

Comitato scientifico:

Simone ALECCI (Magistrato) - Elisabetta BERTACCHINI (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Mauro BOVE (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giuseppe BUFFONE (Magistrato) - Costanzo Mario CEA (Magistrato, Presidente di sezione) - Paolo CENDON (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco CESARI (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Caterina CHIARAVALLI (Presidente di Tribunale) - Bona CIACCIA (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo CIRCELLI (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio CORASANITI (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) - Mirella DELIA (Magistrato) - Lorenzo DELLI PRISCOLI (Magistrato, Ufficio Massimario presso la Suprema Corte di Cassazione, Ufficio Studi presso la Corte Costituzionale) - Francesco ELEFANTE (Magistrato T.A.R.) - Annamaria FASANO (Consigliere presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo FERRI (Magistrato, Sottosegretario di Stato alla Giustizia) - Francesco FIMMANO' (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio FORGILLO (Presidente di Tribunale) - Mariacarla GIORGETTI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi IANNI (Magistrato) - Francesco LUPIA (Magistrato) - Giuseppe MARSEGLIA (Magistrato) - Roberto MARTINO (Professore ordinario di diritto processuale civile, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Francesca PROIETTI (Magistrato) - Serafino RUSCICA (Consigliere parlamentare presso il Senato della Repubblica) - Piero SANDULLI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano SCHIRO' (Presidente di sezione, Suprema Corte di Cassazione) - Bruno SPAGNA MUSSO (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo SPAZIANI (Magistrato dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione) - Antonella STILO (Magistrato, Presidente di sezione) - Antonio URICCHIO (Professore ordinario di diritto tributario, Magnifico Rettore) - Antonio VALITUTTI (Presidente di Sezione presso la Suprema Corte di Cassazione) - Alessio ZACCARIA (Professore ordinario di diritto privato, componente laico C.S.M.).

Funzione e liquidazione della pena civile introdotta con il decreto legislativo del 15 gennaio 2016, n. 7

Articolo di Jacopo ABRUZZO

SOMMARIO: 1. La nozione di "pena civile". - 2. La funzione del risarcimento dei danni. - 3.1. La risarcibilità dei *punitive damages*. - 3.2. Limiti e caratteristiche. - 4.1. La risarcibilità del danno ai sensi degli artt. 3 e 8 D.Lgs. 7/2016. - 4.2. Dal "danno ingiusto" al "fatto tipico" e il ritorno al "*Tatbestand*". - 4.3. Frazionamento funzionale del risarcimento o sanzione amministrativa accessoria?. - 5. Il doppio onere probatorio e l'art. 5 D.Lgs. 7/2016 in chiave "*Differenztheorie* rivisitata". - 6. Conclusioni.

1. La nozione di "pena civile"

Comunemente il termine "pena" è utilizzato per identificare la sanzione tipica del diritto penale, ovvero quella sanzione che ha come precipitato finale il concreto o potenziale limite alla libertà personale intesa nella sua concezione fisica, così diventando due sinonimi.

In realtà per "pena"¹ deve intendersi non la sanzione in quanto tale, e tantomeno quella penale in forma esclusiva, ma la connotazione punitiva a cui una qualsiasi sanzione civile, amministrativa, penale o contabile mira: cioè il "dover esser" e non il "come".

La pena evidenzia lo scopo punitivo consequenziale alla realizzazione di un comportamento riprovevole in quanto posto in essere in violazione di un precetto, non necessariamente penale, ma anche contrattuale, indipendente dalla gravità della lesione o dal possibile vantaggio diretto o indiretto conseguito dall'autore, salva disposizione contraria².

