

CIRCA L'OPPORTUNITÀ DELLA DISTINZIONE TRA RISARCIMENTI PUNITIVI CONVENZIONALI E CLAUSOLA PENALE

FILIPPO MAISTO
Professore ordinario
nell'Università della Calabria

SOMMARIO: 1. Caratteri strutturali del paradigma dei risarcimenti punitivi: rilievo eminente dell'*extra-compensation*. – 2. Profili di potenziale incostituzionalità della determinazione dell'impegnatività di prestazioni pecuniarie sanzionatorie in ipotesi non tipizzate dal legislatore nazionale. Garanzie costituzionali a presidio del principio d'inviolabilità del patrimonio dei consociati. – 3. Il ruolo della gerarchia tra i valori coinvolti: le soluzioni operative scaturenti dal bilanciamento degli interessi in conflitto, alla luce dell'ordine di prevalenza voluto dalle superiori emanazioni di sovranità. Esplicazioni di risarcimenti punitivi, non previsti da una specifica disposizione di legge ("atipici"), accolti dal diritto vivente (danno tanatologico; cumulo tra risarcimento e indennizzo; *punitive damages* aggiudicati da Corti straniere). – 4. Estensione della figura all'ambito degli illeciti contrattuali. Riflessi operativi della distinzione tra le due qualifiche dei risarcimenti punitivi convenzionali e della prestazione programmata nella clausola penale – 5. (Segue) Il limite della proporzionalità (rischio di *overdeterrence*). – 6. Riflessi sistematici: dalla "pubblicizzazione del diritto privato" alla "civiltà della tutela di interessi generali".

1. – Astrattamente, il sintagma "risarcimento punitivo" evoca l'idea della coercibilità di una prestazione pecuniaria con le seguenti caratteristiche: essere a carico dell'autore di una condotta illecita (in particolare, valutata a titolo di responsabilità extracontrattuale)¹; andare tendenzialmente a beneficio della vittima dell'eventuale danno²; eccedere la

¹ Cfr. C. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie. Studio per una teoria dei "danni punitivi"*, Padova, 2019, 65; IDEM, *Il problema della riconoscibilità di sentenze comminatorie di punitive damages: alcuni spunti ricostruttivi*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1662.

² Sul piano della concreta esperienza giuridica, L.E. PERRIELLO, *Polifunzionalità della responsabilità civile e atipicità dei danni punitivi*, in *Contr. impr. Europa*, 2018, 444, rimarca il dato che "in alcune giurisdizioni americane, poi, una percentuale dei danni punitivi è devoluta allo Stato (ad esempio, in Indiana il 75 %)". In prospettiva sistematica, bisogna sottolineare che la prestazione pecuniaria ultracompensativa, quando trapassa dai rapporti intersoggettivi a quelli tra individuo e Istituzioni, perde

misura ontologica del danno medesimo (c.d. *extra-compensation*); variare in base alla gravità della colpa del danneggiante. Come è del tutto evidente, la caratteristica strutturale distintiva di una simile prestazione consiste, soprattutto, nel dato (effettivo/potenziale) dell'eccedenza dell'entità della prestazione pecuniaria rispetto al valore monetario del danno³. In questo modo, il risarcimento assume una funzione extracompensativa potenzialmente afflittiva, la quale richiama l'ulteriore criterio della variabilità in considerazione della gravità della colpa⁴.

È bene evidenziare che l'elemento dell'*extra-compensation* distingue (dal punto di vista contenutistico) il paradigma del risarcimento punitivo rispetto a quello concernente la prestazione penale, la quale nella nostra tradizione civilistica evoca nella denominazione una prestazione rimediale con funzione afflittiva per l'autore di un illecito contrattuale⁵. In vero, occorre rimarcare il dato che il riferimento all'interesse del creditore (art. 1384 c.c.)

i caratteri della pretesa civilistica (i.e. dell'inerenza al diritto civile) e assume quelli delle sanzioni amministrative (i.e. attiene al diritto pubblico-amministrativo, v., *infra*, § 6). Sul punto, anche G. SPOTO, *Risarcimento e sanzione*, in *Europa dir. priv.*, 2018, 515 ss., sottolinea il concetto che i risarcimenti punitivi, quando si traducono nella determinazione della vincolatività di un'attribuzione pecuniaria in favore dello Stato (piuttosto che nell'evento pratico-economico di uno spostamento patrimoniale all'interno di un rapporto intersoggettivo), assumono i caratteri indicati dall'inerenza al diritto pubblico e non al diritto privato. In tal senso, può essere inteso anche il monito di TRIMARCHI, *Responsabilità civile punitiva?*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 689 s., secondo il quale "ben diversa è la valutazione di regole che prevedano, in occasione di un giudizio civile di responsabilità, l'applicazione di sanzioni pecuniarie punitive da versare alle casse dello Stato".

³ Diffusamente: F. QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, Napoli, 2013, 210 ss.; A. MONTANARI, *Del "risarcimento punitivo" ovvero dell'ossimoro*, in *Europa dir. priv.*, 2019, 386. Similmente, C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 329, sottolinea il dato che con i *punitive damages* accade sempre che si attribuisca al danneggiato "un valore maggiore di quello che ristora la perdita". Sulla stessa linea, TRIMARCHI, *o.c.*, 692, focalizza l'attenzione sul carattere extracompensativo delle prestazioni pecuniarie. Diversamente, G. SPOTO, *o.c.*, 501, sostiene la opportunità/necessità di distinguere tra "danni punitivi" e "danni ultracompensativi".

⁴ Sottolineano la valenza di questo criterio di giudizio: F. BENATTI, *Correggere e punire. Dalla Law of Torts all'inadempimento del contratto*, Milano, 2008, pp. 121 e 350; L.E. PERRIELLO, *o.c.*, 434.

⁵ Con argomentazioni simili, anche G. SPOTO, *o.c.*, 496, richiamando l'opinione *mainstream* (confermata dal disposto dell'art. 1384 c.c.) che la clausola penale sia "un mezzo di anticipazione forfettario della liquidazione del danno in ottica riparatoria e non sanzionatoria", inferisce il concetto che il dato dell'*extra-compensation* sia ontologicamente estraneo alle vicende pratico-economiche proiettate dal suddetto atto di autonomia.

legittima la decisione di ammettere l'eccedenza della prestazione penale rispetto al normale risarcimento del danno, ma circoscrivendola entro limiti precisi (e, piuttosto, angusti): essa consente di estendere il danno risarcibile, considerando, oltre le strettoie indicate dalla Corte di cassazione⁶, anche le lesioni non patrimoniali e, in deroga alla previsione dell'art. 1223 c.c., pure i pregiudizi soltanto indirettamente connessi al fatto dannoso (come, ad es., un mancato incremento del volume d'affari, il quale sia dovuto all'esclusione di una probabile crescita della propria reputazione professionale indotta dall'inadempimento di un fornitore). In altri termini, la prestazione pecuniaria a titolo di penale, pur essendo (potenzialmente) superiore al valore del danno (normalmente) risarcibile, risulta pur sempre ancorata ai pregiudizi (anche non patrimoniali e indiretti) effettivamente subiti dal danneggiato⁷. Pertanto, di là dalla suggestione nominalistica, rileva il dato che la prestazione penale è, comunque, connotata da una funzione compensativa⁸.

Il precedente rilievo conferma l'estraneità della categoria ordinante del risarcimento punitivo rispetto alla tradizione giuridica italiana. Le ragioni non sono teoriche, ma storiche. È opportuno evidenziare che un punto fermo dell'evoluzione della convivenza civile è consistito nell'abolizione del "carcere per debiti" (l. 6 dicembre 1877, n. 4166). In chiave ideologica, si

⁶ Bisogna rimarcare che le Sezioni Unite, concependo il criterio di giudizio della risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento, ne hanno circoscritto l'impiego all'ipotesi di "lesione dei diritti inviolabili della persona" (cfr. Cass., Sez.Un., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Foro it.*, I, c. 120). Per l'evidenziazione di questo passaggio, v. G. ANZANI, *Danno non patrimoniale e responsabilità da inadempimento*, in *Studium Iuris*, 2017, 402).

