

Quantificazione del danno

# La circolazione dei danni punitivi: due modelli a confronto

di Francesca Benatti

È analizzata l'adozione dei danni punitivi in Argentina e il dibattito sulla loro compatibilità con l'ordine pubblico in Francia. Si trae spunto per esaminare l'esperienza italiana.

## El dano punitivo in Argentina

La crescente consapevolezza della funzione deterrente nella quantificazione del danno è centrale nel dibattito sulla introduzione e applicazione dei *punitive damages* in ordinamenti non appartenenti al modello di *common law*.

Significativo è l'esempio dell'Argentina che nel 2008 è stata il primo paese di *civil law* a codificare i danni punitivi. L'art. 52 bis della ley 26.361, che integra la Ley de Defensa del Consumidor, prevede che «Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el art. 47, inc. b) de esta ley».

Già in precedenza la dottrina (1) aveva messo in luce la necessità di adottare questa forma di danno in casi di particolare gravità, sia per ottenere una riparazione integrale della lesione, sia per impedire il ripetersi di comportamenti analoghi (2). Aveva anche sottolineato l'esigenza di punire determinate condotte, soprattutto aveva negato la contrarietà dei *punitive damages* al principio di ordine pubblico, muovendo dalla presenza nell'ordinamento di istituti quali la clausola penale, l'*astreintes* e gli interessi moratori che hanno una funzione anche afflittiva (3). L'obiettivo era di portare all'introduzione per via legislativa dell'istituto al fine di evitare l'incertezza del diritto giurisprudenziale, fissando con at-

tenzione i criteri di quantificazione del danno (4). Grande risalto veniva dato, soprattutto, al patrimonio del convenuto e all'eventuale arricchimento derivante dal fatto illecito o dall'inadempimento.

È interessante osservare ancora come nel Proyecto de Código Civil del 1998 (5) una norma stabiliva l'imposizione di una "multa civil", con funzione deterrente, nei confronti di coloro che avevano agito con disprezzo dei diritti altrui, quando il comportamento incideva o avrebbe potuto incidere sulla collettività. Essa poteva essere concessa una sola volta per gli stessi fatti ed era destinata ad un Fondo di garanzia per una misura non inferiore al 70% al fine di impedire il *windfall* dell'attore (6).

La codificazione del danno punitivo avviene, infine,

### Note:

(1) Il dibattito era stato aperto da R.D. Pizarro, Ramón Daniel, *Daños punitivos*, in AA.VV., *Derecho de Daños*, segunda parte, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1993, p. 291; cfr. anche F. Trigo Réprezas, *La prevención y el Daño Punitivo*, in *Revista de Derecho de Daños*, 2008-2.

(2) A. Kemelmajer de Carlucci, "Conviene la introducción de los llamados "daños punitivos", *Anales Año XXXVIII*, 1993, segunda época-N° 31, 71 ss.; R.D. Pizarro, "Daño Moral", E.D. Hammurabi, 2000, 374. L'autore critica la denominazione "dano punitivo", in quanto «lo que se pune o sanciona son cierto illecito calificados por su gravedad y no al dano en si mismo».

(3) S. Picasso, "Nuevas categorías de daños en la Ley de Defensa del Consumidor", *Reforma a la ley de defensa del consumidor*. Vázquez Ferreyra R. (Dir.), Editorial La Ley, Buenos Aires, 2008, 123 ss., afferma che «la consagración legislativa de los "daños punitivos" requeriría de una detallada descripción del hecho generador en cada caso; no bastando con una genérica y abierta cláusula general. Lo mismo ocurriría, naturalmente, con el monto de la sanción...».

(4) Questa era la posizione assunta nelle XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, tenute nel 2007.

(5) Martinotti, "Los daños punitivos en el Proyecto de Código Civil de 1998", *La Ley, ejemplar del 13 de noviembre de 2002*.

(6) Questo è il testo attuale dell'art. 1559 approvato dalla Camera dei deputati.

nella legge a difesa del consumatore e la recezione dell'istituto è facilitata dall'ambito di applicazione limitato e dalle particolari ragioni di policy che la giustificano. Rispetto al modello statunitense, sono equiparate la responsabilità contrattuale e quella extracontrattuale: ciò che rileva è la lesione grave di un diritto del consumatore. Va, però, osservato che ricorrono nella fattispecie prevista gli elementi di asimmetria contrattuale e di protezione della parte ritenuta più debole che hanno portato la giurisprudenza americana a concedere i *punitive damages* anche per *breach of contract* in numerose ipotesi quali quelle di *special relationship*, *fiduciary duty* e i *bad faith breaches*.

L'art. 52-bis è stato oggetto di numerose critiche. Innanzitutto, si è ritenuto che fosse una norma formulata in maniera troppo vaga ed imprecisa (7) e che quindi lasciasse un'eccessiva discrezionalità al giudice, non essendo stabiliti con chiarezza né le particolari circostanze che permetterebbero l'adozione dei danni punitivi né i criteri della loro quantificazione. Tuttavia, la norma pone un limite alla somma liquidabile pari a 5 milioni di pesos, che dovrebbe evitare risarcimenti eccessivi: si potrebbe anche fare riferimento anche all'art. 49 della stessa legge per ulteriori parametri (8). Va sottolineato un altro aspetto. Molto spesso le corti argentine avevano utilizzato i danni morali per ottenere l'effetto deterrente proprio dei *punitive damages*. A seguito della modifica dell'art. 522 del codice civile che aveva disposto la concessione dei danni morali nell'inadempimento del contratto, si era aperto un dibattito sulla loro natura. A sostegno della tesi punitiva venivano portati sia argomenti letterali come l'impiego del termine "condenar" sia sostanziali quali gli indici utilizzati per determinarli. La giurisprudenza non era, però, pacifica: accanto ad un indirizzo che considerava il danno morale solo compensativo (9), vi era non solo un orientamento contrario (10), ma anche la tendenza a utilizzarlo per mascherare risarcimenti chiaramente "punitivi". La soluzione di introdurli legislativamente sembra avere apportato una maggiore chiarezza nel sistema, riconducendo ciascuna tipologia di danno alla sua reale funzione.