¹ A conferma di ciò, si vedano per tutti M. FINCKE, *Das Verhältnis des Allgemeinen zum besonderen Teil des Strafrechts*, Berlin, 1975, p. 31 in cui sono evidenziati anche i legami interdisciplinari tra diritto penale e diritto civile, la *notwendiges Ergänzungsverhältnis* e analogamente T. PADOVANI, *Diritto penale*, Ed. VII, Milano, 2006, p. 2 ove si legge che "La riconoscibilità di una norma come "penale" prescinde dal peculiare atteggiarsi della materia oggetto del comando o del divieto, che può, dal canto suo, riferirsi ai settori più disparati: al diritto commerciale come al diritto del lavoro, al diritto civile come al diritto amministrativo". Sullo stesso tono, T. PADOVANI e L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna, 2007, pp. 19 - 22. Conformemente, per gli aspetti procedurali penali legati a tale nozione, P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Ed. XI, Milano, 2010, pp. 1 - 27 nonché M. CANEPA e S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2010, pp. 3 - 8 ove si classificano per ragione teleologica le pene penali (principali, accessorie e sostitutive). Ancora è possibile citare, per le sfaccettature criminologiche e la sanzione penale G. PONTI e I. M. BETSOS, *Compendio di criminologia*, Ed. V, Milano, 2008, p. 3 e 6. Persino in medicina legale, campo scientifico trasversale e multidisciplinare, per "pena" non si intende solo la sanzione penale ma qualsiasi penalità applicata dagli organi preposti e suscettibile *de rebus medicis sub specie juris*, così in AA.VV., *Compendio di Medicina Legale*, Ed. II, Torino, 2008, pp. 1 - 3. Si veda altresì per i riferimenti con il diritto romano e la nozione di "pena" A. CORBINO, *Il danno qualificato e la Lex Aquilia*, Milano, 2010, p. 10 in cui si legge che coerentemente con l'integrazione di una *poena* derivava il "[...] diritto di pretendere cioè che l'autore della lesione subisse un'afflizione patrimoniale, talora fissa, talora invece proporzionata alla gravità del fatto e perciò stabilita ora nella misura del valore della cosa - *simplum* - ora in quella di un multiplo di esso: *duplum*, *triplum*, etc". Quindi la *poena* era un'afflizione, un castigo, una forma di penitenza anche in presenza di illeciti civili, come quelli regolati dalla *Lex Aquilia de Damno* del 286 a.C.

² A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Ed. XLII, Padova, 2005, pp. 922 e 924 ove l'Autore evidenzia l'esistenza da sempre di pene civili come *species* della tutela repressiva contro gli illeciti civili come, ad esempio, le clausole penali, le sanzioni per violazione di contratti associativi, l'indegnità successoria, revoca facoltativa dell'amministratore per inadempimento obblighi o irregolarità gestionali, la decadenza convenzionale, la responsabilità aquiliana, l'attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare, la lite temeraria civile, la soluzione delle controversie e provvedimenti in caso di inadempienze o violazioni sulla potestà genitoriale, eccetera, rapportando tali istituti con quelli che tendono a fornire una tutela preventiva oppure inibitoria. Conf. Cass. Civ. Sez. I sent. nn. 4040/1998 e 11204/1998, nonché Cass. Civ. Sez. III sent. nn. 6561/1991 e 5122/1985. Inoltre, anche se sintetico, P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Ed. VII, Napoli-Roma, 2014, pp. 366 e 460 e AA.VV., *Diritto privato*, Parte II, Torino, 2008, p. 631 ove si legge che "La funzione riparatoria distingue il risarcimento del danno anche dalle ipotesi di pena privata (o sanzione civile punitiva, ossia da quei rimedi che (pur concretizzandosi frequentemente nella corresponsione di una somma di denaro) si caratterizzano per una prevalente funzione sanzionatoria. [...] nella varietà di fattispecie incluse nel novero delle pene private manca la corrispondenza tra il vantaggio

Quindi le pene civili sono tali se, o *ex lege* o *ex pacto*, vengono contemplate all'interno di un rapporto giuridico per finalità e funzioni punitive, soggiacenti a interessi individuali (delle parti) e talvolta anche collettivi o pubblici³, mantenendo integra la possibile coesistenza di altre funzioni connesse con la commissione dell'illecito.

Se così è, per emarginare le pene civili occorre riconoscere, in assenza di una positiva qualificazione, i loro criteri di individuazione, per poi enuclearne le caratteristiche comuni e la titolarità sanzionatoria.