⁷ Alla luce della vicenda della riducibilità *ex art.* 1384 c.c., nell'apparato decisorio innescato dalla penale si configura anche un particolare vantaggio processuale per il danneggiato: operando questa tecnica, vale l'assunto che la dimostrazione dell'entità del danno sia assorbita da un'inversione dell'onere della prova a carico del danneggiante.

⁸ Similmente, A. DI MAJO, *Rileggendo Augusto Thon, in merito ai c.d. danni punitivi dei nostri giorni*, in *Europa dir. priv.*, 2018, 1313, sostiene che la clausola penale "ha dunque una valenza risarcitoria, pur essendo indipendente dalla prova del danno". In questa prospettiva, egli rileva che detta prestazione è commisurata "al presumibile danno, che il soggetto avrebbe subito a seguito dell'inadempimento", e che "la sua riduzione "in considerazione dell'interesse che il creditore aveva all'adempimento" (art. 1382) lo dimostra". Per la concezione, alquanto diffusa, che la clausola penale sia preordinata alla giustiziabilità di vicende utilitaristiche, le quali le conferiscono la fisionomia di "mezzo di liquidazione preventiva del danno", v. anche G. SCARCHILLO, *La natura polifunzionale della responsabilità civile: dai punitive damages ai risarcimenti punitivi. Origini, evoluzioni giurisprudenziali e prospettive di diritto comparato*, in *Contr. impr.*, 2018, 305.

delinea, più ampiamente, un atteggiamento di riprovazione per l'impiego di provvedimenti afflittivi per conformare i rapporti intersoggettivi.

Nonostante le predette avversità, bisogna registrare che più volte la valutazione dell'ammissibilità di risarcimenti punitivi ha cercato di affermarsi nel diritto vivente. Soprattutto, di recente, essa ha trovato degli importanti riscontri nell'ambito del diritto internazionale privato (*rectius* diritto civile transnazionale). Un tale rilievo sembra attestare la capacità di simili tecniche decisorie di favorire, oltre ad interessi individuali meritevoli, anche obiettivi politici concernenti l'ordinato sviluppo della convivenza civile. Nella prospettiva di un'evoluzione dell'ordinamento, è opportuno, pregiudizialmente, verificare l'inesistenza di un contrasto con i principi informatori espressi dalle supreme manifestazioni di sovranità. Coerentemente con il metodo del "positivismo etico"⁹, bisogna considerare il dato della mono/polifunzionalità della responsabilità civile quale una ricostruzione descrittiva *a posteriori*, piuttosto che assumerlo come premessa applicativa *a priori*¹⁰.

2. – Come è noto, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione nel 2017 hanno enunciato l'assunto della non assoluta contrarietà della statuizione straniera della coercibilità di *punitive damages* all'ordine pubblico di cui agli artt. 16, 64, lett. g), e 65, l. 31 maggio 1995, n. 218¹¹. La valutazione positiva, però, è stata subordinata alla condizione che la condanna al risarcimento punitivo "sia stata resa nell'ordinamento straniero su basi normative che garantiscano la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità della stessa ed i limiti quantitativi". In altri termini, si deve trattare di figure che, rispetto all'ordinamento di provenienza, abbiano caratteri equivalenti a quelli che

⁹ Per questa impostazione metodologica, v. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, *passim*, ma spec. 122 ss.

¹⁰ La "questione metodologica" è (condivisibilmente) sollevata da PERLINGIERI, *Le funzioni della responsabilità civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 119 ss. In diversa prospettiva scientifica, A. MONTANARI, *Del "risarcimento punitivo" ovvero dell'ossimoro*, in *Europa dir. priv.*, 2019, 443 ss., ritiene, invece, decisivo il rilievo dell'estraneità della funzione punitiva del risarcimento (non al disegno dei principi informatori costituzionali e sovranazionali, ma) al sistema (di matrice dogmatico-codicistica) della responsabilità civile. In particolare, egli ritiene che un simile dato conduca alle negatività consistenti nell'"incertezza dei rapporti" e della "frantumazione dell'ordine", le quali fungerebbero da fondamento assiologico per concepire soluzioni operative contrarie ad innovazioni troppo radicali della tradizione giuridica nazionale.

¹¹ Cass., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Danno resp.*, 2017, 419 ss.

nella nostra esperienza giuridica discendono dalla tipizzazione da parte di una disposizione di legge a struttura “regolamentare”¹².

È bene osservare che la precedente considerazione pregiudiziale non si traduce univocamente nell’assunto che i ragionamenti applicativi, i quali sono preordinati alla determinazione dell’impegnatività di un risarcimento punitivo, risultino compatibili con i valori fondamentali della legalità costituzionale. Occorre segnalare che, nell’ambito della scienza gius-internazionalprivatistica, l’attuazione in Italia di vicende effettuali desunte da determinazioni straniere contrarie ai principi costituzionali è consentita dai seguenti artifici dogmatici: la teoria della distinzione tra le due nozioni di “ordine pubblico internazionale” e di “ordine pubblico interno”¹³; la teoria della distinzione tra “questione principale” e “questioni

¹² Circa la differenza tra “disposizioni regolamentari” ed “enunciazioni di principio”: PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., 225 ss.; IDEM, *Legal principles and values*, in *ItalLJ*, 2017, 1, 135 ss.; IDEM, *Il diritto civile tra regole di dettaglio e principi fondamentali. Dall’interpretazione esegetica all’interpretazione sistematica*, in *Foro nap.*, 2019, 379 ss.

¹³ Secondo questa distinzione la nozione di ordine pubblico internazionale sarebbe rappresentata dall’insieme dei valori comuni a tutte le Nazioni civili, mentre quella di ordine pubblico interno atterrebbe al complesso dei valori fondanti del nostro ordinamento estrapolati soprattutto dalle disposizioni costituzionali. Tra i principali fautori di questa teoria: G. BARILE, *I principi fondamentali della comunità statale ed il coordinamento fra sistemi (l’ordine pubblico internazionale)*, Padova, 1969, *passim*; ID., *Ordine pubblico (diritto internazionale privato)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 110 ss.; N. PALAJA, *L’ordine pubblico internazionale: problemi interpretativi sull’art. 31 delle disposizioni preliminari al codice civile*, Padova, 1974, *passim*. In particolare, il primo a. citato sostiene la tesi della differenziazione, argomentandola da due ordini di ragioni. In primo luogo, egli ritiene che la distinzione tra i due tipi di ordine pubblico sia immanente alla funzione del diritto internazionale privato rappresentato dal “fine universalistico dell’uniformità di regolamento nello spazio” (cfr. G. BARILE, *Ordine pubblico*, cit., 1112). Un simile rilievo, tuttavia, appare alquanto inconferente, dato che l’obiettivo dell’uniformità rappresenta un valore in sé soltanto nel campo dei diritti patrimoniali; al contrario esso in diversi casi (di frequente) non merita di essere perseguito con riguardo ai regimi attinenti agli interessi esistenziali o ai rapporti personali (cfr. F. MAISTO, *Personalismo e solidarismo familiare nel diritto internazionale privato*, Napoli, 2011, 64 ss.). In secondo luogo, il succitato a. sostiene che la coincidenza di significati tra le categorie dell’ordine pubblico “interno” e di quello “internazionale” condurrebbe all’“assurda conseguenza che il nostro diritto internazionale privato risulterebbe inattuabile nelle molte materie regolate quasi esclusivamente da norme inderogabili di diritto materiale italiano (così in quelle relative alla capacità ai rapporti di famiglia, ai rapporti personali fra coniugi, ecc.)” (cfr. G. BARILE, *o.u.c.*, 1116). Sul punto, è opportuno notare che la paventata aporia può essere sufficientemente scongiurata, considerando i margini consentiti all’operatività delle norme straniere incidenti su interessi esistenziali dalla “teoria del bilanciamento” (v., F. MAISTO, *o.c.*, 28 ss.).

preliminari¹⁴; la teoria dell'“effetto attenuato dell'ordine pubblico”¹⁵. Di là da motivazioni tecniche più specifiche per ciascuna teoria¹⁶, merita di essere accolto l'argomento della loro contrarietà al costrutto dell'unitarietà dell'ordinamento¹⁷. Soltanto dopo aver sgombrato il campo da queste ambiguità, è corretto concludere che la S.C. abbia, surrettiziamente,

¹⁴ Secondo questa concezione il limite dell'ordine pubblico non avrebbe pieno vigore, quando la norma straniera serva a risolvere una questione preliminare. L'idea che la qualifica di “questione preliminare” sarebbe preordinata all'esclusione ovvero ad una forte attenuazione della valenza decisoria del canone dell'ordine pubblico è, comunemente, fatta risalire a LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit International privé*, Paris, 1959, 73 ss. Questa teoria è richiamata (*ad abundantiam*) da Cass., 2 marzo 1999, n. 1739, in *Foro it.*, 1999, I, c. 1458. La S.C., a mo' di esempio, ricorda che in base ad un tale ragionamento ermeneutico “è stato affermato, così, che il figlio e la moglie del musulmano poligamo sono comunque ammessi a succedere ai beni lasciati da costui in Italia”. Per un approfondimento di queste categorie è d'uopo rinviare a PICONE, *Saggio sulla struttura formale del problema delle questioni preliminari nel diritto internazionale privato*, Napoli, 1971, *passim*.

