE, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, 8<sup>th</sup> ed., Cambridge, 2013, 405; POLINSKY e SHAVELL, *Punitive Damages: an Economic Analysis*, in *Harvard L. Rev.*, 1998, 939 s.; COMMENT, *Critical Reappraisal of Punitive Damages Encompassing Attorney's Fees: Normative Analysis and Pragmatic Concerns*, in *Baylor L. Rev.*, 1990, 737.

<sup>13</sup> V. DAS e STROUD, *How To Plan a Personal Injury Suit So as To Obtain Optimum After Tax-Results*, in *Taxation for Lawyers*, 1979, 12 ss. Di questo fenomeno e delle preoccupate reazioni che esso desta negli Usa v. QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, Napoli, 2013, 298 s. Più, in generale, come racconta DI BONA DE SARZANA, *Il legal transplant dei danni punitivi nel diritto italiano*, in *Liber amicorum* per Francesco D. Busnelli, 573 la tendenza delle giurie a gonfiare la prestazione risarcitoria anziché imporre i *punitive damages* si spiega con la volontà di eludere «i limiti e le garanzie elaborate dalla giurisprudenza federale o dai legislatori statali per la concessione di questi ultimi».

troverebbero una collocazione appropriata nel sistema della responsabilità civile, occorre verificare se esista una diversa area del diritto privato interno che risulti maggiormente adatta di quello a riceverli.

A questo fine, è utile far luce su una moltitudine di disposizioni, variamente collocate nella legislazione civilistica, che autorizzano l'imposizione di una prestazione pecuniaria in capo a chi trasgredisca un divieto o non ottemperi ad un comando, statuendo che questa prestazione venga eseguita a favore di un privato, a prescindere dall'esistenza e dalla consistenza di un pregiudizio a questi eventualmente arrecato dalla compiuta violazione. Circostanza, quest'ultima, che, evidenziando l'assenza del danno in seno alla fattispecie, rivela, altresì, che la prestazione pecuniaria – che, di tale fattispecie, costituisce l'effetto giuridico – non riveste natura di risarcimento, bensì di sanzione in senso stretto.

Senza alcuna pretesa di completezza, mi limito a citare qualche esempio. Così, richiamo, anzitutto, l'art. 12 della l. 8 febbraio 1948, n. 47, che riconnette al fatto della diffamazione a mezzo stampa il diritto della persona offesa a domandare, a titolo di riparazione, una somma commisurata alla gravità dell'offesa ed alla diffusione dello stampato e che del tutto prescinde, invece, dall'accertamento di un pregiudizio patrimoniale o non patrimoniale subito. Menziono, poi, il terzo comma dell'art. 3 della l. 18 giugno 1998, n. 192 (Disciplina della subfornitura nelle attività produttive) che ricollega al ritardo nel pagamento dovuto dal committente al subfornitore che ecceda trenta giorni «una penale pari al cinque per cento dell'importo» non corrisposto, che va ad aggiungersi agli interessi moratori ed al risarcimento del danno ulteriore. Ricordo, ancora, la norma scaturente dalla lettura sistematica degli artt. 2 e 3 della l. 15 dicembre 1990, n. 386 (Nuova disciplina sanzionatoria degli assegni bancari), che fa gravare su colui che abbia emesso «un assegno bancario o postale che, presentato in tempo utile, non viene pagato in tutto o in parte per difetto di provvista» l'obbligo di «corrispondere al prenditore o al giratario che agisce nei suoi confronti per il pagamento del titolo una penale pari al dieci per cento della somma dovuta e non pagata». Cito, ulteriormente, la condanna al pagamento di una «somma equitativamente determinata» che, ai sensi dell'art. 96, ult. co., c.p.c., il giudice può irrogare nei confronti della parte soccombente che abbia agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave. Ed aggiungo, infine, l'art. 4 del d. l. 22 settembre 2006, n. 259 (Nuove disposizioni in tema di intercettazioni telefoniche), a mente del quale

l'autore della pubblicazione di notizie illegalmente formate od acquisite può essere condannato a corrispondere alle persone alle quali gli atti o i documenti fanno riferimento una prestazione pecuniaria, a titolo di riparazione, che deve essere liquidata in «cinquanta centesimi per ogni copia stampata, ovvero da 50.000 a 1.000.000 di euro secondo l'entità del bacino di utenza ove la diffusione sia avvenuta con mezzo radiofonico, televisivo o telematico»; con la precisazione che «[i]n ogni caso, l'entità della [somma] non può essere inferiore a 10.000 euro»<sup>14</sup>.