Certamente non è opportuno e necessario analizzare una per una tutte queste norme, né risulta facile isolarle, qualora lo si volesse, giacché *"L'aver spostato l'attenzione dai contenuti dell'azione alle ragioni dell'azione, e quindi l'aver concentrato l'interesse degli studiosi del diritto sulla prospettiva interna (così Hart, anzitutto) di coloro che agiscono nel mondo del diritto, e che dunque devono porre in essere una condotta nel quadro di differenti possibilità d'azione, ha esaltato l'importanza della vis direttiva propria delle norme, rispetto alla loro vis coactiva"*⁴ ove la *vis direttiva* è quel tratto distintivo insito nelle disposizioni che spinge i singoli individui ad aderire alle norme e a conformarsi ai principi generali del diritto, mentre la *vis coactiva* rappresenta l'interesse della comunità all'osservanza del precetto con l'ausilio di strumenti sanzionatori in caso di violazione⁵.

La giurisprudenza⁶ e la dottrina⁷, collegando tali sanzioni alla loro fonte normativa o negoziale, hanno concluso che le prime sono inserite in "norme d'azione" o anche schematizzate come "norma-potere-effetto", cioè in disposizioni attributrici di un diritto potestativo in capo ad un soggetto che si trova in una situazione di fatto e di diritto integratrice della regola medesima e assegnatrice del diritto potestativo; mentre le seconde sono pattuite dalle parti

economico che il soggetto consegue e il danno che effettivamente ha subito".

³ Ad esempio, si pensi all'art. 463 C.c. oppure all'art. 609 novies co. 1 n. 1 C.p.: non si può certo affermare che lo scopo della pena civile in questi casi sia sottesa alla presenza di soli interessi individuali.

⁴ F. MACIOCE, *"La de-naturalizzazione del diritto positivo"* in AA.VV., *Natura fisica e natura metafisica: Tensioni del Giusnaturalismo oggi*, Firenze, 2014, pp. 44 e 45.

⁵ Per tutti si veda T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Ed. X, Milano, 2000, p. 36.

⁶ Cass. Civ. Sez. II sent. nn. 5402/2009 e 7266/2006 ove si legge, in merito all'art. 463 C.c. che l'istituto cela *"[...] una vera e propria sanzione civile di carattere patrimoniale avente fondamento pubblicistico"*. Ancora si possono citare le Cass. Civ. Sez. Un. sent. nn. 20957/2004 e 18331/2010 nonché Cass. Civ. Sez. II sent. n. 11940/2003 per l'art. 1129 co. 3 C.c. Sull'art. 2965 C.c. si rinvia a Cass. Civ. Sez. I sent. n. 20909/2005, mentre sull'art. 2043 C.c. si richiamano Cass. Civ. Sez. Un. sent. nn. 99/2001 e 26972/2008 nonché 26976/2008, e sull'ammissibilità della funzione punitiva Cass. Civ. Sez. III sent. n. 4186/1998, Trib. Latina sent. del 24/06/1991, App. Roma sent. del 05/11/1990, Trib. Trieste sent. del 10/11/1993 e Trib. Roma sent. del 24/11/1992.

⁷ E. CASSETTA, *Compendio di diritto amministrativo*, Ed. VIII, Milano, 2011, pp. 203, 231 – 236 ove si legge che *"L'ordinamento attribuisce, definendo una serie di condizioni, ad un soggetto (privato o pubblico) il potere di produrre vicende giuridiche e riconoscere l'efficacia dell'atto da questo posto in essere. Lo schema ricostruito è dunque diverso da quello precedente. Qui, infatti, sussiste lo schema norma-potere-effetto: l'effetto non risale immediatamente alla legge, ma vi è l'intermediazione di un soggetto che pone in essere un atto, espressione di una scelta, mediante la quale si regolamenti il fatto e si produce la vicenda giuridica"*. Tale definizione, lungi dall'essere una categoria di diritto amministrativo, è presente in tutti i rami del diritto in relazione alla sua estendibilità e al suo contenuto, si veda K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano, 1966, p. 115 e allo stesso modo, sul c.d. "formalismo giuridico", nella sua visione pratica, M. JORI e A. PINTORE, *Manuale di Teoria Generale del Diritto*, Ed. II, Torino, 1995, pp. 123 – 130.

all'interno di un negozio giuridico e costituiscono la massima forma di autonomia negoziale⁸ e di autoregolamentazione interna ad un rapporto⁹.