¹⁵ Secondo questa concezione il suddetto canone non potrebbe precludere l'esercizio in Italia di diritti conseguenti a qualifiche giuridiche e *status* stabilmente acquisiti all'estero (detta teoria è illustrata e accolta da S. TONOLO, *Le unioni civili nel diritto internazionale privato*, Milano, 2007, 174 ss.; analoghe implicazioni pratiche sono suggerite da G. PASTINA, *La nozione di famiglia nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e gli obblighi alimentari derivanti da unioni personali*, in AA.VV., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato* a cura di G. Carella, Torino, 2009, cit., 171). Tale concezione discende dalla categoria dell'“ordine pubblico di prossimità” coniata dalla dottrina francese (cfr. COURBE, *L'ordre public de proximité*, in *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, 2005, 227 ss.). La similitudine tra la teoria della questione preliminare e quella dell'effetto attenuato consiste, soprattutto, nella preordinazione a modulare la portata preclusiva dell'ordine pubblico in proporzione al grado di estraneità della fattispecie rispetto all'ordinamento interno. La precedente notazione è sviluppata da G. CARELLA, *Diritto di famiglia islamico, conflitti di civilizzazione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in AA.VV., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato* a cura di G. Carella, cit., 69. Questa a. sottolinea, in primo luogo, che per la teoria delle questioni preliminari il giudice italiano “potrebbe riconoscere gli effetti di tali istituti [contrari ai principi fondamentali] se posti in essere all'estero, data la maggiore estraneità della fattispecie rispetto al foro”. In secondo luogo, ella rileva che in base alla teoria dell'effetto attenuato (cd. ordine pubblico di prossimità) “si esclude l'operare dell'ordine pubblico quando la fattispecie non sia collegata al foro da criteri significativi, quali il domicilio o la cittadinanza”.

¹⁶ Cfr. F. MAISTO, *o.c.*, 31 ss.

¹⁷ Così, G. PERLINGIERI-G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, 15 ss., dove si spiega l'eventuale deviazione delle statuizioni applicabili alle fattispecie transnazionali rispetto a quelle concepibili per i rapporti intersoggettivi privi di elementi di estraneità (c.dd. fattispecie domestiche), invocando (non una differente consistenza del parametro dell'ordine pubblico, ma) la sussistenza di diversi valori da bilanciare.

affermato il concetto della compatibilità – nei limiti della tassatività della casistica – della determinazione dell'impegnatività di risarcimenti punitivi con la legalità costituzionale (integrata dai principi sovranazionali *ex artt. 11 e 117 cost.*)¹⁸.

L'acquisizione delle predette conclusioni, tuttavia, richiede un approfondimento del vaglio della non contrarietà della tecnica dell'ammissibilità di risarcimenti punitivi rispetto ai principi costituzionali. Soprattutto, si segnala un potenziale contrasto con gli enunciati degli artt. 23 e 25, comma 2, cost.¹⁹.

L'art. 23 Cost. recita che: "Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta in base alla legge". Con riferimento ai rapporti di cooperazione intersoggettiva (*i.e.* più strettamente civilistici) questa prescrizione svolge un ruolo fondamentale a livello ideologico. Essa, combinandosi con il primo comma dell'art. 3 cost., delinea la rappresentazione che l'attribuzione della titolarità, a favore dei consociati, di diverse situazioni di diritti e di obblighi discende, normalmente, dalla volontà che essi stessi hanno espresso (*c.d.* giustizia retributiva). Soltanto quando ricorrono le superiori esigenze di politica sociale ed economica

¹⁸ La S.C. ha chiarito di aver acquisito l'idea che la categoria dell'ordine pubblico si riferisca al sistema di tutela dei diritti fondamentali risultante dall'integrazione dei valori costituzionali con quelli predicati dalla Carta di Nizza.

¹⁹ Il rilievo dell'esistenza di un potenziale conflitto tra "una disposizione legislativa che si limitasse a prevedere il potere del giudice di irrogare risarcimenti punitivi" con le prescrizioni degli artt. 23 e 25, comma 2, cost. è sollevato da C. CASTRONOVO, *o.c.*, 331. Aderiscono alla tesi restrittiva, sottolineando, però, che il sindacato d'incostituzionalità/illegittimità sia circoscritto alle sole determinazioni giudiziali di risarcimenti punitivi "atipici" (*i.e.* non espressamente comminati da una specifica disposizione di legge): G. PONZANELLI, *Novità per i danni esemplari*, in *Contr. impr.*, 2015, 1023 s.; C. DE MENECH, *Il problema della riconoscibilità di sentenze comminatorie di punitive damages: alcuni spunti ricostruttivi*, cit., pp. 1669 e 1673 ss., e (più di recente) IDEM, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie. Studio per una teoria dei "danni punitivi"*, cit., 263 (la quale riconosce un contrasto soltanto con l'art. 23 cost.); G. MONATERI, *I danni punitivi al vaglio delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2017, I, c. 2648 ss.; A. CIATTI CÀIMI, *I danni punitivi e quello che non vorremmo sentirci dire dalle corti di common law*, in *Contr. impr. Europa*, 2017, 9 ss. (il quale, oltre al requisito della tipicità, ritiene essenziale anche la rispondenza alla "necessità di protezione di interessi costituzionali"); G. SPOTO, *o.c.*, 497 s.; G. SCARCHILLO, *o.c.*, 321 s.; A. MONTANARI, *o.c.*, 390. *Contra*, ritiene, aprioristicamente, che non vi sia alcun contrasto tra figure di risarcimenti punitivi "atipici" (*i.e.* non riconducibili ad una "espressa norma di legge") a titolo di responsabilità civile e i summenzionati enunciati costituzionali: A. DI MAJO, *o.c.*, 1313. In differente prospettiva metodologica, anche L.E. PERRIELLO, *o.c.*, 449 ss., perviene a (condivisibili) soluzioni ordinatorie informate al canone dell'ammissibilità di risarcimenti punitivi atipici, desumendole (però) dall'argomento (non della gerarchia dei valori, ma) della compatibilità della clausola generale dell'art. 2043 c.c. con le condizioni richieste dal testo dell'art. 25 cost.

richiamate dal testo del secondo comma dello stesso art. 3 cost., la legge potrebbe scegliere di attribuire a singoli o categorie di singoli dei sacrifici o delle utilità, nei confronti della collettività (rapporti amministrativistici) o di altri consociati (rapporti civilistici), indipendentemente dalla loro volontà (c.d. giustizia distributiva). In questo quadro di enunciazioni di sovranità, l'art. 23 cost. assolve il compito di esprimere la scelta di adottare il criterio politologico-economistico della giustizia retributiva come modello-base della ripartizione delle risorse disponibili. In detta prospettiva, si osserva che un simile enunciato serve a legittimare la determinazione della vincolatività di condotte di cooperazione intersoggettiva (prestazioni e spostamenti patrimoniali) soltanto in due casi: se vi sia stata una scelta spontanea degli interessati; se una legge ne abbia valutato l'opportunità per il perseguimento di superiori obiettivi di convivenza civile. Con riferimento a condotte (non di cooperazione, ma) afflittive (*i.e.* tradizionalmente penalistiche) il testo dell'art. 23 Cost. assume la diversa connotazione ideologica (non di favorire la giustizia retributiva, ma) di protezione della persona e del patrimonio dei consociati rispetto agli abusi dei pubblici poteri (*i.e.* un'estensione dell'*habeas corpus* di cui all'art. 13 cost.). Cionondimeno, costante è l'impianto valutativo espresso dalla manifestazione di sovranità: la statuizione della vincolatività di una condotta afflittiva (qual è la prestazione di un risarcimento punitivo) è valutata positivamente soltanto alle seguenti condizioni (alternative): se previamente concordata dagli interessati (*i.e.* non imposta loro, ma voluta da loro); se prescritta da una disposizione di legge specifica.