Ebbene, queste figure normative, molto più che il risarcimento punitivo, presentano profili di contatto con il modello straniero dei *punitive damages*. Anzi, conducendo un'accurata ricerca, si riesce addirittura a trovare qualche caso di coincidenza (quasi) perfetta. Così, ad esempio, mettendo a confronto la riparazione pecuniaria che la nostra l. 47/1948 pone a carico dell'autore della diffamazione a mezzo stampa e gli *exemplary damages* che l'inglese *Crime and Courts Act* riconnette al *tort* di *libel* commesso attraverso la *publication of news-related material*<sup>15</sup>, ci si accorge che la principale differenza tra la prima ed i secondi consiste nel *nomen iuris*.

### 3. Le reali criticità del giudizio di riconoscimento dei danni punitivi. Il principio di proporzionalità.

Il quadro normativo appena delineato non basta, peraltro, a proclamare la compatibilità tra danni punitivi ed ordine pubblico<sup>16</sup>. A tal fine, occorre

<sup>14</sup> Di alcune tra queste figure normative si è finalmente accorta Cass. 9978/2016. Occorre, peraltro, notare che l'ordinanza di remissione si accosta a questo fenomeno giuridico, usando scarso rigore classificatorio. Difatti, il relatore della pronuncia – in primo luogo – qualifica impropriamente le ipotesi legislative in parola «rimedi risarcitori con funzione non riparatoria, ma sostanzialmente sanzionatoria»; e – in secondo luogo – inserisce in un solo elenco figure normative affatto diverse (così, ad esempio, le sanzioni pecuniarie civili, che il d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7 impone di versare integralmente alla Cassa delle ammende, sono evidentemente diverse dalla riparazione pecuniaria, che l'art. 12 l. 47/1948 ordina di pagare per intero alla vittima della diffamazione, e sono, altresì, diverse dai danni punitivi, che alcuni ordinamenti stranieri impongono sempre di devolvere almeno in parte all'attore).

Per un censimento – puntuale, seppure non esaustivo – delle prestazioni pecuniarie sanzionatorie presenti nella legislazione civilistica, v. invece GRANELLI, *In tema di «danni punitivi»*, in questa *Rivista*, 2014, 1763 ss.

<sup>15</sup> V., specificamente, le *sections* 34-39 del *Crime and Courts Act* (2013).

<sup>16</sup> Dunque avventata è l'affermazione di PONZANELLI, *Possibile intervento delle Sezioni Unite sui danni punitivi* cit., 827 ss. secondo cui la semplice esistenza di misure non riparatorie nel





infatti valutare se le caratteristiche dei primi siano conciliabili o meno con i principi che governano, in maniera irrinunciabile, il settore dell'ordinamento italiano che ho indicato quale sede astrattamente adatta ad ospitarli. Ed è qui che affiorano – come suggerisce il titolo della relazione – le reali criticità. Criticità dovute al fatto che quel settore, a dire il vero, settore non è. Difatti, le figure normative, a cui – a mio avviso – vanno accostati i *punitive damages*, non sono espressione di una categoria unitaria; né tampoco fanno parte di un sistema organico e compiuto come quello della responsabilità civile. Si tratta, spesso, di leggi d'occasione dirette a risolvere problemi che, volta a volta, si presentano: problemi come il cattivo funzionamento della macchina giurisdizionale, l'endemico ritardo nell'adempimento di certe obbligazioni pecuniarie, l'illecita captazione e divulgazione delle conversazioni telefoniche, e via dicendo. Insomma, la propensione del legislatore è quella di andare direttamente al problema senza minimamente preoccuparsi dell'inquadramento dogmatico della soluzione adottata.

Dal canto suo, la riflessione dottrinale, di tanto in tanto, rispolvera e mette a disposizione il modello della “pena privata”<sup>17</sup>. Modello che – per un verso – sembra idoneo a spiegare prestazioni pecuniarie che non rinvergono nella logica risarcitoria la propria giustificazione, ma che – per altro verso – risulta troppo eterogeneo per assumere una valenza più che descrittiva<sup>18</sup>. L'inclusione delle figure normative in discorso entro il *mare magnum* delle pene private non aiuta, cioè, a cogliere i nessi di somiglianza esistenti tra quelle ed a ricostruire intorno a tali

nostro ordinamento «conduce a ritenere non in contrasto con l'ordine pubblico la decisione straniera di condanna ai danni punitivi».

<sup>17</sup> Come è noto, il risveglio dell'interesse della civilistica italiana verso la “pena privata” risale al convegno svoltosi a Pisa nel 1984, su iniziativa di F. D. Busnelli e G. Scalfi: gli atti di quel convegno sono poi confluiti nel volume collettaneo intitolato, appunto a “Le pene private” (a quanto consta, nel panorama giuridico europeo il primo a volgere le proprie attenzioni verso il modello in parola fu HUGUENEY, *La peine privée en droit actuel. Quelques observations de droit maritime, de droit international et de droit civil compare*, in *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1906, 5 ss.). Nel 1986, ancora a Pisa e sempre su impulso di F. D. Busnelli, un nuovo convegno dal titolo “Dalle pene private alle sanzioni civili punitive”, ha portato nuovamente la riflessione dei civilisti sui punti di contatto tra gli istituti di diritto privato e la logica punitiva (sulla distinzione tracciata in quell'occasione di studi tra pena privata e sanzione civile punitiva v. GALGANO, *Alla ricerca delle sanzioni civili indirette: premesse generali*, in *Contr. e impr.*, 1987, 531 ss.). Da ultimo, la ricerca civilistica è tornata sul tema della pena privata con il recente saggio di E. MOSCATI, *Note minime su pena e colpa nel diritto privato*, in *Giust. civ.*, 2016, 547 ss.