Dunque il loro tratto distintivo e la loro connotazione comune è l'essere funzionalmente dirette a corrispondere un'afflizione, e prima ancora, a imprimere una deterrenza psicologica nei destinatari, indipendente dal restante evolversi del rapporto giuridico, anche se questo ultimo dovesse sfociare in un procedimento giudiziario¹⁰.

Nella casistica civile, si è soliti distinguere tali pene con riferimento a colui che può azionare tali strumenti e alle modalità, prescindendo dalla collocazione sistemica di dette norme perché, lo si ripete, queste sono individuate per funzione e non per settore del diritto privato *tour court*.

Sebbene sia difficile rinvenire una *ratio legis* comune nella scelta dei diritti rinunziabili o meno, si possono menzionare complessivamente le seguenti sanzioni o pene civili:

- Pene civili irrogate *ex lege* ma rinunziabili dal titolare della situazione giuridica soggettiva lesa (esempio, gli artt. 463 e 466 C.c.);
- Quelle applicate *ex officio* dagli organi preposti e non rinunziabili dal titolare della situazione giuridica soggettiva lesa (ad esempio gli artt. 187 bis e 187 ter D.Lgs. 58/1998)¹¹;
- Pene applicate dai soggetti preposti ma su istanza dell'interessato e rinunziabili dallo stesso (ad esempio l'art. 614 bis oppure l'art. 709 ter C.p.c.¹²);

⁸ F. GALGANO, *Diritto privato*, Ed. IX, Padova, 1996, p. 10 nonché P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Ed. XII, Milano, 1999, pp. 1 – 4. E' forse da preferire la teoria di E. BETTI, "Teoria generale del negozio giuridico" in AA.VV., *Trattato di diritto civile*, Ed. II, Torino, 1950, pp. 53 – 57 essendo una forma di autoregolamentazione ove non spicca la volontà delle parti, ma la necessità di tutelare un complesso di regole e di interessi dettate dagli autori del negozio e, a volte, anche dall'ordinamento giuridico. Conforme A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, Ed. II, Torino, 2000, pp. 8 – 20.

⁹ Sugli aspetti pratici inerenti la parte centrale dell'atto notarile, ci si permette di rinviare a G. SANTARCANGELO, *La forma degli atti notarili. Commento teorico-pratico alla legge notarile: artt. 47-58*, Ed. III, Roma, 2006, pp. 153 – 155. Per quanto concerne una rilettura della Costituzione in chiave economica e negoziale, R. BIN e G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Ed. VI, Torino, 2005, pp. 527 – 529. Per le eccezioni in generale si veda A. LASSO, *Le eccezioni in senso sostanziale. Pubblicazioni della Facoltà di Economia e del Dipartimento di Studi Giuridici, Politici e Sociali. Sezione giuridico-sociale n. 48*, Napoli-Roma, 2007, pp. 1 – 68.

¹⁰ Ciò accade anche nel risarcimento dei danni per responsabilità extracontrattuale, in quanto "Per raggiungere la giusta riparazione l'istituto risarcitorio dovrebbe presentare un'efficacia deterrente che, lungi dal contrastare il principio compensativo, piuttosto lo affianchi e lo potenzi [...] la realtà giuridica italiana non esprime esclusivamente l'idea che il sistema di responsabilità civile respinga ogni valenza non strettamente compensativa, come affermano una parte della giurisprudenza (quella di legittimità) e della dottrina", come evidenziato in forma più che esaustiva da M. TOCCI, *Il danno punitivo in prospettiva comparatistica*, Bologna, 2014, pp. 9 e 11.

¹¹ Si pensi anche alla sanzione di cui all'art. 35 C.p.c. che, secondo l'art. 8 co. 2 del D.P.R. 361/2000 e dell'art. 32 L. 689/1981, è irrogata dalla competente Prefettura – U.T.G.