Una limitazione di maggiore intensità si desume dal testo dell'art. 25, comma 2, cost., secondo il quale "nessuno può essere punito se non in forza di una legge". Il testo circoscrive la valutazione "pregiudiziale" (*i.e.* vincolante i giudici) positiva rispetto alla determinazione precettiva dell'impegnatività di condotte afflittive (compresi i risarcimenti punitivi), subordinandola alla condizione della ricorrenza di ipotesi strettamente tipizzate dalla legge. In particolare, un (pre)giudizio negativo si estende sia ai casi in cui tali condotte siano state programmate dagli interessati senza una copertura legislativa, sia ai casi in cui una simile soluzione ordinatoria sia desumibile soltanto da disposizioni di legge formulate in termini di clausole generali (ad es., l'art. 2043 c.c.)²⁰ o di principio (ad es., art. 2 Cost.). La ragione politica ispiratrice di questo impianto valutativo è, evidentemente, il rafforzamento della garanzia dell'*habeas corpus* di cui all'art. 13 cost. (*i.e.* della protezione della persona dei consociati contro gli abusi dei pubblici poteri), tramite l'estensione della tassatività a qualsiasi punizione, anche non implicante una restrizione della libertà personale, e la fissazione del canone dell'irretroattività delle norme afflittive.

²⁰ Cfr. PERLINGIERI, *Legal principles and values*, cit., 141.

3. – Pur acclarato che la tecnica dell'ammissibilità di risarcimenti punitivi non tipizzati dal legislatore nazionale, comunemente (*i.e.* nelle epifanie potenzialmente più diffuse), contrasta con talune enunciazioni costituzionali, tuttavia, non ne risulta definitivamente pregiudicata l'applicabilità: la statuizione di danni punitivi atipici risulterebbe adeguatamente legittimata dalla formula della "conformità alla gerarchia dei valori dell'ordinamento", là dove fosse dimostrato che l'interesse del singolo danneggiato converge con la necessità di attuare preminenti obiettivi di politica del diritto. Occorre, a questo punto, approfondire l'analisi degli interessi potenzialmente coinvolti alla luce della gerarchia dei valori assunta dall'ordinamento. In questa prospettiva, tuttavia, non ha rilievo dirimente la verifica della riconducibilità al paradigma dei risarcimenti punitivi di talune tecniche rimediali espressamente prescritte dalla legge (*i.e.* previste da enunciati legislativi strutturati secondo il modello delle disposizioni regolamentari)²¹. Da un lato, infatti, una simile caratterizzazione della vicenda effettuale non ne implicherebbe alcun contrasto con gli artt. 23 e 25, comma 2, cost., i quali esprimono una valutazione negativa esclusivamente per le ipotesi non tipizzate dal legislatore. D'altro lato, la identificazione di figure tipizzate dalla legge non integra alcuna ragione scientifica per escludere o attenuare la riprovazione per le figure atipiche espressa dai suddetti enunciati costituzionali.

Le maggiori epifanie del paradigma dei risarcimenti punitivi legislativamente atipici nella nostra esperienza giuridica sono state: in ambito (strettamente) personalistico, il risarcimento del danno tanatologico *jure hereditatis*²² e il cumulo tra danno e indennizzo per lesione dell'integrità

²¹ Seguendo una diversa impostazione metodologica, insiste su tale verifica A. MONTANARI, *o.c.*, 404 ss. Così, egli si diffonde nell'analisi dei seguenti enunciati legislativi: le disposizioni concernenti il danno da diffamazione a mezzo stampa; quelle applicabili in caso di danno da abuso d'informazione privilegiate o da manipolazione del mercato; l'art. 709 *ter*, commi 2 e 3, c.p.c. circa il danno provocato da gravi inadempienze nell'affido condiviso di minori; l'art. 614 *bis* c.p.c. sulle *astreinte*; l'art. 96, comma 3, c.p.c. riguardante il caso di lite temeraria; le disposizioni concernenti la restituzione dei proventi dell'illecito sfruttamento di un bene oggetto dell'altrui diritto di privativa. A proposito di queste prescrizioni di legge, TRIMARCHI, *o.c.*, 692 ss., esclude che esse possano essere considerate quali epifanie del paradigma dei risarcimenti punitivi nella nostra esperienza giuridica. Diversamente, A. MALOMO, *Responsabilità civile e funzione punitiva*, Napoli, 2017, 25 ss., analizza le medesime disposizioni legislative, offrendone una ricostruzione favorevole alla tesi dell'ammissibilità dei risarcimenti punitivi.

²² Circa l'articolata vicenda giurisprudenziale che ha portato all'emersione della questione della risarcibilità del danno tanatologico agli eredi, meritano di essere segnalate, soprattutto: Cass., 23 gennaio 2014, n. 1361, in *Foro it.*, 2014, I, c. 719, la

psico-fisica; in area (anche) patrimoniale, i *punitive damages* comminati da Corti di *common law*.

La regola della risarcibilità del danno tanatologico *jure hereditatis* sottende un ragionamento applicativo, secondo il quale si ricorre al titolo dell'illecito civile per vincolare colui, che abbia provocato la morte altrui, al pagamento di una prestazione pecuniaria. Una simile vicenda utilitaristica è caratterizzata da una scissione tra il (formalmente) titolare del diritto e l'effettivo beneficiario della prestazione. La titolarità della situazione attiva, infatti, è astrattamente riconosciuta al morto, il quale, come è evidente, non è in condizione di trarne alcuna utilità reale. Pertanto, il vero destinatario della somma è identificato nel congiunto/erede. Alla luce di un simile assetto d'interessi, ontologicamente, la prestazione risarcitoria non è preposta a svolgere alcuna funzione compensativa (a differenza dei risarcimenti attribuiti ai congiunti *jure proprio*)²³. Ragionando per esclusione, è facile affermare che nei casi in oggetto il pagamento di una somma di danaro da parte dell'autore dell'illecito assume i connotati di un risarcimento a scopo afflittivo/sanzionatorio. Un simile assunto trova conferma, analizzando gli aspetti sociologici e antropologici del fenomeno. In tale prospettiva, rileva il dato (inconfutabile) che l'inflizione di una diminuzione patrimoniale al danneggiante a vantaggio dei congiunti del morto assume un valore simbolico, il quale soddisfa l'esigenza diffusa che la morte causata dall'imprudenza o negligenza altrui non resti impunita. In questi casi, infatti, l'impossibilità tecnica della comminazione di risarcimenti compensativi porterebbe a svalutare la percezione diffusa dell'antisocialità di condotte incuranti della salvaguardia della vita altrui. D'altra parte, tali soluzioni operative non sembrano nemmeno gravare eccessivamente sulla posizione del colpevole, visto che, normalmente, la prestazione è a carico dell'assicurazione e soltanto surrettiziamente (soprattutto, in ragione dell'aumento dei premi futuri) si ritrasferisce su di lui²⁴.

Acclarata l'ontologica funzione sanzionatoria del risarcimento del danno tanatologico *jure hereditatis*, è opportuno attenzionare gli indicatori di legittimità usati nella prassi per vincolare i giudici ad applicare queste soluzioni ordinatorie. Soprattutto, si può fare riferimento al combinato

quale ha "sdoganato" l'argomentazione a favore della formula della risarcibilità; Cass., Sez.Un., 22 luglio 2015, n. 15350, in *Foro it.*, 2015, I, c. 2690, la quale ha inteso ripristinare la soluzione dell'esclusione del risarcimento *jure hereditatis*.

²³ Cfr. A. VIGLIANISI FERRARO, *È risarcibile iure hereditario il danno da morte o il danno ("biologico irreversibile") da lesioni mortali?*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, 623 ss.