<sup>18</sup> In questo senso le riflessioni di E. MOSCATI, voce *Pena (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 783 ss.

profili un sistema regolato da una disciplina autonoma; e, perciò, non consente di trasformare quell'affastellamento di leggi in un settore governato da suoi principi.

Per non fermarsi alla constatazione dello stato di disordine creato dal legislatore, occorre dunque sperimentare altre vie.

Ad esempio, l'osservazione del modello comparatistico dei danni punitivi potrebbe offrire lo spunto per discernere le prestazioni pecuniarie sanzionatorie dagli altri istituti tradizionalmente ricondotti al variegato panorama delle pene private, di modo da ritagliare, in seno a quest'ultimo, uno spazio improntato da qualche omogeneità e, perciò, capace di richiamare una disciplina comune. Questa disciplina – naturalmente – non potrà essere, direttamente, attinta dallo statuto risarcitorio, ove il danno riveste un ruolo catalizzante; bensì, dovrà essere, primariamente, ricostruita attraverso l'induzione e la generalizzazione delle regole specificamente dettate dal legislatore per talune soltanto delle figure collocate nello spazio previamente delimitato. Spazio che, solo all'esito di questa operazione ermeneutica, potrà evolversi in settore ed assumere, infine, la dignità concettuale di categoria giuridica.

Se quello appena suggerito altro non è che un possibile percorso di studio, la necessità di rispondere alle domande di *exequatur* aventi ad oggetto condanne ai *punitive damages* non consente, invece, di procrastinare l'individuazione dei principi fondamentali che debbono irrinunciabilmente presiedere l'irrogazione di prestazioni sanzionatorie di diritto privato.

Questa ricerca, *prima facie* sconfinata, può esser opportunamente delimitata in ragione del suo obiettivo più urgente che è, appunto, quello di consentire un raffronto tra ordine pubblico e danni punitivi. Così, da un canto, ci si può valere della riduzione del concetto di ordine pubblico, recentemente affermata dall'ordinanza di rimessione, e concentrare lo sguardo sui soli principi fondamentali desumibili da disposizioni contenute nella Costituzione ovvero all'interno di fonti sovranazionali. E, da altro canto, ci si può limitare a considerare, tra detti principi, solamente quelli con cui il modello straniero dei danni punitivi, a cagione di talune sue caratteristiche, potrebbe entrare in collisione.

Ebbene, dopo aver operato questa duplice restrizione di campo, l'oggetto della riflessione sembra, essenzialmente, ridursi al principio di proporzionalità ed al principio di legalità.

Cominciando dal primo, va detto che, malgrado l'assenza di una menzione esplicita all'interno della Costituzione, il principio di proporzionalità viene,

generalmente, riconosciuto come un principio di rilevanza costituzionale: vuoi per la sua intima connessione con il principio di eguaglianza (sancito, questo sì, dall'art. 3 Cost.), vuoi per la sua espressa affermazione in seno all'ordinamento dell'Unione europea (prima, solo nella giurisprudenza della Corte di Giustizia e, in seguito, anche all'interno dei trattati comunitari<sup>19</sup>). E, d'altra parte, va segnalato che contro il principio di proporzionalità potrebbero porsi quelle sentenze straniere che rechino una condanna al pagamento di *punitive damages* liquidati dal giudice in un ammontare eccessivo. Evenienza, questa, che, soprattutto in tempi meno recenti, risultava tutt'altro che rara negli Stati Uniti d'America, Paese da cui provengono tutte le sentenze oggetto dei giudizi di delibazione promossi dinanzi ai nostri giudici<sup>20</sup>.

Gli interpreti, solitamente, interrompono i propri sforzi argomentativi, subito dopo aver scoperto e denunciato questo possibile contrasto tra l'istituto di matrice anglosassone ed il principio di proporzionalità; verosimilmente, paghi di aver consegnato al giudice del riconoscimento uno scudo da elevare a protezione dell'ordinamento italiano, tutte le volte in cui egli si trovi di fronte a quantificazioni abnormi di danni punitivi. Scudo che parrebbe ricevere una conferma indiretta nel considerando n. 32 del Regolamento «Roma II», il quale autorizza il giudice adito a non applicare al caso concreto la legge designata da taluna delle sue disposizioni, allorché questa «abbia l'effetto di determinare il riconoscimento di danni non risarcitori aventi carattere esemplare o punitivo di

natura eccessiva [...] tenuto conto delle circostanze del caso di specie e dell'ordinamento» del foro.