¹² Un altro caso è rappresentato dall'art. 1229 co. 11 e 12 C.c. sulla revoca facoltativa dell'amministratore per inadempimento di obblighi o irregolarità gestionali, come perfettamente chiarito in Cass. Civ. Sez. III sent. n. 13011/2013. Ancora si possono citare gli artt. 124 co. 2 e 131 D.Lgs. 30/2005, oppure ancora l'art. 31 co. 2 L. 392/1978 come anche

- Pene applicate dai soggetti preposti ma su istanza dei titolari di interessi collettivi e non rinunziabili (tra le molte, l'art. 18 co. 5 L. 349/1986);
- Pene applicate *ex officio* previo necessario accoglimento delle istanze del soggetto leso (art. 4 D.Lgs. 7/2016¹³);
- Pene pattizie e rinunziabili dalla parte istante (tra le tante, l'art. 1386 C.c.¹⁴);
- Pene pattizie ma non rinunziabili dalla parte istante (come l'art. 2966 per. II C.c.¹⁵).

Da questo schema sembrerebbe esclusa un'ultima categoria di pena civile, ovvero quella insita nel meccanismo risarcitorio dei danni ex art. 2043 C.c., ove tale funzione non possa esserle attribuita sulla base del tenore normativo, come nel caso degli artt. 96 co. 3 e 709 ter C.p.c.

Infatti, a differenza dei predetti casi, qui è il soggetto leso, o chi ha legittimazione attiva per lui, che richiede una condanna al risarcimento dei danni (specie se non patrimoniali) evidenziando circostanze, tempi, differenze economiche rilevanti tra le parti, pregressi rapporti e modalità tali da giustificare un aggravio dell'importo corrisposto dal giudice al danneggiato, superando l'artificiale equivalenza tra danni e risarcimento: si sta facendo riferimento ai c.d. "*punitive damages*" o anche detti "*exemplary damages*" per marcare la funzione inibitoria o dissuasiva¹⁶.

l'art. 4 D.L. 259/2006, l'art. 18 co. 6 L. 349/1986 e, infine, l'art. 158 L. 633/1941.

¹³ Tre sono i casi emblematici: l'art. 1015 co. 2 C.c., l'art. 3 L. 386/1990 sugli assegni bancari senza provvista e l'art. 96 co. 3 e 5 C.p.c. sulla lite temeraria. Sull'assegno scoperto, avviata l'azione legale, il giudice applica il 10% di penale sulla somma dovuta, *ex multis* Cass. Civ. Sez. V sent. n. 6607/1997 e Cass. Civ. Sez. I sent. n. 4015/1994. La lite temeraria, invece, è finalizzata a fronteggiare e punire azioni legali pretestuose e prive di ragioni, mediante un vero e proprio "*punitive damages*", come evidenziato anche in Cass. Civ. Sez. II sent. n. 3003/2014 ove si legge che "[...] La condanna al pagamento della somma equitativamente determinata, ai sensi del 3° comma dell'art. 96 c.p.c., aggiunto dalla l. 18 giugno 2009 n. 69, ha natura sanzionatoria e officiosa, sicché essa presuppone la mala fede o colpa grave della parte soccombente". Conf. Trib. Milano sent. del 26/10/2006.

¹⁴ Oppure anche l'art. 129 bis C.c. Si veda Cass. Civ. Sez. IV ord. n. 3716/2015 sulla funzione punitiva della clausola penale. Un ulteriore esempio è fornito dagli artt. 16 co. 1 e 23 C.c. per quanto riguarda le sanzioni per violazione di contratti associativi.

¹⁵ Non si può rinunciare alla decadenza qualora questa sia maturata perché la rinuncia opererebbe retroattivamente in un momento ove l'azionabilità di un diritto non è più ammissibile. Diversamente è ammissibile, in un momento antecedente, previa modifica del negozio giuridico; per tutti si veda P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Ed. VII, Napoli-Roma, 2014, p. 433 e Cass. Civ. Sez. I sent. nn. 2394/1994 e 1182/1987.