²⁴ Data la ricaduta negativa per l'assicurato in termini di aumento dei premi assicurativi, si prospetta il costrutto che il connotato dell'assicurabilità della responsabilità sia compatibile con la funzione punitiva (*contra*, Trimarchi, *o.c.*, 691 s., spec. note 11 e 15).

disposto dell'art. 2 Cost. (essendo il diritto alla vita ricompreso tra "i diritti inviolabili dell'uomo") e l'art. 2043 c.c.²⁵. È facile notare che si tratta di volizioni sovrane strutturate, rispettivamente, in forma di principio e di clausola generale. Per questa ragione (alla luce dell'analisi precedente), si verifica il contrasto della determinazione precettiva della coercibilità del risarcimento punitivo con il testo degli artt. 23 e 25, comma 2, cost. Bisogna notare, tuttavia, che in questi casi essa è deputata ad assolvere un'utilità sociale preminente, in quanto espressione di un'esigenza primaria di civile convivenza in grado di configurare dei doveri di solidarietà politica, economica e sociale di cui all'art. 2 cost. In tal senso, alla luce della gerarchia dei valori assunta dall'ordinamento appare concepibile un allentamento del principio dell'invulnerabilità patrimoniale (oltre che personale) dei consociati (i.e. dell'*habeas corpus* in senso ampio) desumibile dagli artt. 23 e 25, comma 2, Cost. Un simile bilanciamento consente, in ogni caso, di legittimare la decisione del giudice di concedere il risarcimento del danno tanatologico *jure hereditatis*.

Un discorso simile vale anche rispetto al fenomeno del cumulo tra risarcimento e indennizzo in caso di lesione dell'integrità psico-fisica. In dette circostanze, la statuizione della coercibilità della prestazione risarcitoria si desume dalla combinazione tra la clausola generale della responsabilità extracontrattuale (art. 2043 c.c.) e l'artificio della mancata previsione del criterio della *compensatio lucri cum damno*²⁶. Data la corresponsione dell'indennizzo (previdenza sociale²⁷ o assicurazione privata senza surroga²⁸), tuttavia, il risarcimento non assolve la normale funzione compensativa. In questo contesto, pertanto, la prestazione pecuniaria del responsabile assume, essenzialmente, fisionomia sanzionatoria. Ricorrono,

²⁵ Appare superfluo richiamare anche l'art. 2059 c.c., nonostante il fatto integri, normalmente gli estremi del reato di omicidio colposo. Infatti, si considera acquisita l'interpretazione di questo enunciato legislativo, secondo la quale la categoria del "danno non patrimoniale" non si riferisce ai pregiudizi causati alla sfera esistenziale della persona umana (cfr. PERLINGIERI, *L'onnipresente art. 2059 c.c. e la "tipicità" del danno alla persona*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, 523).

²⁶ Si diffonde sugli argomenti a favore dell'operatività, a particolari condizioni, della tecnica della cumulabilità, A. LASSO, *Riparazione e punizione nella responsabilità civile*, Napoli, 2018, 190 ss. Diversamente, per il (definitivo?) consolidamento dell'orientamento giurisprudenziale propenso a riconoscere la valenza della regola della *compensatio lucri cum damno*, v. Cass., 22 maggio 2018, nn. 12564, 12565, 12566 e 12567, in *Foro it.*, 2018, I, 1900.

²⁷ U. IZZO, *La "giustizia" del beneficio. Fra responsabilità civile e welfare del danneggiato*, Napoli, 2018, 137 ss., prende in considerazione diversi tipi di indennizzi.

²⁸ Circa il costruito della disponibilità della surroga di cui all'art. 1916 c.c., cfr. A. DONATI e G. VOLPE PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, Milano, 2016, 161 ss.

pertanto, gli estremi della contrarietà della determinazione del risarcimento al principio di tassatività delle pene di cui all'art. 25 cost., dal quale si potrebbe desumere, in via d'interpretazione adeguatrice, un vincolo per il giudice ad applicare la regola della *compensatio lucri cum damno*. Un diverso ragionamento applicativo, però, si delinea, analizzando l'assetto degli interessi coinvolti alla luce della gerarchia dei valori. In una simile prospettiva, è facile rilevare che anche in questi casi – come in quello del danno tanatologico – il pagamento di una somma di danaro dal responsabile al danneggiato appare necessario per sensibilizzare i consociati all'uso di particolari cautele nel compimento di attività potenzialmente in grado di pregiudicare l'altrui integrità psico-fisica. Altrimenti, la mancanza di un gesto “catartico” (una sorta di riequilibrio karmico) di soddisfazione del danneggiato ad opera dell'autore della condotta imprudente o negligente potrebbe portare alla diffusione tra gli altri consociati di un pericoloso *sentiment* di indistinzione nella percezione sociale dell'antisocialità della condotta²⁹.

In ambito (anche) patrimoniale, l'esplicazione più evidente di risarcimenti punitivi nella nostra esperienza giuridica s'identifica, senz'altro, nelle prestazioni di *punitive damages* ordinate da Autorità giurisdizionali di *common law*³⁰, delle quali sia stata chiesta l'esecuzione forzata in Italia. Alla luce di tali presupposti, è corretto rilevare che si tratta di determinazioni precettive circoscritte al campo del diritto internazionale privato (*rectius* diritto civile transnazionale). La loro (potenziale) estensione agli illeciti patrimoniali si evince, considerando (tra gli altri) il caso *BMW of North America v. Gore*³¹. In questo caso la condanna al pagamento di una somma “esponenziale” rispetto al danno era stata emanata per sanzionare una condotta fraudolenta, la quale era consistita nell'atto di spacciare “per nuova” all'ignaro acquirente un'automobile in realtà danneggiata e restaurata. In simili ipotesi, la transnazionalità della decisione suggerisce

²⁹ U. Izzo, *o.c.*, 390 s., sottolinea l'esigenza, in questi contesti, di preservare il senso di giustizia della comunità.

³⁰ Sulla genesi storica dell'impianto valutativo dei *punitive damages* nell'esperienza di *common law*, diffusamente, G. SCARCHILLO, *o.c.*, 290 ss.

³¹ Corte Suprema USA, 20 maggio, 1996, *BMW of North America v. Gore*, 517 U.S. 559, (1996), in *Foro it.*, 1996, IV, c. 421, con nota di G. PONZANELLI, *L'incostituzionalità dei danni punitivi “grossly excessive”*, il quale sottolinea il dato di “come nel caso concreto non si sia verificato alcun danno alla persona: Mr Gore poteva vantare solo un *economic loss*”. Attiene all'area della tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, invece, la fattispecie giudicata da Cass., Sez.Un., 5 luglio 2017, n. 16601, cit., la quale si è occupata della vicenda del pagamento di danni punitivi in relazione al caso di una condanna comminata da una Corte della Florida all'impresa italiana produttrice di un casco difettoso a favore del motociclista rimasto gravemente leso in un incidente.

l'opportunità di un adeguamento della lettera l'art. 25 cost. Per detta ragione, il parametro, costituito dall'esistenza di un'espressa previsione di legge della condotta illecita, va riferito alla volizione sovrana di un'entità politica equipollente nella diversa esperienza giuridica. In tal modo, operano talune determinazioni precettive, le quali configurano la giustiziabilità di risarcimenti punitivi in mancanza di una specifica disposizione di legge (italiana). A livello ideologico, rileva che sia rispettato (in qualche modo) il principio dell'inviolabilità patrimoniale dei consociati, implicante l'assunzione di una stringente responsabilità politica per l'imposizione, in via eteronoma, di diminuzioni patrimoniali per i consociati³². Dato che la vicenda del pagamento in Italia di risarcimenti esponenziali preposti a sanzionare condotte non tipizzate dal legislatore richiede un sistema delle fonti normative connotate dal potere creativo dell'Autorità giudiziaria, anche una volta ammessa in ambito gius-internazionalprivatistico, essa rimane estranea alle fattispecie "domestiche"³³.