Un'ulteriore obiezione rivolta all'art. 52-bis è stata la scelta di non far coincidere i danni punitivi con il profitto derivante dal fatto illecito o dall'inadempimento contrattuale: parte della dottrina riteneva, infatti, che questo fosse l'unico caso possibile di loro applicazione. In realtà, se questa è l'ipotesi più significativa e maggiormente tenuta in considerazione anche dai redattori, non può costituire l'unica, in quanto sussistono situazioni in cui la gravità del fat-

to e del danno causato non determina un profitto, ma pone ugualmente l'esigenza di una sanzione o di una deterrenza. È affidato, pertanto, al giudice il compito di esaminare la ricorrenza o meno dei presupposti per un danno sovracompensativo.

Condivisibile è, invece, la critica di non avere previsto, come nel progetto del 1998, la devoluzione di una percentuale della somma a fondi statali, che avrebbe garantito una maggiore equità.

Le applicazioni giurisprudenziali dell'art. 52-bis non sono ancora numerose. In una prima pronuncia (11) i danni punitivi sono stati concessi ad un soggetto affetto da disabilità che non era riuscito ad entrare nella sede della sua compagnia telefonica per la presenza di barriere architettoniche, vietate dalla normativa vigente. In presenza di una discriminazione e della violazione di legge, la Corte aveva ritenuto applicabile la disciplina sul consumatore, perché le ragioni che avevano portato l'attore a dovere recarsi in quel luogo erano dovute al rapporto di consumo. È evidente che sono le particolari circostanze del fatto concreto a portare a tale interpretazione. Infatti si legge nella motivazione che si trattava di un'ipotesi caratterizzata dalla «gravedad del incumplimiento, la envergadura de la empresa

#### Note:

(7) Sull'incompatibilità dell'istituto con il sistema v. Alsina, *Los llamados daños punitivos son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil*, LL 1994-B-860: Las legislaciones de todos los países que tienen origen en la tradición escrita del derecho romano, a través del derecho continental europeo, no toleran la aplicación de este tipo de sanciones en el derecho privado y las reservan exclusivamente para los ilícitos penales que, por su carácter público, tienen un régimen particular de estrictas garantías en la administración de justicia represiva"; Picasso, "Sobre los denominados 'daños punitivos'", Editorial La Ley, 13/12/2007, 1 ss.

(8) L'art. 49 elenca: el perjuicio total resultante de la conducta (no solo del consumidor en concreto que reclama), la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de los

riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho.

(9) CNCom. Sala A 11 luglio 1995 "Moszemberg Gregorio c/Alra S.A. y Autolatina Argentina S.A. s/sumario", ED T-168 29; CNCiv. Sala B 28 settembre 1990 "Perez Soria Mónica c/Herrera de Noble Ernestina y otro", JA T-1990-III, 543.

(10) CNCom. Sala C 20 maggio 1996 "Heliszkowsky Michel y otros c/ Programa de salud S.A.", JA T-1996-III, 300; CNCom. Sala C 30 giugno 1993 "Giorgetti Héctor y otros c/Georgalos Hnos. S.A.", LL T-1994-D, p. 111; CNCom. Sala C 30 settembre 1997 "Cannizzaro Juan c/Banco Mercantil Argentino", LL T-1998-B, 656.

(11) "Machinandiarena Hernandez Nicolas c/ Telefónica de Argentina s/ reclamo contra actos de particulares", Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata sala II - 27/05/2009. Precedentemente la giurisprudenza si era limitata a negare l'effetto retroattivo della norma.

demandada y las demás circunstancias personales del actor».

La somma più elevata di danni punitivi concessi si ha in un caso di responsabilità da prodotto avente ad oggetto una bottiglietta Pepsi con all'interno un gel intimo (12). L'attore aveva agito in giudizio chiedendo, oltre che ai danni economici pari al valore della bevanda, quelli morali e punitivi. Essi erano stati quantificati rispettivamente in 1.500 e 2.000.000 ps. Pur in assenza di dolo, un risarcimento così elevato era stato giustificato dalla grave negligenza della società che aveva messo in pericolo la salute dei consumatori e violato le disposizioni in materia di sicurezza, oltre che dal suo comportamento processuale. Si sottolinea come il risarcimento di danni punitivi necessita sempre di una motivazione rigorosa dei criteri utilizzati per quantificarli al fine di rispettare i principi di razionalità e proporzionalità.