¹⁶ A. SIROTTI GAUDENZII, *Introduzione al concetto di danni punitivi*, Cesena, 2000, pp. 1 e 2 richiama una vecchia pronunzia della Pretura di Milano sent. del 06/07/1989 legittimante i danni punitivi se inseriti in un contesto di risarcibilità vertente anche su aspetti inerenti il fatto commesso, come previsto dall'art. 18 L. 349/1986. Si veda altresì S. GRASSI, *I danni punitivi. Dagli Stati Uniti all'Europa*, Sassari, 2011, pp. 11 secondo cui "Se si volesse escludere l'aspetto sanzionatorio-preventivo dal sistema della responsabilità civile, la tutela dei medesimi beni dovrebbe essere rimessa alla curatela del diritto penale mediante la previsione di reati di pericolo astratto". Completo sull'argomento è M. TOCCI, *Il danno punitivo in prospettiva comparatistica*, Bologna, 2014, p. 16 che evidenzia il pensiero prevalente, e limitato, poiché "In sostanza, se lo scopo principale della giustizia civile, in caso di illecito, è di risarcire integralmente il danno subito, non si possono ammettere risarcimenti superiori al danno

La Cass. Civ. Sez. III sent. n. 1183/2007 fu la prima a statuire chiaramente sull'inammissibilità dei danni punitivi legati alla condanna ai sensi dell'art. 2043 C.c., sebbene siano state sollevate delle forti critiche in merito¹⁷ e la più recente Cass. Civ. Sez. I sent. n. 7613/2015¹⁸ sembra legittimare un'interpretazione a favore della funzione punitiva tramite l'istituto dell'*astreinte*, seguita da ultimo dalla Cass. Civ. Sez. Un. sent. n. 16601/2017.

2. La funzione del risarcimento dei danni

Gli artt. 2043 e 2059 C.c. non consentono di escludere né d'ammettere che la responsabilità civile da illecito possa svolgere anche una funzione punitiva e, di conseguenza, ciò ha spinto molti a ritenere che la responsabilità aquiliana abbia prevalentemente¹⁹ funzione compensativa²⁰ e funzione riparatoria (o

effettivo né si può consentire l'ingiustificato arricchimento del danneggiato; inoltre è esclusa qualunque funzione di prevenzione o di sanzione dell'illecito".

¹⁷ A. DE CUPIS, "Titolo IX - Dei fatti illeciti" in AA.VV., *Commentario del Codice Civile, Libro Quarto - Delle Obbligazioni*, Bologna-Roma, 1958, pp. 293 - 295 ma anche C. M. BIANCA, *Diritto civile, Vol. V - La responsabilità*, Milano, 1997 p. 252 nonché G. PONZANELLI, "Pene private" in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Vol. XV, Roma, 1992, pp. 2 e ss.

¹⁸ Sebbene la suindicata pronunzia riguardasse una sentenza belga, paese U.E., ove è vigente il Reg. U.E. 44/2011, ma le considerazioni della Cassazione sono state piuttosto elusive, riportando la validità della misura risarcitoria applicata all'istituto della c.d. "*astreinte*" ovvero una forma di punizione da ritardo nella liquidazione del risarcimento danni conseguente a condanna. Si rammentano nel senso affermativo per la funzione punitiva anche Corte U.E., Sez. III sent. n. 295/2006, Cass. Pen. Sez. IV sent. n. 2050/2004 ma anche Cass. Civ. Sez. III sent. nn. 8730/2011, 17902/2010 e 11353/2010, Cass. Civ. Sez. I sent. n. 4624/1998, nonché Trib. Rimini sent. n. 3264/1999.