Credo, però, che il discorso intorno alla proporzionalità dei *punitive damages* non possa arrestarsi a questo punto e, anzi, ritengo che l'aver ravvisato in tale principio un potenziale ostacolo all'ingresso di questi ultimi nel nostro ordinamento non chiuda, bensì spalanchi la porta ai problemi di cui l'interprete deve farsi carico. Per rendersene conto, occorre sapere che il giudizio di proporzione ha una struttura necessariamente relazionale e che, pertanto, esso impone di individuare un giusto termine di riferimento<sup>21</sup>. Detto altrimenti, il giudice del riconoscimento non può valutare l'importo dei danni punitivi, liquidati dalla sentenza estera, eccessivo (oppure non eccessivo) in senso assoluto, ma deve trovare il corretto parametro, a cui riferire il proprio giudizio di proporzionalità (ovvero di non proporzionalità). E la ricerca di questo parametro sembra tutt'altro che agevole<sup>22</sup>.

Provando ad abbozzare qualche ragionamento a questo riguardo, escluderei, innanzi tutto, che tale parametro possa coincidere con il pregiudizio concretamente sofferto dall'attore e che l'ammontare dei *punitive damages* possa essere, di conseguenza, giudicato sproporzionato, ogniquale non rifletta l'esatta dimensione del danno<sup>23</sup>. E ciò per l'evidente ragione – già diffusamente argomentata più in alto – che l'istituto in parola non riveste natura risarcitoria, bensì punitiva.

Assai più pertinente con la natura giuridica dei *punitive damages* sembra essere, invece, il parametro rappresentato dal disvalore concreto del fatto illecito compiuto dal condannato. Tuttavia, va segnalato che una simile valutazione non sarebbe facilmente operabile da parte del giudice della delibazione, atteso che questi, di regola, ha a disposizione solamente il prodotto giudiziale estero e non può fare affidamento sugli elementi fattuali e sugli strumenti probatori, sovente, necessari per

<sup>19</sup> Sul ruolo da protagonista assunto dalla Corte di Giustizia europea nel processo di costruzione del principio di proporzionalità v. CICIRIELLO, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, Napoli, 1999, *passim* e, in particolare, 157 ss.

Oggi, il principio di proporzionalità trova esplicita menzione all'interno dell'art. 5 del Trattato sull'Unione europea.

<sup>20</sup> Come è noto, il fenomeno delle liquidazioni abnormi dei danni punitivi si è verificato negli Usa con frequenza e dimensioni preoccupanti, fino a quando la Corte Suprema federale non è intervenuta, realizzando un processo di "dimagrimento" del *quantum* dei *punitive damages*. Processo condotto facendo perno sulla clausola del *due process of law* è contenuta nel XIV emendamento della costituzione statunitense, a mente del quale «nessuno può essere privato della vita, della libertà o della proprietà se non a seguito di un regolare procedimento legale», e che si è svolto attraverso le seguenti tappe: *Bmw of North America v. Gore*, 517 U.S. 415 (United States Supreme Court, 1996); *State Farm Mutual Insurance Co. v. Campbell*, 538 U.S. 408 (United States Supreme Court, 2003); *Philip Morris Usa Inc. v. Williams*, 549 U.S. 346 (United States Supreme Court, 2007); *Exxon Shipping Co. v. Baker*, 554 U.S. 471 (United States Supreme Court, 2008), e in *Intern Lexis*, 2008, 166 con nota di E. SILVESTRI, *Punitive Damages (ultimo atto)*. La sentenza *Exxon Shipping Co. v. Baker*.

<sup>21</sup> Per approfondimenti sulla struttura del giudizio di proporzionalità, si rinvia a COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2010, 64 ss.

<sup>22</sup> Di questo problema sembra essere maggiormente consapevole la letteratura straniera: v., ad esempio, le annotazioni svolte da LICARÌ, *La compatibilità de principe des punitive damages avec l'ordre public International: une décision en trompe-l'oeil del la Cour de cassation?*, in *Recueil Dalloz*, 6, 2011, 426 s.

<sup>23</sup> L'eccedenza dei *punitive damages* rispetto all'entità del danno è una delle argomentazioni che ha impiegato il BGH, 4 giugno 1992, in *Juristen Zeitung*, 1993, 261 ss., per impedire l'ingresso dell'istituto statunitense nell'ordinamento tedesco. Similmente, Cour de Cassation, 1<sup>a</sup> civ., 1 dicembre 2010, in *Recueil Dalloz*, 6, 2011, 423 s.







giudicare della gravità concreta della violazione commessa dal responsabile<sup>24</sup>.