Grande attenzione è posta anche nel controllo dell'esistenza del dolo o della colpa grave, nonostante non siano previsti dalla norma. In una decisione riguardante il grave inadempimento di una compagnia telefonica, che era consistito nella perdita del numero dell'attore, nella sua impossibilità di essere raggiunto, nell'assenza di attenzione per i reclami effettuati e nelle continue richieste di pagare bollette non sue, la Sala II de la Cám. Civil y Comercial de Rosario aveva concesso i danni sovracompensativi, specificando che «La aplicación y la graduación de estas multas obliga al juzgador a valorar la gravedad del hecho (la norma omite toda referencia al dolo o culpa por parte del proveedor, pero ella debiera ser motivo de análisis para admitir su procedencia y extensión)» (13).

Nell'applicazione giurisprudenziale dell'istituto si riscontrano una maggiore cautela rispetto all'ordinamento statunitense, forse per evitare le problematiche presenti in quel modello, e uno sforzo di contemperare i principi tradizionali dell'ordinamento con un istituto per un lungo tempo considerato tipico solo del *common law*. Interessante sarà vedere come sarà configurato il danno punitivo o la *multa civil* che probabilmente verrà introdotto nel nuovo codice, oggi in fase di studio, e quale sarà la sua applicazione nella pratica.

### Il dibattito francese

Si assiste ad una significativa evoluzione nella percezione dei danni punitivi anche in Francia a livello giurisprudenziale e dottrinale. In tal senso riveste fondamentale importanza la decisione della Court de Cassation del 2010 sul riconoscimento di una

sentenza americana che concedeva i *punitive damages*. Due coniugi americani avevano acquistato una barca di produzione francese, che aveva difetti gravi causati da una tempesta e che non erano stati riparati. La circostanza era stata loro dolosamente nascosta dal venditore e perciò lo avevano chiamato in causa in California. La Corte aveva liquidato i danni compensativi e punitivi, perché - pur trattandosi di un inadempimento contrattuale - aveva ritenuto determinante l'esistenza della fraud.

I due coniugi agivano allora in giudizio in Francia per ottenere l'*exequatur* della sentenza. Dopo una complessa vicenda processuale, la Corte d'Appello di Poitiers si pronunciava per l'inammissibilità del riconoscimento, ritenendo la concessione dei *punitive damages* contraria all'ordine pubblico internazionale per due ragioni (14). Innanzitutto in Francia vige il principio cardine della riparazione integrale del danno: il risarcimento deve porre la parte nella stessa posizione in cui si sarebbe trovata se non vi fosse stato l'illecito o se il contratto fosse stato adempiuto. Secondo la Corte non devono rilevare né la gravità dell'azione né il patrimonio del convenuto, criterio quest'ultimo di quantificazione oggi negato nello stesso ordinamento americano. Inoltre i *punitive damages* erano valutati come sproporzionati e, pertanto, inammissibili.

Il caso giunge davanti alla Court de Cassation, la quale afferma che «le principe d'une condamnation a des dommages-interêts punitifs n'est pas, en soi, contraire a l'ordre public», ma lo diventa se la loro entità «est disproportionnée». Su questo argomento la sentenza non viene deliberata, in quanto i *punitive damages* sono sembrati eccessivi (15).

Il ricorso al principio di proporzionalità nella determinazione dei danni punitivi è il medesimo utilizzato dalla Federal Supreme Court al fine di controllare la loro conformità alla *Due Process Clause* sia so-

#### Note:

(12) Teijeiro Luis Mariano c. Cervecería y Materia. Quilmes S.A.I.C.A. y G. - Abreviados - Otros - 1639507/36" - Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Quinta nominación de Córdoba - 23 marzo 2011.

(13) Nº 297, T. 15, F.82 imposta a AMX Argentina S.A. "CLARO-ARGENTINA".

(14) V. la nota alla sentenza in *Journal de droit International*, 4/10, 2010, 1230 ss.

(15) Licari, *La compatibilité de principe des punitive damages avec l'ordre public international: une décision en trompe-l'oeil de la Cour de cassation*, *Recueil Dalloz*, No. 6, 2011, 423-427. La medesima conclusione era stata raggiunta in Spagna da S. R. Jablonsky, *Translation And Comment: Enforcing U.S. Punitive Damages Awards in Foreign Courts - A Recent Case in the Supreme Court of Spain*, 24 J.L. & Com. 225 (2005).

stanziale che procedurale. Tale evoluzione, iniziata con il caso *BMW v. Gore* (16), è proseguita nel tempo ed ha determinato una maggiore specificazione dei criteri utilizzati per quantificarli con la fissazione di un rapporto tra punitive e *compensatory damages* considerato "costituzionale" e la progressiva riduzione dei risarcimenti. Esempio emblematico è *Exxon Valdez* (17), in cui erano stati liquidati 2,5 miliardi in danni punitivi. La Corte Suprema chiamata a decidere, pur non soffermandosi sulla substantive due process, ha stabilito la loro eccessività sulla base della *federal maritime common law*, ritenendo ammissibile una somma pari a quella dei danni compensativi. Non solo: ha ribadito come vi fosse la necessità di una *ratio* fissa perché i *punitive damages*, per essere effettivamente deterrenti, «should be reasonably predictable in its severity». Nella decisione sono, inoltre, riportate statistiche che evidenziano come la mediana fra punitive e *compensatory damages* sia negli USA meno di 1:1 e che i danni compensativi sono superiori generalmente di un terzo. A tale risultato hanno contribuito anche le riforme legislative, che hanno stabilito *caps* o rapporti matematici o ne hanno limitato l'applicazione a determinate fattispecie.