4. – Dalla precedente analisi è emerso il dato che i ragionamenti applicativi, sinora affiorati nella nostra esperienza giuridica in materia di responsabilità extracontrattuale, i quali esprimono una valutazione positiva della statuizione della vincolatività del pagamento di risarcimenti punitivi desunti direttamente da principi, clausole generali o orientamenti giurisprudenziali (*i.e.* concepiti in ipotesi non tipizzate dal legislatore), sono subordinati alla presenza di circostanze alquanto circoscritte (*i.e.* l'uccisione della vittima di illecito civile; la lesione dell'integrità psico-fisica per la quale è predisposta un'indennità; un provvedimento straniero di condanna al pagamento di *punitive damages*). La rottura con la tradizione dogmatica spiega la complessità del loro inquadramento teorico-sistematico. Non si comprende, invece, la reazione di allarme sociale suscitata. La ragione di tali atteggiamenti risulta ancora latente. In tal senso, appare utile osservare che l'estensione delle figure "atipiche" di risarcimenti punitivi (anche) alle condotte lesive di beni patrimoniali è contigua alla tesi dell'applicabilità della statuizione della coercibilità del pagamento di simili prestazioni

³² Il rispetto di un simile principio da parte delle pronunce statunitensi può essere ritenuto (presuntivamente) garantito dalla sentenza della Corte Suprema USA, 7 aprile 2003, *Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Inez Preece Campbell*, 538 U.S. 408 (2003), in *Foro it.*, 2003, IV, c. 355, con nota di G. PONZANELLI, *La "costituzionalizzazione" dei danni punitive: tempi duri per gli avvocati nordamericani*, il quale evidenzia il giudizio che un risarcimento punitivo sproporzionato sia contrario all'VIII Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d'America.

³³ Similmente, G. SCARCHILLO, *o.c.*, 320, sottolinea che "occorre contestualizzare le conclusioni della pronuncia nell'ambito del diritto internazionale privato".

pecuniarie, anche là dove l'atto illecito presenti i connotati dell'inadempimento (*i.e.* dell'illecito contrattuale)³⁴.

È evidente che la soluzione dell'impegnatività di risarcimenti punitivi "atipici" incontra maggiori ragioni contrarie, qualora se ne prospetti la valenza in materia di responsabilità contrattuale. Affiora la distinzione tra due ipotesi: quella in cui i risarcimenti punitivi siano prescritti direttamente dal giudice; il caso che simili prestazioni pecuniarie siano state previamente programmate dagli interessati. Nella prima eventualità, la determinazione giudiziale della doverosità del pagamento di prestazioni pecuniarie ultracompensative contrasta con le disposizioni degli artt. 1223-1229 c.c., dato che esse circoscrivono l'entità della somma dovuta dal debitore inadempiente all'equivalente dei pregiudizi comunemente subiti (c.d. danno risarcibile). Al cospetto di un previo accordo tra le parti, invece, una simile statuizione risulta contraria all'enunciato dell'art. 1384 c.c., il quale, tramite il riferimento all'interesse, ancora, pur sempre, la prestazione penale al danno effettivo, vale a dire esteso anche ai pregiudizi di natura personale (*i.e.* non patrimoniali e/o indiretti)³⁵. Queste criticità specifiche si aggiungono all'argomento generale che, nell'attuale sistema ordinamentale, la tecnica, consistente nel riconoscere la pretesa del creditore ad una prestazione ultracompensativa in caso d'inadempimento del debitore, contrasta con il requisito di tipicità, il quale è preposto dagli artt. 23 e 25, comma 2, cost. a presidio dell'inviolabilità patrimoniale (oltre che personale) dei consociati³⁶. Dal punto di vista assiologico, infatti, queste tecniche ordinatorie si associano mentalmente alla triste vicenda della carcerazione (più genericamente, punizione) per debiti.

³⁴ *Contra*, TRIMARCHI, *o.c.*, 690, ritiene che il paradigma dei risarcimenti punitivi non si possa declinare nel campo "delle sanzioni pecuniarie stabilite contrattualmente". In vero, una simile preclusione sembrerebbe discendere, essenzialmente, dall'identificazione di tali prescrizioni contrattuali con la clausola penale (la quale, indubbiamente, non può assumere carattere punitivo). Maggiormente articolata (ma, sostanzialmente, analoga) è la ricostruzione offerta da C. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie. Studio per una teoria dei "danni punitivi"*, cit., 98: ella, reputando che non sussistano ragioni di ordine sistematico per valutare negativamente la disposizione legislativa di risarcimenti punitivi preordinati a rimediare all'inadempimento (*i.e.* ostacoli alla configurabilità di danni punitivi "tipici" in materia di responsabilità contrattuale), a contrario riafferma la concezione della generale esclusione dell'ammissibilità di prestazioni risarcitorie ultracompensative "atipiche" (*i.e.* in mancanza di un'espressa previsione legislativa).

³⁵ V., *retro*, note 5-8.

³⁶ Nella prospettiva di *Law and Economics*, invece, l'argomento principale, contro l'azionabilità di risarcimenti punitivi a titolo di responsabilità contrattuale, è la teoria dell'"inadempimento efficiente". Approfonditamente, C. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie. Studio per una teoria dei "danni punitivi"*, cit., 80 ss.

È opportuno precisare che, nel caso in cui simili prestazioni, pur in mancanza di un'espressa previsione legislativa, fossero previamente convenute dagli interessati, il contrasto si verificherebbe soltanto rispetto alla prescrizione dell'art. 25, comma 2, cost., ma non anche nei confronti dell'art. 23 cost. Una tale considerazione si spiega, rilevando che quest'ultimo enunciato ammette, anche in mancanza di una specifica disposizione di legge, prestazioni, le quali non siano "imposte" (*i.e.* prescritte eteronomamente), ma concordate dagli interessati (*i.e.* volute autonomamente). Pertanto, nel sindacato di legittimità, alla luce della gerarchia dei valori dell'ordinamento, appare opportuno focalizzare l'attenzione sulla determinazione della coercibilità di risarcimenti punitivi in caso d'inadempimento, i quali siano stati previamente pattuiti dagli interessati.

In tale prospettiva, appare chiaro che la semplice funzione di rafforzamento della posizione creditoria non è in grado di legittimare la soluzione della impegnatività di risarcimenti punitivi convenzionali. Un adeguato bilanciamento di tale esigenza socialmente apprezzabile rispetto al valore (superiore) della salvaguardia dell'integrità patrimoniale del debitore appare pienamente demandato alla prestazione programmata dalla clausola penale. In tal senso, depone proprio il dato che la prestazione della clausola penale, a differenza del risarcimento punitivo, pur essendo potenzialmente capace di avere un ammontare superiore al danno risarcibile, può essere ridotta *ex art.* 1384 c.c., se supera il danno effettivo parametrato all'interesse del creditore³⁷.

Approfondendo l'analisi, occorre rilevare che, in particolari contesti, impiegando la formula dei risarcimenti punitivi convenzionali per motivare la determinazione giudiziale della vicenda del pagamento di somme dall'ammontare ultracompensativo, si potrebbero favorire dei preminenti obiettivi di politica del diritto. In particolare, una simile attitudine si esplica, quando l'inadempimento pregiudichi, insieme all'interesse del creditore, una superiore esigenza di civile convivenza³⁸. Emblematico è il caso di un

³⁷ V., *retro*, nota 6. Come si dirà nel prossimo paragrafo, applicando il principio di proporzionalità anche il risarcimento punitivo può essere ridotto, ma a condizioni molto diverse (v., *infra*, note 41–43).