In alternativa, si potrebbe allora immaginare che il giudice del riconoscimento debba valutare la proporzionalità della somma irrogata a titolo di *punitive damages*, accertando che questa non superi l'importo liquidato, dalla medesima sentenza ed in relazione allo stesso fatto, a titolo di *compensatory damages*. Si tratterebbe, in sostanza, di verificare che il giudice straniero abbia quantificato i danni punitivi, rispettando la regola di proporzionalità, fissata nel 2008 dalla Corte Suprema degli Stati Uniti, secondo cui il rapporto tra prestazione punitiva e prestazione risarcitoria, per rispettare la *Due Process Clause* sancita dal XIV emendamento, deve essere di 1 a 1<sup>25</sup>. Questa verifica, almeno per quanto riguarda le decisioni provenienti dal Nordamerica, parrebbe anche trovare un'implicita base di legittimazione nell'art. 15 l. 218/1995, a mente del quale il giudice italiano è tenuto ad applicare «la legge straniera [...] secondo i propri criteri di interpretazione e applicazione nel tempo». Eppure, a ben guardare, anche questa soluzione non risulta realmente appagante. In primo luogo, perché non è affatto detto che la decisione estera, di cui viene domandato l'*exequatur* in Italia, contenga sempre un capo di condanna al pagamento di *compensatory damages*. Difatti, può accadere – lo si è già detto in precedenza – che i danni punitivi siano liquidati, anziché accanto al risarcimento del danno, in dipendenza della pronuncia di mero accertamento dell'illecito (*nominal damages*). Oppure, può darsi che la sentenza condanni il responsabile di un illecito a pagare una somma globale, genericamente denominata *damages*, senza distinguere tra l'importo dovuto a titolo di danni compensativi ed importo dovuto a titolo di danni punitivi<sup>26</sup>. In secondo luogo, la soluzione in parola

non risulta appagante poiché, a rigore, lo stesso ammontare dei *compensatory damages*, assunto quale ipotetico parametro di riferimento, potrebbe essere reputato eccessivo dal giudice del riconoscimento, posto che esso viene calcolato sulla base di criteri di liquidazione evidentemente difforni da quelli di cui agli artt. 1223 ss. c.c.

Accantonate, per ragioni diverse, le tre alternative summenzionate, mi sembra che l'unico parametro pertinente e, al contempo, obiettivamente utilizzabile, al fine di sindacare la proporzionalità dei *punitive damages*, rimanga quello consistente nel disvalore sociale del fatto illecito, considerato (si badi, non in concreto bensì) in astratto. Segnatamente, il giudice del riconoscimento dovrà valutare se la qualità e l'entità della prestazione sanzionatoria, irrogata nell'ordinamento straniero, risulti o meno troppo gravosa rispetto ai vantaggi che tale condanna arreca alla collettività in termini di prevenzione di fatti socialmente dannosi analoghi a quello commesso dal responsabile. Valutazione che, in qualche misura, riecheggia il giudizio di proporzionalità che la nostra Corte costituzionale svolge sull'ammontare delle pene criminali comminate dal legislatore<sup>27</sup>; e che, soprattutto, ricalca il *modus operandi* seguito dal Tribunale Supremo spagnolo, il quale, nel riconoscere una sentenza texana di condanna ai danni punitivi, ha argomentato che una sanzione pari al triplo del danno materiale per violazione di diritti di proprietà intellettuale può ritenersi proporzionata in ragione dell'offesa che un simile illecito arreca all'economia di mercato<sup>28</sup>.

#### 4. (segue). Il principio di legalità.

Volgendo ora l'attenzione al principio di legalità, va rilevato che due sono le disposizioni costituzionali che, a prima lettura, potrebbero

<sup>24</sup> Evidentemente, questo problema non si pone nella diversa situazione – che si colloca sullo sfondo al considerando 32 del Regolamento – in cui il giudice interno debba decidere una fattispecie non totalmente interna, applicando la legge di uno Stato che ammette la liquidazione di danni punitivi o esemplari. Operando, in questo caso, come giudice del fatto, l'organo giudiziale interno ben potrà valutare l'eventuale eccessività di questi ultimi tenendo conto – come in effetti prescrive il considerando – delle circostanze del caso di specie.

<sup>25</sup> *Exxon Shipping Co. v. Baker*, 554 U.S. 471 (United States Supreme Court, 2008), cit.