Le *dissenting opinions* obiettano al parametro matematico fisso utilizzato che esso non permette di valutare le circostanze in maniera adeguata e quindi di modellare il risarcimento sulla base della gravità del fatto. Nel caso in esame, il danno ecologico aveva assunto proporzioni disastrose e quindi meritava una sanzione più elevata. Ma la *ratio* impiegata non era sufficientemente chiara: «In the end, is the Court holding only that 1:1 is the maritime-law ceiling, or is it also signaling that any ratio higher than 1:1 will be held to exceed the constitutional outer limit? On next opportunity, will the Court rule, definitively, that 1:1 is the ceiling due process requires in all of the States, and for all federal claims?».

L'analisi della giurisprudenza negli USA mostra come i *punitive damages* siano esaminati oggi alla luce dei principi di proporzionalità e ragionevolezza e quindi la Cour de cassation, nel considerare tali requisiti per il riconoscimento delle sentenze straniere, non fa altro che riferirsi a un criterio generale accolto nello stesso paese in cui si sono imposti. Si tratta pur sempre di un parametro soggettivo, con la conseguenza che in Francia potrebbero essere considerati eccessivi risarcimenti, valutati invece proporzionali nell'esperienza americana abituata a misure più elevate.

L'orientamento giurisprudenziale francese si inserisce in un contesto dottrinale in cui l'idea di pena

privata è sempre stata presente e «le mouvement d'abolition de la peine privée s'accompagne d'un mouvement inverse qui tend à le rétablir» (18): frequentemente erano, infatti, valorizzate le funzioni punitiva e deterrente della responsabilità civile. In un celebre articolo Demogue aveva messo in luce come la frontiera fra pena e riparazione, chiara a livello teorico, non sia netta nella prassi per la difficoltà di quantificazione: questa incertezza si manifesta soprattutto nei casi in cui non vi sono parametri matematici a cui fare riferimento, come per il danno morale e per la perdita di *chance* (19).

Oggi viene messa in evidenza la presenza nel diritto francese di istituti con finalità sanzionatorie come la clausola penale (20) e l'*astreinte* ed è auspicata l'introduzione di *dommages-interets punitifs* che si riferiscono ai *fautes lucratives* (21). Infatti, quando il fatto illecito o l'inadempimento determina profitti per l'autore, il calcolo del danno dovrebbe comprenderli.

Questo principio è presente, attraverso il *disgorgement* nella sua attuale evoluzione, anche nel sistema statunitense (22), dove se ne sottolinea la differenza dai *compensatory* e *punitive damages*. Infatti, mentre i danni compensativi sono misurati sulla base del pregiudizio subito, i danni da profitto vengono quantificati secondo il guadagno ottenuto dal danneggiante. Essi hanno, dunque, una funzione deterrente che li avvicina ai danni punitivi. Tuttavia se ne differen-

#### Note:

(16) 517 U.S. 559 (1996).

(17) *Exxon Shipping Co. v. Baker*, 128 S. Ct. 2605 (2008).

(18) La tesi è di B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile, considérée dans sa double fonction de garantie et de peine privée*, Rodstein, 1947.

(19) Demogue, *Validity of the Theory of Compensatory Damages*, 27. Yale L.J., 585, (1918).

(20) Sulla clausola penale in Francia, cfr D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, thèse L.G.D.J., 1992.

(21) D. Fasquelle, "L'existence de fautes lucratives en droit français", LPA, 20 novembre 2002 n°232, 27. L'esempio di *faute lucrative* citato maggiormente è il *Pinto Case*, 119 Cal. App. 3d 757, 174 Cal. Rptr. 348 (1981), in cui sono stati concessi i danni punitivi.

(22) V. per l'estensione all'ambito contrattuale M. A. Eisenberg, *The disgorgement interest in contract law*, 105 Mich. L. Rev. 599 (2006); M. Siems, *Disgorgement of profits for breach of contract: A comparative analysis*, 7 Edin. L. Rev. 27, (2004); E. J. Weinrib, *Punishment and disgorgement as contract remedies*, in *Symposium: Private law, punishment, and disgorgement*, 78 Chi.-Kent. L. Rev., p. 55, (2003); A. Kull, *Disgorgement for breach, the "restitution interest", and the Restatement of contracts*, 79 Tex. L. Rev. 2021, (2001); A. Farnsworth, *Your loss or my gain? The dilemma of the disgorgement principle in breach of contract*, 94 Yale L.J., p. 1339, (1985). Il Restatement (Third) of Restitution prevede alla Section 39 il disgorgement come rimedio per opportunistic breach.

ziano, in quanto le ragioni di policy che li giustificano sono diverse. I *punitive damages* sono concessi per sanzionare e prevenire il ripetersi di condotte analoghe, e sono liquidati anche come incentivo e premio per aver agito in giudizio, per coprire le spese legali o per una effettiva compensazione. Il *disgorgement* (23), pur avendo in sé un elemento punitivo/deterrente, serve a prevenire l'ingiustificato arricchimento (24), privando l'autore del guadagno, e si fonda su principi di giustizia ed equità (25). Secondo una parte della dottrina esso si pone in una posizione intermedia fra le due forme di danno: «An intending tortfeasor should not be prompted to speculate that his profits might exceed the injured party's losses, thus encouraging commission of the tort. Nor should such a defendant be heard to say that the unjust enrichment remedy is unfairly "punitive" because the plaintiff may recover more than his exact loss, when use of a tort measure might allow the defendant to retain some part of his ill gotten gains» (26). Questa posizione è confermata dalla giurisprudenza, spesso criticata, che ammette il cumulo fra i *punitive damages* e la *restitution*. Si deve anche rilevare come la preferenza per l'utilizzo del *disgorgement* invece dei danni punitivi sia evidente nel sistema inglese e sia stata espressa pure nella sentenza americana *Snepp v. United States* (27). Le ragioni possono essere rinvenute sia nella maggior facilità e certezza nella quantificazione del danno sia nel fatto che la restituzione del profitto costituisce una misura deterrente efficace per prevenire gli illeciti o gli inadempimenti contrattuali fondati su l'analisi costi-benefici.