³⁸ Bisogna segnalare che in questa prospettiva non basta il rilievo che sia minacciato un diritto inviolabile dell'uomo (su questo dato, invece, si focalizza la considerazione di F. QUARTA, *o.c.*, 318 ss.). Là dove si concepisca un pieno risarcimento del danno non patrimoniale, una simile prestazione presenta, comunque, natura soddisfattoria per il danneggiato, piuttosto che afflittiva per il danneggiante. Sull'attitudine riparatoria/compensativa del risarcimento (pieno) del danno alla persona, diffusamente, TRIMARCHI, *o.c.*, 700 ss.; *contra*, G. BONILINI, *Pena privata e danno non patrimoniale*, in AA.VV., *Le pene private* a cura di F.D. Busnelli e G.

inadempimento con finalità “discriminatorie”³⁹. Adattando un caso celebre⁴⁰, si potrebbe pensare alla seguente eventualità: un pasticciere s’impegna contrattualmente a fornire una torta per celebrare un’unione civile omosessuale, ovvero una festività musulmana o ebraica, o anche il compleanno di una persona appartenente ad una minoranza etnica, etc.; al momento convenuto per l’adempimento, egli ci ripensa, indotto da motivazioni discriminatorie (magari, per non perdere clienti orientati da ideologie “antisociali”), e preferisce subire le perdite (tutto sommato ridotte, se c’è stato un congruo preavviso) comportate dal risarcimento del danno (compreso quello originariamente imprevedibile di cui all’art. 1225 c.c.), invece che eseguire la prestazione promessa. Altro caso significativo potrebbe essere il seguente: un datore di lavoro s’impegna contrattualmente a predisporre misure straordinarie a tutela della salute dei propri lavoratori; quando riceve il preventivo dei costi, tuttavia, egli ritiene più conveniente affrontare le eventuali pretese risarcitorie e rifiuta di ottemperare alle proprie promesse. Merita di essere considerata, infine, anche questa ipotesi: un editore si obbliga nei confronti di un’organizzazione “di tendenza” a pubblicare scritti ad elevato grado di politicizzazione “antagonistica”; in seguito, calcolando che è meglio rifondere i danni che inimicarsi le forze politiche di maggioranza, rifiuta di effettuare le azioni convenute. Nelle circostanze di cui sopra, la minaccia del pagamento di somme ultracompensative appare opportuna per prevenire la lesione di preminenti interessi a carattere “diffuso”, rispetto ai quali il danneggiato assume un ruolo esponenziale.

In casi come quelli sopra richiamati, appare evidente che l’inadempimento del debitore, pregiudichi, oltre all’interesse del singolo creditore, anche il perseguimento di superiori obiettivi di civile convivenza. Giustificandosi un temperamento del principio di tassatività delle prestazioni afflittive posto dagli artt. 23 e 25, comma 2, Cost. a garanzia del

Scalfi, Milano, 1985, 304 ss., e F. QUARTA, *o.c.*, 377 ss. In questa prospettiva, la vicenda utilitaristica della compensazione appare comunque un rimedio idoneo rispetto alla lesione di un interesse individuale legato da quello degli altri membri della comunità (ad es., lesione dell’integrità psico-fisica di un singolo). L’evento pratico-economico dell’ultracompensazione, piuttosto, risulta opportuno/necessario, quando ci sia bisogno di rimediare all’interesse di un singolo convergente con quello di altri membri della comunità altrimenti indifesi (secondo la dogmatica tradizionale c.d. “interesse diffuso”).

³⁹ Circa l’opportunità d’impiegare la tecnica dei risarcimenti punitivi per sanzionare condotte (illecite) discriminatorie, F. QUARTA, *o.c.*, 385 ss.

⁴⁰ Lee v. Ashers Baking Company Ltd and others [2018] UKSC, analizzata approfonditamente da L.E. PERRIELLO, *Discrimination Based on Sexual Orientation and Religious Freedom in European Contract Law*, in *ILJ*, 2018, 2, 639 ss.

principio d'inviolabilità patrimoniale (oltre che personale), ne discende la legittimità della determinazione operativa dell'impegnatività delle prestazioni pecuniarie ultracompensative (*i.e.* sanzionatorie) previamente concordate tra le parti.

Una volta acquisito il criterio di giudizio della validità, a condizioni particolari, dell'accordo su risarcimenti punitivi in caso d'inadempimento, occorre segnalare un preciso risvolto operativo. Si delinea un ragionamento applicativo per cui, data la differenza tra risarcimenti effettivamente ultracompensativi e prestazione pianificata da una clausola penale, una simile qualificazione è in grado di escludere la statuizione della vicenda della riduzione *ex art.* 1384 c.c. Cionondimeno, come si vedrà nel paragrafo seguente, può in certi casi essere comunque accolta la pretesa del debitore ad una parziale riduzione dell'ammontare di un risarcimento punitivo, ma secondo parametri affatto distinti (e, consequenzialmente, in misura sensibilmente diversa).

Nella prospettiva della funzionalizzazione dei risarcimenti punitivi convenzionali alla realizzazione d'interessi superindividuali, appare opportuno anche applicare il criterio processuale della rilevabilità *ex officio*. In questo senso, la soluzione ordinatoria della condanna al pagamento di prestazioni pecuniarie ultracompensative convenzionali a carico del debitore inadempiente potrebbe operare, anche là dove nel processo sia mancata un'espressa richiesta da parte del creditore.

5. – Una volta legittimata la statuizione della coercibilità di risarcimenti punitivi atipici, sia in caso d'illecito extracontrattuale che nell'ipotesi d'inadempimento, talune argomentazioni scientifiche si rivelano potenzialmente in grado di motivare la vicenda della diminuzione della prestazione ultracompensativa. Soprattutto, merita di essere considerato l'assunto che essa, pur essendo ontologicamente maggiore del danno (sia quello risarcibile, sia quello effettivo), non può eccedere i limiti desumibili dal principio di proporzionalità di cui all'art. 49, comma 3, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁴¹. Un simile canone giustifica la decisione giudiziale della riduzione della prestazione pecuniaria, là dove essa risulti ultronea in considerazione della gravità della colpa del responsabile⁴² e,

⁴¹ L'acquisizione della valenza decisoria di un simile principio rende, oramai, ridondante l'assunto tradizionale, secondo il quale il principio di legalità delle pene di cui all'art. 25, comma 2, cost. si declina (oltre che nella specifica previsione delle condotte illecite) anche nel requisito della rigida calcolabilità delle sanzioni in base a criteri predeterminati, richiamato da C. DE MENECH, *Il problema della riconoscibilità di sentenze comminatorie di punitive damages: alcuni spunti ricostruttivi*, cit., 1671 s.

⁴² L.E. PERRIELLO, *o.c.*, 452 ss., il quale ritiene che la valutazione della proporzionalità vada parametrata, essenzialmente, al grado di repressibilità e

soprattutto, dell'importanza dell'obiettivo di politica del diritto pregiudicato dalla condotta illecita/inadempimento. Bisogna sottolineare, però, il dato che entro questi limiti la prestazione ultracompensativa assume, comunque, un ammontare sensibilmente superiore rispetto al valore delle perdite (sia oggettive che soggettive) e dei mancati guadagni riportati dal danneggiato⁴³.

I suddetti eventi pratico-economici sono costanti, ma distinte sono le tecniche processuali per la loro realizzazione. Rileva la distinzione tra risarcimenti punitivi atipici irrogati dal giudice e risarcimenti punitivi atipici convenzionali.

Là dove il contrasto col principio di proporzionalità investe risarcimenti punitivi comminati dal giudice (in sede di responsabilità extracontrattuale), la vicenda della diminuzione discende da un provvedimento emanato in base alla distinzione dei gradi di giudizio (sistema delle impugnazioni giudiziali).

Quando la violazione del principio di proporzionalità sia prospettata da prestazioni ultracompensative convenzionali (*i.e.* in caso d'inadempimento di un preesistente rapporto obbligatorio), l'evento della riduzione è il portato di un provvedimento emanato in ottemperanza ad una patologia contrattuale. In questi casi, infatti, sembra corretta la rappresentazione mentale che il vizio colpisce soltanto quella parte della prestazione pecuniaria ultracompensativa convenuta, la quale eccede la misura adeguata al principio di proporzionalità. Fissato un simile dato, sussistono le condizioni per ricorrere alla formula della nullità parziale *ex art.* 1419 c.c., la quale legittimerebbe la determinazione della coercibilità della sola parte del risarcimento pattuito rispettosa del requisito della proporzionalità. Altrimenti, bisognerebbe ritenere che, ricorrendo i presupposti sintetizzati dalla qualifica della contrarietà della clausola a una norma (di principio) imperativa di cui al primo comma dell'art. 1418 c.c., operi la determinazione della nullità totale della prestazione pattuita. Quest'ultima soluzione ordinatoria, tuttavia, appare in contrasto con l'esigenza di attuare l'utilità sociale, dal perseguimento della quale dipende la giustificazione della prestazione ultracompensativa.

colpevolezza (piuttosto che di antisocialità) della condotta del danneggiante. Su questa linea, v. anche F. BENATTI, *o.c.*, pp. 121 e 350.

⁴³ Anche A. MALOMO, *o.c.*, 48 ss., spec. 56, invoca il principio di proporzionalità per giustificare la determinazione della riduzione dei danni punitivi. Ella, però, ritenendo che una simile vicenda sia orientata, pur sempre, dal rispetto della "esigenza dell'imprescindibile rispondenza tra *quantum damni* e lesione subita" (*i.e.* possa giungere al contenimento della prestazione risarcitoria nei limiti del "danno effettivo"), esautora di qualunque valenza operativa la (qui proposta) distinzione tra danni punitivi convenzionali e clausola penale.