<sup>26</sup> Questo è il caso delle prime due sentenze nordamericane giunte all'esame della S.C. italiana (rispettivamente nel 2007 e nel 2012). Precisamente, la mancata differenziazione delle singole voci di danno è da porre in correlazione con l'istituto procedurale del *general verdict*. Per comprendere in che cosa consista questo istituto, occorre sapere che nel *trial by jury* statunitense il giudice può, a sua discrezione, scegliere di rimettere la decisione alla giuria rivolgendole domande puntuali di modo che essa formuli *findings* dettagliati, oppure decidere di lasciare alla giuria la possibilità di formulare un dispositivo

generico e vago: nel primo caso, si avrà uno *special verdict*; nel secondo, si avrà un *general verdict*. Così, ad esempio, il *final judgment* emesso dalla Corte dell'Alabama sulla base di un *general verdict*, che ha portato poi alla sentenza Cass. civ., sez. III, 19 gennaio 2007, n. 1183, cit., era di questo tenore: «[j]udgment is rendered in favor of the plaintiffs and against the defendant in the sum of one million \$ and all costs».

<sup>27</sup> Ciò a partire da Corte Cost. 22 luglio 1994, n. 341, disponibile su [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), che – pronunciandosi sulla proporzionalità della pena, allora, prevista dall'art. 341 c.p. in relazione al reato di oltraggio a pubblico ufficiale – ha determinato il superamento del dogma, secondo cui la fissazione dell'ammontare della pena apparterebbe alla discrezionalità esclusiva del legislatore.

<sup>28</sup> Tribunale Supremo, Sala de lo Civil, 13 novembre 2001. Per un commento alla sentenza v. CORDERO ALVAREZ, *Eficacia de las decisiones judiciales extranjerias y daños punitivos*, in *AHLADI*, 21, 2013, 272 ss.

| 12

apparire conferenti con l'irrogazione di una prestazione pecuniaria con finalità afflittiva: l'art. 23 Cost., che stabilisce una riserva relativa di legge in materia di prestazioni patrimoniali imposte, esprimendo un'esigenza di legalità in senso lato; e l'art. 25, co. 2, Cost., che recepisce il canone del *nullum crimen lege*, prescrivendo, in relazione alla pena, il rispetto del principio di stretta legalità e dei suoi corollari (tassatività del precetto e della sanzione, determinatezza e precisione della fattispecie, etc.). E, d'altra parte, va segnalato che con ognuna di queste previsioni potrebbero urtare tutte quelle versioni di danni punitivi che non hanno la propria fonte nella legge, bensì in un provvedimento giudiziale: versioni che risultano in netta preponderanza, data la correlazione esistente tra *punitive damages* e tradizione giuridica di *common law*.

Per affrontare il problema del riconoscimento, mi sembra opportuno comprendere precisamente quale tra le disposizioni summenzionate – l'art. 25, co. 2, oppure l'art. 23 Cost. – governi l'intervento sanzionatorio in ambito civilistico: presumibilmente diverso è infatti il grado di resistenza che il principio di stretta legalità ed il principio di legalità in senso lato potrebbero opporre all'ingresso di danni punitivi di matrice giurisprudenziale e, in particolare, mi sembra ragionevolmente più probabile che il giudice del riconoscimento decida di ascrivere alla nozione di ordine pubblico il primo, piuttosto che il secondo.

A questo proposito, comincio col ricordare l'opinione tradizionale secondo cui il principio di stretta legalità ed i suoi rigorosi corollari assolverebbero un'esclusiva funzione di salvaguardia della libertà personale, riferendosi, perciò, alla sola pena criminale e non anche alle sanzioni aventi un contenuto immediatamente e meramente patrimoniale. Con la conseguenza che queste ultime resterebbero presidiate dalla più tenue riserva di legge espressa dall'art. 23 Cost., la cui natura relativa – da un canto – «riafferma la tipicità dell'illecito [...] e della relativa sanzione», ma – da altro canto – «non fissa il carattere di tassatività o di determinatezza della fattispecie»<sup>29</sup>.

Vorrei, inoltre, far notare come a questa tradizionale *actio finium regundorum* tra art. 25, co. 2, ed art. 23 Cost. si attenga lo stesso legislatore civilistico nella stesura delle disposizioni che contemplano prestazioni pecuniarie sanzionatorie. La qualificazione di illiceità dell'atto non viene infatti affidata, una volta per tutte, ad un'unica

clausola generale, come quella contenuta nell'art. 2043 c.c.; e viene invece compiuta, caso per caso, dal legislatore predisponendo, all'uopo, una pluralità di previsioni normative, che descrivono il contegno antiggiuridico e vi ricollegano una certa sanzione, senza, tuttavia, raggiungere il livello di precisione e rigore che sarebbero richiesti dal principio costituzionale di stretta legalità. Per accorgersene, basta ripensare, per un momento, alle figure normative che ho menzionato in due paragrafi addietro (e, cioè, agli artt. 12 l. 47/1948, 3, co. 3, l. 192/1998, n. 192, 2 e 3 l. 386/1990, 96, ult. co., c.p.c., e 4 d. l. 259/2006, n. 259)