La dottrina francese (28) sembra favorevole (29) all'adozione di tale forma di danni sovracompensativi denominati *damages/interets punitifs*, pur non essendo equiparabili tecnicamente ai *punitive damages*, e in tale senso si muovono le proposte di riforma legislativa (30). Nell'Avant Projet Catala è espressamente prevista, all'art. 1371, la loro introduzione come figura generale nei casi di "faute délibérée e notamment lucrative" sia per inadempimento contrattuale sia per fatto illecito. A causa della loro particolare natura si stabilisce che la loro concessione debba essere motivata e il loro ammontare distinto da quello degli altri danni. Essi non sono assicurabili e una parte può essere liquidata al Tesoro (31).

È stata avanzata anche una ulteriore proposta legislativa sul risarcimento dei *damages-interets punitifs*, la quale prevede che «dans les cas où la loi en dispose expressément, lorsque le dommage résulte d'une faute délictuelle ou d'une inexécution contractuelle commise volontairement et a permis à son

auteur un enrichissement que la seule réparation du dommage n'est pas à même de supprimer, le juge peut condamner, par décision motivée, l'auteur du dommage, outre à des dommages et intérêts en application de l'article 1386-22, à des dommages et intérêts punitifs dont le montant ne peut dépasser le double du montant des dommages et intérêts compensatoires» (32).

La situazione francese è, dunque, in costante evoluzione a livello giurisprudenziale, dove è stato superato il principio di integrale riparazione del danno e si ammette la compatibilità dei *punitive damages* con il sistema, ma anche a livello dottrinale e legislativo, dove sembra che si spinga per l'introduzione di un istituto - seppur differente - caratterizzato dalle medesime finalità deterrenti e in parte sanzionatorie dei danni punitivi statunitensi.

#### Note:

(23) Sul *disgorgement*, v. Paolo Pardolesi, *Profitto illecito e risarcimento del danno*, Trento, 2005; voce *Disgorgement*, in *Enc. Giur. It.*, vol. XIV, 2006, 1 ss; *Rimedi che non rimediano e alternative risarcitorie: il disgorgement dei profitti da inadempimento*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2007, 473 ss.

(24) L'introduzione di figure analoghe al *disgorgement* è criticato da chi ritiene che esso "deforma l'illecito perché il danneggiato... consegue più del danno subito, e si deforma l'arricchimento perché l'effetto giuridico che lo caratterizza, il ritorno nel patrimonio del danneggiato di ciò di cui l'agente si è arricchito, viene attaccato di una qualificazione di illiceità che risulta non necessaria". Tale istituto, infatti, è tipico dei paesi di *common law*, che non conoscono l'arricchimento senza causa; v. C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 633.

(25) Redleman, *Measurement of Restitution. Coordinating Restitution with Compensatory Damages and Punitive Damages*, disponibile presso [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1874894](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1874894)

(26) *National Merchandising Corp. Vs. Edward J. Leyden. National Merchandising Corp. Vs. Community Subscribers, Inc. & Another*, 370 mass. 425, 1976.

(27) 444 U.S. 507 (1980).

(28) Il dibattito è illustrato da R. Saint-Esteben, *Pour ou contre les dommages et intérêts punitifs*, LPA 20 janvier 2005, p.53 ss.

(29) S. Carval, *Vers l'introduction en droit français de dommages-intérêts punitifs?*, in *RDC* 2006, p. 822; Lacroix, *Pour une reconnaissance encadrée des dommages-intérêts punitifs en droit privé français contemporain, à l'instar du modèle juridique québécois*, 85 *Revue du Barreau Canadien*, 2006, 569; Jourdain, *Les peines privées, Rapport Général au Congrès Capitlant sur "L'indemnisation"*, Société de législation comparée, 2008, 25; Viney, *Quelques propositions de réforme de droit de la responsabilité civile*, D., 2009, 2944.

(30) V. sui progetti di riforma Denis Mazeaud, *Une nouvelle rhapsodie doctrinale pour une réforme du droit des contrats*, D., 2009, 1364.

(31) M. Chagny, *La notion de dommages et intérêts punitifs et ses répercussions sur le droit de la concurrence* in *JCP*, 2006, I, 149. In Italia il problema è affrontato da P. Sirena, *Il risarcimento dei c.d. danni punitivi e la restituzione dell'arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 531 ss.

(32) La proposta è stata di L. Beteille, ma non è stata accolta.

### La situazione italiana

L'esperienza argentina e francese possono fornire indicazioni significative al nostro ordinamento. Con la sentenza 1183 del 2007, la Cassazione ha ribadito la contrarietà all'ordine pubblico dei danni punitivi, riconfermando come unico fine della responsabilità civile quello della riparazione integrale del danno (33).