¹⁹ Prevalente perché intorno alla funzione dell'art. 2043 C.c. si sono avuti stimolanti contributi dottrinali. Non si può dimenticare la "funzione di controllo delle attività sociali rischiose" coniata dai cultori dell'analisi economica del diritto e secondo i quali il risarcimento aquiliano dovrebbe essere imputato a colui che ha i mezzi migliori per prevenirlo e su cui non può non ricadere l'obbligo risarcitorio, per tutti AA.VV., *Danno e risarcimento*, Torino, 2013, pp. 22 e ss. Ancora si può citare la "funzione deterrente" legata alla funzione sanzionatoria e, in un certo qual modo, anche autonoma dato che si manifesta moltissimo nei casi di responsabilità per colpa (non dolo) inducendo o persuadendo alle accortezze necessarie, tipizzate (colpa specifica) e non (colpa generica), tra i primi, l'illustrissimo F. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, 1926, pp. 35 - 37. Esistono anche teorie miste sulla funzione, quale istituto orientato in forma assiologia e quindi rappresentativo di numerose funzioni P. PERLINGIERI, "Le funzioni della responsabilità civile" in *Rassegna di diritto civile*, Vol. XXII, Napoli-Roma, 2011, p. 115 - 123.

²⁰ Tale funzione emerge nei casi in cui la lesione è di natura patrimoniale e attiene a beni fungibili, come il denaro, per cui il risarcimento dei danni ripristina completamente la situazione a com'era e sarebbe stata prima del verificarsi della lesione. Si pensi all'ipotesi di scuola di Tizio che acquista una vettura e subisce un danno dal vicino di casa che, sbadatamente, fa cadere sull'auto un vaso di una pianta. Si tratta di una violazione del *nemini ledere* e Tizio potrà chiedere la condanna del vicino all'acquisto della medesima vettura (art. 2058 C.c.) oppure un ristoro economico di valore pari a quello che la vettura presentava al momento del danneggiamento. Ecco allora emergere la "funzione compensativa". All'uopo si veda G. VENEZIAN, "Danno e risarcimento fuori dei contratti" in *Opere Giuridiche*, Vol. I, Roma, 1925, pp. 3 - 4 e per la dottrina moderna AA.VV., *Diritto Privato, Parte II*, Torino, 2008, pp. 564 - 565 nonché per i legami con i danni aquiliani da contratto anche A. BALDASSARI, "Danno e risarcimento in generale" in AA.VV., *Il diritto privato nella giurisprudenza. La responsabilità civile*, Vol. I, Torino, 1998, pp. 325 - 328.

satisfattoria)²¹ per equivalente dei danni, con qualche peculiarità nel caso del danno non patrimoniale.

Si tratta, in generale, di debiti di valore ovverosia di obbligazioni che hanno ad oggetto *ab initio* una prestazione diversa dal pagamento di una somma di denaro (un fatto illecito) che dipoi si converte in obbligo risarcitorio.

In verità, sia all'art. 40 della Relazione del Guardasigilli al Progetto ministeriale – Libro delle Obbligazioni del 1941, sia prima dell'App. Roma sent. del 19/05/1959, data in cui alcuni giudici iniziarono a negare la funzione sanzionatoria esplicita dagli artt. 2043 e 2059 C.c., la dottrina e la giurisprudenza erano di posizioni diametralmente opposte e considerava assodata la funzione punitiva all'interno del risarcimento dei danni extracontrattuali quale *pecunia doloris damni*²².

Scrivendo A. De Cupis: *“Tuttavia, pur avendo un fine meramente riparatorio, lo stesso risarcimento è una sanzione: invero, sia pure per tale, esso è imposto al responsabile dell'ingiusta lesione dell'interesse, e grava su lui siccome sfavorevole conseguenza della violazione della norma protettiva dello stesso interesse. E' artificioso il separare la violazione del diritto dal danno, al fine di negare che il risarcimento, concernendo il danno, sia una sanzione”*²³.

Detto in altre parole, se il risarcimento è obbligo ricadente sul responsabile, è perché egli ha violato un precetto protettivo e dunque diviene destinatario di una sanzione o pena privata insita nel risarcimento.