A margine del lineare quadro appena rappresentato, devo però aggiungere che il confine tra gli ambiti di operatività dei due principi in parola non appare più così nitido come un tempo. Difatti, la tesi tradizionale, secondo cui il nesso tra pena e libertà dell'individuo segna i limiti di rilevanza del principio di stretta legalità, è stata, in più occasioni, avversata dalla Corte Costituzionale. Dopo ripetute oscillazioni, la posizione di quest'ultima sembra essersi oramai assestata nel senso che l'art. 25, co. 2, Cost. si applica a tutte le sanzioni che non siano penali nella forma, ma siano comunque penali nella sostanza<sup>30</sup>. A questo esito, la Consulta è pervenuta, appoggiandosi alla ricostruzione, operata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, della nozione di pena quale presupposto rilevante ai fini dell'applicazione delle garanzie previste dagli artt. 6 e 7 dell'omonima Convenzione (garanzie tra cui vi è il *nullum crimen sine lege*<sup>31</sup>). Con lo scopo di impedire che la c.d. "truffa delle etichette" determini un surrettizio aggiramento delle tutele dettate in relazione alla pena, i giudici di Strasburgo hanno infatti scelto di impiegare un percorso ermeneutico teso a disvelare la natura sostanzialmente penale di una sanzione, a dispetto della sua denominazione. In particolare – secondo la Corte – la qualificazione giuridica adottata dal legislatore nazionale rappresenta, semplicemente, il

<sup>30</sup> In tal senso v., da ultimo, quanto afferma Corte Cost. 9 giugno 2010, n. 196, disponibile su [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

<sup>31</sup> Va precisato, però, che il principio di legalità europeo non coincide né con quello sancito dall'art. 23 Cost. né con quello espresso dall'art. 25, comma 2, Cost. La legge rilevante ai sensi dell'art. 7 della Convenzione europea è infatti comprensiva delle *regulae juris* prodotte dalla giurisprudenza dei sistemi giuridici di *common law*. Ciò, peraltro, non ha impedito alla Corte Edu di far rientrare nella legalità penale i tradizionali canoni di tassatività, precisione e determinatezza; e, soprattutto, ciò non ha impedito alla Corte Costituzionale di declinare il percorso di ampliamento delle garanzie penalistiche, attuato a livello europeo, in funzione del concetto di legge rilevante in seno all'ordinamento italiano (su questi temi v. la perspicua spiegazione di SCOLETTA, in PALIERO e VIGANÒ, *Europa e diritto penale*, Milano, 2013, 195 ss. e, in particolare modo, 215 s. e 221 s.).

<sup>29</sup> In questo senso v., per tutti, BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, DE ACUTIS-PALOMBARINI (a cura di), in *Funzioni e limiti del diritto penale. Alternativa di tutela*, Padova, 1984, 70.





punto di avvio di tale percorso; percorso che è destinato a proseguire, allorché il diritto interno non classifichi la sanzione considerata tra quelle penali, e destinato invece ad arrestarsi nel caso opposto. Per contro, al fine di decifrare la sostanza della misura, risultano decisive l'analisi della natura dell'infrazione e la valutazione della severità della risposta; verifiche che debbono essere condotte alla stregua di una serie di indici sintomatici, via via, enucleati dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Facendo impiego di questo procedimento esegetico, la Corte di Strasburgo ha esteso la disciplina dettata dagli artt. 6 e 7 della Convenzione a sanzioni diverse dalla pena restrittiva della libertà personale. E, per parte sua, la Corte Costituzionale italiana ha fatto proprio il congegno ermeneutico ideato a livello europeo, per ampliare l'ambito di operatività della garanzia interna di legalità, sancita dall'art. 25, comma 2, Cost., sino ad includervi anche sanzioni a contenuto meramente patrimoniale (quali, ad esempio, talune ammende amministrative, alcune maggiorazioni di imposta, o la confisca del veicolo prevista dal codice della strada).

Peraltro, non risulta che alcuna pronuncia abbia finora ascritto alla materia penalistica misure sanzionatorie a contenuto pecuniario e di natura civilistica. Ragion per cui, non resta che provare ad immaginare se, alla luce del procedimento ermeneutico, congegnato dalla Corte Edu ed importato dalla Consulta, tali figure normative rientrano nella nozione di pena e quindi se, sulla scorta del più recente orientamento della giurisprudenza costituzionale, esse soggiacciono al principio di stretta legalità contenuto nell'art. 25, comma 2, Cost.