La decisione può essere criticata, perché si pone in controtendenza rispetto agli orientamenti europei e mondiali, che stanno valorizzando sempre di più la funzione deterrente, soprattutto nei casi di disparità di potere contrattuale o di condotte particolarmente gravi. A questa tendenza hanno contribuito in modo decisivo anche gli studi di analisi economica del diritto.

Un'ulteriore obiezione può essere mossa alla stessa considerazione di contrarietà dei danni punitivi all'ordine pubblico (34). La presenza, nel nostro ordinamento, di figure aventi natura sanzionatoria, se non permette di ricavare da esse un principio generale, è comunque indicativa di una compatibilità dell'istituto con il sistema. Autorevole dottrina ha da tempo qualificato la clausola penale come pena privata (35) e ha rilevato la natura anche afflittiva dell'istituto (36). La riduzione ad equità prevista nell'art. 1384 c.c. serve solo ad evitare liquidazioni eccessive e sproporzionate, ma non è sufficiente a negare il suo carattere sanzionatorio.

Significativa è stata l'introduzione nel codice di procedura civile degli art. 96, comma 3, e 614 bis (37). Il primo è considerato una figura di danno punitivo, definito dalla giurisprudenza di merito una "sanzione di natura pubblicistica" per scoraggiare l'abuso del processo (38). Il secondo è modellato sull'*astreintes*, figura chiaramente punitiva e utilizzata dalla dottrina francese per dimostrare la non contrarietà all'*ordre public* dei *dommages-interêts punitifs*.

L'esempio maggiormente rilevante di risarcimento sovracompensativo si ricava dall'art. 25 c.p.i., che ammette un'ipotesi di risarcimento del danno comprensivo dei profitti derivanti dalla violazione del diritto di proprietà intellettuale (39). Viene in particolare stabilito che la restituzione degli utili realizzati possa essere chiesta in alternativa al lucro cessante o nella misura in cui essi lo eccedono. Tale regola, seppur limitata ad un ambito specifico, è equiparabile al *disgorgement* statunitense e ai *dommages-interêts punitifs per fautes lucratives*, che probabilmente saranno accolti in Francia come figura generale.

Pena privata (40) è anche quella prevista dall'art. 12 della legge sulla stampa (41).

Complessa è la riflessione sulla natura dei danni non patrimoniali (42). Se è vero che essi mirano a compensare la lesione di valori e interessi della persona non quantificabili economicamente (43), spesso la difficoltà di determinarli, i criteri utilizzati o anche la loro concessione in assenza di una loro espressa al-

#### Note:

(33) Foro it., 2007, I, 1460 ss., con nota di G. Ponzanelli, *Danni punitivi: no, grazie e in questa Rivista*, 1997, 4, 497 con nota di P. Fava, *Punitive damages e ordine pubblico: la Cassazione blocca lo sbarco*. Sui danni punitivi in generale v. Francesca Benatti, *Correggere e punire dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, Milano, 2008.

(34) V. Riccio, *I danni punitivi non sono, dunque, in contrasto con l'ordine pubblico interno*, in *Contr. e impr.*, 2009, 854 ss.

(35) Moscati, voce *Pena (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano, 1982, 774 ss.

(36) S. Mazzaresse, *La clausola penale*, in *Il codice civile commentato*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1999, sub art. 1382-1384, 150 ss.

(37) Cfr. C. Consolo, *Una buona 'novella' al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360 bis e 614 bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, in questa *Rivista*, 2009, 6, 737 ss. Sulla riforma in generale, v. fra molti G.F. Ricci, *La riforma del processo civile*, Torino, 2009. Sulla *astreinte* in particolare v. F. Godio, *L'astreinte e la giurisprudenza di merito: un primo bilancio su alcuni profili operativi*, in questa *Rivista*, 2011, 8, 1121 e B. Capponi, *L'esecuzione processuale indiretta*, Milano, 2011, *passim*.

(38) V. Trib. Piacenza, 7 dicembre 2010; Trib. Rovigo Sez. Adria, 7 dicembre 2010; Trib. Roma, Sez. Ostia, 9 dicembre 2010, in *Giur.it.*, 2011, 2568 con nota di Veronese, *L'art. 96, comma 3, c.p.c. nell'interpretazione della più recente giurisprudenza di merito: alcuni punti fermi*.

(39) V. P. Pardolesi, *La retroversione degli utili nel nuovo Codice dei diritti di proprietà industriale*, in *Dir. ind.*, 2005, p.37 ss. Danni e interessi "punitivi" sono previsti a tutela della proprietà intellettuale anche in Spagna, cfr. l'art. 140.2 del Decreto Legislativo reale 1/1996 e l'art. 66.2 a) della legge 11/1986. La restituzione dei benefici ottenuti nei casi di violazione del diritto all'onore, all'immagine, alla riservatezza pare prevista anche dall'art. 9.3 della Legge 1/1985.

(40) Sul punto v. Busnelli, Scafili (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985.

(41) Zeno-Zencovich, *Il risarcimento esemplare per diffamazione nel diritto americano e la riparazione pecuniaria ex art. 12 legge sulla stampa*, in *Resp. civ. prev.*, 1983, 40 ss.; Cendon, *Pena privata e diffamazione*, in *Pol. dir.*, 1979, 149 ss., v. inoltre, Cass. civ. n. 6490 del 2010 e 10214 del 2011. In Ungheria, l'art. 19 ai commi 4 e 6 della legge II/1986 modificata dalla legge XI/1990 prevede la concessione di una somma pari a circa 2000 euro nell'ipotesi in cui la divulgazione di un fatto da parte dei media violi diritti della persona.