Sul piano assiologico, è bene segnalare che i ragionamenti applicativi preordinati alla vicenda effettuale della riduzione di risarcimenti punitivi sproporzionati assolvono un fondamentale compito di politica del diritto. Bisogna rilevare che la potenziale coercibilità di prestazioni eccessivamente ultracompensative potrebbe indurre gli interessati ad astenersi dall'impegnarsi al compimento di azioni, le quali siano opportune (o necessarie) per la realizzazione di un ordinato sviluppo della convivenza civile. Alla luce di un simile dato sociologico, il limite ricavato dal requisito della proporzionalità dell'ammontare delle prestazioni ultracompensative appare idoneo a scongiurare il rischio di *overdeterrence* rispetto ai consociati interessati⁴⁴.

6. – Sul piano sistematico, gli impianti valutativi sin qui delineati dimostrano un particolare profilo evolutivo del diritto civile pos(t)moderno: rileva il fenomeno dell'impiego di tecniche civilistiche (uno spostamento patrimoniale tra soggetti pariordinati) per la realizzazione di utilità di carattere generale, le quali siano in grado di bilanciare il sacrificio (delle garanzie poste a tutela) del bene dell'inviolabilità patrimoniale dei consociati.

Un simile dato ha generato delle avversità in dottrina, in quanto in esso sono stati ravvisati i caratteri di una generale tendenza alla "pubblicizzazione del diritto privato"⁴⁵. Tale ricostruzione, però, sembra dipendere da un'ipostatizzazione dei concetti in questione. A diversa conclusione si perviene, infatti, procedendo ad un'analisi storicistica. In tal senso, bisogna preliminarmente osservare che la scissione del diritto privato (*rectius* civile) dal diritto pubblico è il portato dell'esigenza di garantire una sfera di autonomia nella distribuzione e gestione delle risorse disponibili⁴⁶. Alla luce di detta premessa, acquista valore dirimente il rilievo che l'assunto dell'ammissibilità di risarcimenti punitivi convenzionali estende l'area dell'impegnatività degli accordi tra gli interessati, piuttosto che limitarla⁴⁷. Per questa ragione, non risulta conferente il ricorso alla metafora della "pubblicizzazione del diritto privato".

⁴⁴ Sul rischio di *overdeterrence*, v. A. MONTANARI, *o.c.*, 447 s.

⁴⁵ A. MONTANARI, *o.c.*, 380.

⁴⁶ A. GAMBARO, *Interessi diffusi, interessi collettivi e gli incerti confini tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, pp. 785 s. e 792.

⁴⁷ In una simile prospettiva, merita apprezzamento la ricostruzione di M. GRONDONA, *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale. Contributo al dibattito sui "risarcimenti punitivi"*, Napoli, 2017, 149 s., secondo il quale il costruito della funzione sanzionatoria della responsabilità civile riflette la tendenza contemporanea all'espansione della libertà individuale.

Nell'ottica dell'evoluzione dell'esperienza giuridica, occorre notare che il dato della funzionalizzazione delle vicende dei rapporti intersoggettivi alla realizzazione di preminenti obiettivi di politica del diritto è espressione di una generale tendenza, la quale ha la sua massima epifania negli apparati decisori (virtualmente) desumibili dall'introduzione del principio di sussidiarietà "orizzontale"⁴⁸. In tal senso, la determinazione della vincolatività di risarcimenti punitivi convenzionali assume la fisionomia della "civiltà della tutela d'interessi generali", la quale proietta su di essa un giudizio sostanzialmente positivo⁴⁹.

In senso contrario, è stato, di recente, osservato che, concependo la predisposizione di tecniche civilistiche per la tutela d'"interessi diffusi", si verificherebbe un aumento incontrollato del tasso d'incalcolabilità delle decisioni⁵⁰. La ragione è che tali impianti valutativi demandano al decisore il calcolo del "costo sociale complessivo" delle condotte individuali e dei vantaggi sociali degli eventi pratico-economici indotti nei rapporti intersoggettivi. In questo modo, non potendo i costi privati e i costi pubblici della decisione essere "gerarchizzati", la discrezionalità del decisore si trasformerebbe in autentico "arbitrio". Un tale ragionamento risulta, evidentemente, incompatibile con la linea di pensiero, la quale reputa l'esistenza di una netta gerarchia di valori nell'attuale sistema delle fonti con carattere *multilevel*. In vero, condivisibile è l'assunto che l'interesse della collettività non necessariamente prevalga sull'interesse individuale. In particolare, nello Stato personalista i valori esistenziali dell'individuo sono preferiti rispetto agli interessi patrimoniali (anche delle Istituzioni): così, ad esempio, il bene della salute, entro certi termini, può essere preteso anche col sacrificio della contabilità pubblica. Il dato che la gerarchia dei valori non rifletta la distinzione tra interesse pubblico e privato, tuttavia, non implica la sua inesistenza, ma piuttosto che essa sia modulata sul primato del

⁴⁸ Le complessive ragioni del superamento della dialettica "diritto privato/diritto pubblico" sono, assai approfonditamente, enunciate da PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., 138 ss. Sulla progressiva obsolescenza dell'antinomia "diritto privato/diritto pubblico", C. MAZZÙ, *La logica inclusiva dell'interesse legittimo nel rapporto tra autonomia e sussidiarietà*, Torino, 2014, 16 ss.

⁴⁹ In tale quadro sistematico, non si condivide l'idea che la tutela d'interessi generali, i quali convergano con interessi individuali, debba essere attuata necessariamente con la tecnica ordinatoria pubblicistica del pagamento di una "sanzione pecuniaria civile [...] a favore dello Stato" (così, invece, TRIMARCHI, *o.c.*, 722).

⁵⁰ A. GAMBARO, *o.c.*, 792 ss., spec. 793.

personalismo e del solidarismo di cui all'art. 2 cost.⁵¹. Una volta scoperto il bilanciamento tra valori sotteso a ciascun ragionamento applicativo, esso diviene pienamente vagliabile in base all'ordine desumibile dalle manifestazioni di sovranità riconosciute dotate di legittimazione politica. Alla luce di queste considerazioni, non risulta condivisibile la teoria che la tutela civilistica di interessi diffusi imponga un'insostenibile compressione del bene della certezza giuridica.

Sgombrato il campo dalle argomentazioni contrarie, appare corretto concludere che l'assunto della configurabilità del paradigma dei risarcimenti punitivi atipici, applicabili, in caso d'inadempimento (*i.e.* nel campo della responsabilità contrattuale), in base ad una previa pattuizione tra gli interessati (*i.e.* di natura convenzionale), sia conforme al sistema attuale del diritto civile. Naturalmente, una simile conclusione discende dalla premessa metodologica di considerare le categorie ordinanti non come ipostasi astoriche, ma entità storicizzate.

Abstract

ON THE OPPORTUNITY OF DISINCTION BETWEEN CONVENTIONAL PUNITIVE DAMAGES AND PENALTY CLAUSE

Dall'analisi degli enunciati costituzionali emerge il potenziale contrasto della tecnica dell'azionabilità di risarcimenti punitivi, in casi non previsti dalla legge, con gli artt. 23 e 25, comma 2, cost. In modo controintuitivo, però, si conclude che il ricorso alla formula della gerarchia dei valori dell'ordinamento legittima l'operatività di una simile soluzione ordinatoria, anche nel campo della responsabilità contrattuale, quando l'interesse del danneggiato/creditore converge con la realizzazione di un prevalente obiettivo di civile convivenza.

From the analysis of the constitutional statements emerges the potential contrast of the technique of the enforceability of punitive compensation, almost unexpected by the law, with Articles 23 and 25, paragraph 2, cost. Controversially, but, if it is concluded that the use of the hierarchy of values formula of the legal system legitimizes the operation of a similar ordering solution, even in the field of contractual liability, when the interest of the injured party / credit converges with the realization of a prevalent objective of civil coexistence.

⁵¹ Sul primato costituzionale dei valori del personalismo e del solidarismo, PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, *passim*, spec. 161 ss.