Procedendo in questa direzione, si deve anzitutto osservare che, se, a livello di declamazioni astratte, il procedimento ermeneutico di riconoscimento sembrerebbe comportare la riduzione alla materia penale di qualsivoglia strumento di indole sanzionatoria, sul piano delle concrete applicazioni giurisprudenziali, il procedimento in parola determina invece la riconduzione all'ambito penalistico di quelle sole misure che, sotto una veste formale non penale, mascherano una vera e propria pena criminale<sup>32</sup>. Ciò che, del resto, appare coerente

con l'obiettivo originario dell'operazione esegetica congegnata dalla giurisprudenza europea che – come detto poc'anzi – consiste nell'evitare che gli ordinamenti statali celino una diminuzione di garanzie dietro un cambio di etichetta. Questa prima impressione trova, poi, conforto negli indici sintomatici di cui viene fatto solitamente uso nei casi decisi. Così, al fine di decidere che una determinata infrazione ha natura di reato, non basta la mera constatazione della funzione sanzionatoria del precetto, ma occorrono indici aggiuntivi quali, ad esempio, la qualificazione attribuita al medesimo contegno da parte di altri Paesi membri del Consiglio d'Europa<sup>33</sup> o il carattere pubblicistico delle procedure di irrogazione ed esecuzione della misura<sup>34</sup>. E si ritiene, inoltre, che una sanzione a contenuto patrimoniale risulti severa – e, quindi, assimilabile alla pena in senso stretto – solo se fissata dalla legge in un importo esorbitante<sup>35</sup> e, di solito, solo ove abbinata ad una pena accessoria di tipo interdittivo<sup>36</sup>.

Ebbene, a me sembra che, facendo applicazione di questi indici, le prestazioni pecuniarie sanzionatorie collocate nella legislazione civilistica non risultino ascrivibili alla materia penalistica e, perciò, neanche riconducibili all'alveo delle garanzie riservate a quest'ultima. Infatti, pur essendo connotate da una finalità sanzionatoria, le figure normative in parola: non trovano alcun *analogon* nel diritto penale dei Paesi membri del Consiglio d'Europa; vengono applicate nell'ambito di un processo civile instaurato ad iniziativa del soggetto beneficiario della pena; e, infine, si risolvono nell'imposizione di una prestazione pecuniaria di ammontare contenuto (o, comunque, equo) senza esser mai affiancate da pene accessorie di tipo interdittivo.

Questo mio personale esperimento conduce a ritenere che l'imposizione di una sanzione civile a contenuto pecuniario sia, tuttora, presidiata dall'art. 23 Cost. (e non dal secondo capoverso dell'art. 25 Cost.). Altri, naturalmente, potrebbe non condividere il mio percorso argomentativo ed il suo

ricevuta a titolo di rimborso delle spese elettorali a seguito della dichiarazione di ineleggibilità del candidato (Corte EDU, 21 ottobre 1997, Pierre Bloch c. Francia, in *Recueil des arrêts et décisions* 1997- VI, 2223 ss. ).

<sup>33</sup> V. Corte EDU, 21 febbraio 1984, Öztürk c. Germania, in *Racc.* 1984, serie A, 73.

<sup>34</sup> V. Corte EDU, 10 giugno 1996, Benham c. Regno Unito, in *Recueil des arrêts et décisions* 1996, III, 211 ss.

<sup>35</sup> V. Corte EDU, 28 giugno 1984, Campbell Fell c. Regno Unito; in *Riv. dir. int.*, 1986, 502 ss.; Corte EDU, 27 agosto 1991, Demicoli c. Malta, in *Racc.* 1991, Serie A, 210.

<sup>36</sup> V. Corte EDU, 4 marzo 2014, Grande Stevens c. Italia., in *Rass. trib.*, 2014, 939 ss., con nota di G.M. FLICK, *Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem: variazioni su un tema europeo.*

<sup>32</sup> A riprova di ciò, si noti come la Corte di Strasburgo abbia, sovente, escluso la natura penale di misure dai toni chiaramente punitivo-afflittivi: per esempio, il pensionamento disposto d'ufficio a carico di un funzionario amministrativo a seguito di un'infrazione al regolamento disciplinare (Corte EDU, 1 dicembre 2007, Moullet c. Francia, disponibile su *Hudoc.echr.coe.int.*); la detenzione amministrativa di tre giorni disposta a seguito di un comportamento di oltraggio alla Corte (Corte EDU, 31 luglio 2007, Zaicevs c. Lettonia, disponibile su *Hudoc.echr.coe.int.*); la restituzione all'erario della somma



| 14

risultato. Non è, però, alla difesa di questo ragionamento che voglio dedicare le battute conclusive. Piuttosto, preferisco concludere, enfatizzando le ricadute della soluzione che adotteranno i nostri giudici e, in particolare, mettendo in risalto come dall'individuazione del principio di legalità che governa l'intervento punitivo di carattere privatistico dipenda non soltanto l'ingresso di danni punitivi di matrice giurisprudenziale nel nostro ordinamento, ma altresì la legittimità costituzionale di alcune tra le previsioni normative interne che contemplano prestazioni pecuniarie sanzionatorie. Preferisco questa conclusione perché in essa si rinviene un'ultima conferma di quel che ho inteso dimostrare sin dall'inizio: e, cioè, che la corretta individuazione dei principi, non diversamente dal loro corretto uso, è operazione delicata e rilevante.