(42) Sui danni non patrimoniali, cfr. *ex multis*, Navarretta, *Danno non patrimoniale. Principi, regole e tabelle per la liquidazione*, Milano, 2010.

(43) Sulle funzioni del danno non patrimoniale, v. D'Adda, *Le funzioni del risarcimento del danno non patrimoniale*, in *Il danno non patrimoniale*, in *Trattato della responsabilità civile* (diretto da S. Patti), Torino, 2010, 115 ss.; Franzoni, *Il danno risarcibile*, in *Trattato della responsabilità civile*, Milano, 2010, 721 ss.

legazione li avvicinano a quelli punitivi (44). Ciò si evidenzia nell'uso di parametri come la gravità del fatto, la valutazione della condotta del danneggiante (45), spesso anche nell'impiego di formule vaghe quali "le circostanze del fatto".

Si osserva come la "depatrimonializzazione del diritto privato" abbia comportato un dibattito, in tutti gli ordinamenti, sulla esigenza di una funzione punitiva (46) della responsabilità civile, ottenuta attraverso la concessione dei danni non patrimoniali. Un esempio è l'ordinamento portoghese, dove nel XX secolo si è avuta una rinascita della nozione di "indemnização sancionatoria" (47). Il codice civile portoghese elenca agli artt. 494 e 496 gli elementi da valutarsi per quantificare i danni non patrimoniali che sono la gravità della condotta, la situazione economica dei soggetti coinvolti e le particolari caratteristiche del caso concreto. Essi sono equiparabili ai parametri impiegati dalla giurisprudenza americana nei casi di liquidazione dei *punitive damages*. Il Supremo Tribunal de Justicia dichiara espressamente che il danno morale ha "natureza mista" ed è finalizzato a "reparação dos danos causados" e a "sancionar a conduta do lesante" (48). La stessa conclusione sulla doppia funzione del danno morale (49) è stata raggiunta dal Superior Tribunal de Justicia brasiliano che lo definì atto alla "reparação do dano" e "punicao do ofensor porque nao volte a reincidir" (50). Va sottolineato, peraltro, che l'accoglimento della tesi non ha determinato risarcimenti elevati. Un'eccezione è stata la liquidazione di una somma pari a 1500 salari ad un lavoratore rimasto paraplegico in seguito ad una ferita d'arma da fuoco motivata con «a situação econômico-social das partes, a atividade ilícita exercida pelo réu 2º recorrente, de ganho fácil, o abalo físico, psíquico e social sofrido pelo autor, o elevado grau da agressão, a ausência de motivo e a natureza punitiva e inibidora que a indenização, no caso, deve ter» (51). Risarcimenti elevati di danni morali sono stati, poi, imposti a Brasil Telecom (52) in caso di indebita segnalazione di una società alla Serviço de Proteção ao Crédito (SPC) e Serasa - corrispondenti alla nostra Centrale Rischio (53) e in un altro avente ad oggetto la morte per infarto di un cliente, mentre tentava di disdire un servizio attraverso il call center (54). La funzione deterrente è stata in entrambe le sentenze determinante per la quantificazione del danno morale.

La previsione di istituti con finalità di sanzione in-

**Note:**

(44) In Italia G. Bonilini, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, 296 ss., aveva già sostenuto che "la risposta pecuniaria

alle conseguenze non monetizzabili di un fatto illecito, va effettivamente annoverata fra le pene private" per due ragioni: "è l'esperienza ad evidenziare come sia fittizia l'idea che il denaro assegnato al lesso serva ad eliminare, attraverso sensazioni di carica positiva, le sensazioni di segno contrario che il illecito ha realizzato" essendo la funzione compensativa "troppo incerta, soggettiva, spiritualmente non convincente, logicamente debole... e al contrario il momento afflittivo sia pronto ad emergere"; inoltre è "la stessa Relazione al Re ad avvertire che nel caso del reato è necessario riconoscere la riparazione del danno non patrimoniale perché "è più intensa l'offesa all'ordine giuridico e maggiormente sentito il bisogno di una più energica repressione con carattere preventivo". La funzione deterrente dei danni non patrimoniali trova qui espressa affermazione. In tal senso v. ancora G. Bonilini, *Pena privata e danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. prey.*, 1984, 159 ss.

(45) Tali indici sono presi in considerazione anche nel diritto olandese.

(46) La riflessione è svolta da P. Gallo, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996, 13 ss. L'espressione "depatrimonializzazione del diritto privato" è adottata anche da S. Carval, *La Responsabilité Civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, Paris, 1995.

(47) V. Gomes, *Uma função punitiva para a responsabilidade civil e uma função reparatória para a responsabilidade penal?*, in *RDE*, Ano XV, 1989, 105-144; Lourenço, *Os Danos Punitivos*; in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, XLIII, n. 2, 2002 e *A Indemnização Punitiva E Os Critérios Para A Sua Determinação*, disponibile presso [http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/responsabilidade\\_civil\\_paulameiralourenco.pdf](http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/responsabilidade_civil_paulameiralourenco.pdf). La funzione deterrente della responsabilità civile viene, invece, individuata nella responsabilità ambientale da Menezes Cordeiro, *Direito ao Ambiente, princípio da prevenção: direito à vida e à saúde, anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 2 de Julho de 1996*, ROA, 1996, Lisboa, 667 ss.

(48) V. le decisioni riportate in Lourenço, *A indemnização*, cit.

(49) V. in dottrina, A. Santos, *Dano moral indenizável*, in *São Paulo Revista dos Tribunais*, 2003, 164. A reparação do dano moral è vista pela vítima como ressarcitória e sob o enfoque do autor do illecito, como uma sanção. Por isso, o afastamento de qualquer dogma que aprisione em camisa-de-força critérios apriorísticos que parecem puros. Daí o caráter duplice que deve revestir a reparação do dano moral." In tal senso v. anche A. S.J. Ronald, *Dano moral*, Rio de Janeiro, 1998; A. L.M. Silva, *O Dano Moral e sua Reparação Civil*, São Paulo, 2002; S.C. Yusuf, *Dano Moral*, São Paulo, 2005.

(50) STJ, RESP 487749/RS, DJU de 12.5.2003, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon.

(51) V. il commento di Corrêa de Andrade, *Indenização Punitiva*, disponibile presso [http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir\\_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi\\_civil/indenizacao\\_punitiva.pdf](http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_civil/indenizacao_punitiva.pdf).

(52) Brasil Telecom era già stata condannata varie volte al risarcimento di danni morali elevati, tra cui in *Apelação Cível* n. 2009.031284-7, per aver addebitato servizi non richiesti ad un cliente. Nella decisione è stato affermato che: "A fixação da indenização por dano moral deve observar os critérios da razoabilidade e proporcionalidade, levando em conta ainda as condições sociais e econômicas das partes, com o intuito de evitar a reiteração da conduta do ofensor, mas sem que importe em vantagem indevida à parte ofendida".

(53) V. <http://www.abrasnet.com.br/comites/juridico/noticias-juridicas/?materia=3346>

(54) Cfr. <http://fabricioadvocacia.blogspot.com/2010/04/brasil-telecom-deve-indenizar-viuva-de.html>

trodotti nel nostro ordinamento e la possibile duplice natura del danno morale dimostrano come i danni punitivi o sovracompensativi non possano essere più considerati, oggi, contrari all'ordine pubblico. Piuttosto, sia per il riconoscimento delle sentenze straniere che li prevedono, sia per una più moderna concezione della responsabilità (55), che ne riconosca la funzione deterrente (56), l'indagine deve concentrarsi sui criteri per la loro quantificazione - al fine di non lasciare al decisore un potere discrezionale illimitato - e sul rispetto dei principi di razionalità e proporzionalità (57).

**Note:**

(55) F.D. Busnelli, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito e danni punitivi*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 909.

(56) Uno spiraglio sembra aperto da due decisioni della Cassazione, che ammettono la retroversione dei profitti: la prima riguarda lo sfruttamento abusivo di immagine (Cass. 1 marzo 2010, n. 11353, in *Foro it.*, 2011, I, 540, con nota di P. Pardolesi, *Abusivo sfruttamento d'immagine e danni punitivi*); la seconda la violazione del diritto d'autore, (Cass. 15 aprile 2011, n. 8730 in *Foro it.*, 2011, I, 3069 con nota di P. Pardolesi, *Violazione del diritto d'autore e risarcimento punitivo /sanzionatorio*).

(57) Brogini, *Compatibilità di sentenze straniere di condanna al risarcimento di "punitive damages" con il diritto europeo della responsabilità civile*, in *Eur. dir. priv.*, 1999, 479 ss..

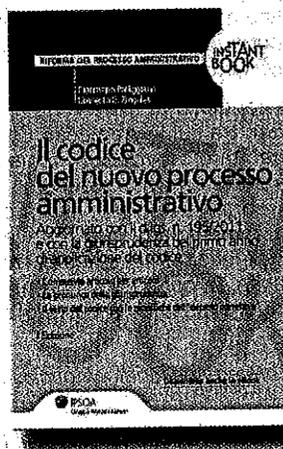
**LIBRI**

COLLANA: INSTANT BOOK

## Il Codice del nuovo processo amministrativo - II edizione

Aggiornato con Il d.lgs. n. 195/2011 e con la giurisprudenza del primo anno di applicazione del codice

Autori: Gianmario Palligiano, Umberto G. Zingales



**CONTENUTI**

Il volume, **riveduto ed aggiornato** alla luce delle modifiche apportate dal **"decreto correttivo"** di cui al **d.lgs. 15 novembre 2011, n. 195**, costituisce un **agile e completo strumento** per una lettura guidata del **codice del processo amministrativo**, emanato con decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, attraverso la **puntuale e analitica esposizione commentata di ciascuno dei 137 articoli, comma per comma**.

Particolare attenzione è stata dedicata alla **giurisprudenza** amministrativa intervenuta nel **primo anno di applicazione del codice**, il cui contributo resta di fonda-

mentale importanza per l'interpretazione degli istituti processuali. Completano l'opera il testo del codice, aggiornato alle modifiche del **"decreto correttivo"** e degli altri Allegati. Disponibile anche nella versione **E-book**.

ipsoa 2012, pagg. 352, euro 30,00

**Per informazioni e acquisti**

- **Servizio Informazioni Commerciali** (tel. 02.82476794 - fax 02.82476403)
- **Agente ipsoa di zona** ([www.ipsoa.it/agenzie](http://www.ipsoa.it/agenzie))
- <http://shop.wki.it/ipsoa>