²¹ Questa funzione è legata alla natura stessa del risarcimento aquiliano e si manifesta con molta forza nei casi di danni non patrimoniali. In sostanza si cerca di rendere suscettibile di valutazione economica un danno, anche quando è classificato “non patrimoniale” o quando è patrimoniale non di semplice quantificazione economica. Per realizzare ciò nei danni patrimoniali si ricorre a perizie e a prove documentali che attestino il valore venale del bene e il valore di mercato posseduto al momento del verificarsi del danno. Nei casi di danno non patrimoniale, oltre alle perizie e alle prove documentali, si ricorre a criteri “per equivalenza” indicizzando il fatto dannoso nell'alveo di parametri che artificialmente ne determinino la presunta patrimonialità. Si veda sul *barème* del punto tabellare AA.VV., Guida *alla valutazione medico-legale del danno biologico e dell'invalidità permanente*, Ed. IV, Milano, 1990, p. 6 ove si legge che “Le percentuali della Tabella sono applicabili nei casi medi, ma se da questa media ci si discosta per effetto dello stato anteriore del soggetto, le percentuali andranno variate di conseguenza”. Ancora sui criteri dell'equivalenza e sul lungo processo di legittimazione del danno biologico avviato inizialmente con Trib. Genova sent. del 25/05/1974 (% di invalidità = % del reddito medio nazionale pro capite), passando per Trib. Pisa sent. del 10/03/1979 (% di invalidità = valore medio del punto di invalidità calcolato sulla media dei precedenti giurisprudenziali) e poi con la Cass. Civ. Sez. III sent. n. 3675/1981 (che ha rigettato il criterio % di invalidità = % della pensione sociale capitalizzata e moltiplicata per 3), completo è M. BARGAGNA e F. D. BUSNELLI, *La valutazione del danno alla salute*, Padova, 1988, pp. 17 – 147 nonché C. M. BIANCA, *Diritto civile, Vol. V – La responsabilità*, Milano, 1997, pp. 182 – 184. Sulla funzione satisfattoria nei casi di danni patrimoniali, un esempio legato al lavoro nel settore pubblico, è AA.VV., *La causa di servizio, l'equo indennizzo e l'azione di risarcimento dei pubblici dipendenti*, Ed. II, Milano, 1989, pp. 35 – 41 in cui si evidenziano le differenze tra lo stato tutelato e tipizzato atto a ricevere l'equo indennizzo e quello atipico dell'art. 2043 C.c. atto a determinare l'azione di risarcimento dei danni.

²² Chiaramente vi erano sempre posizioni differenti, si pensi a M. MINOZZI, *Studio sul danno non patrimoniale*, Ed. II, Milano, 1909, pp. 168 e 169 in cui sostiene che la funzione del risarcimento dei danni non patrimoniali sia quella di fornire una riparazione pecuniaria per il torto subito.

²³ A. DE CUPIS, “Titolo IX – Dei fatti illeciti” in AA.VV., *Commentario del Codice Civile, Libro Quarto - Delle Obbligazioni*, Ed. II revisionata, Bologna-Roma, 1971, p. 19.

Affinché la *vexata quaestio* abbia una soluzione²⁴, occorre che l'analisi transiti da una visione puramente dogmatica a una pragmatica e occorre altresì comprendere se e perché è necessario collocare una funzione punitiva nel risarcimento aquiliano e, in seguito, stabilire i possibili limiti entro cui tale funzione possa esplicarsi ed essere determinata.

Ci sono sei motivi che dovrebbero spingere per propendere verso una soluzione affermativa circa la compatibilità della funzione sanzionatoria aquiliana.

Il primo motivo può essere definito di "giustizia sociale" e matura nel momento in cui le funzioni deterrenti e riparatorie del risarcimento non siano sufficienti a scoraggiare future commissioni di illeciti civili per eccessiva differenza economica delle parti coinvolte²⁵.

La seconda ragione, sintetizzabile come "giustizia sostanziale", attiene alle circostanze concrete di verifica dei fatti illeciti che, pur non incidendo nella determinazione del danno ingiusto, non possono essere trascurati dal giudice e tale sembrerebbe la ratio espressa nel precipitato delle S.U. 16601/2017²⁶.

²⁴ Per quanto in passato si sia già pronunciata in forma contraria Cass. Civ. Sez. Un. sent. n. 6572/2006, escludendo in forma velleitaria il risarcimento punitivo dei danni, recentemente con Cass. Civ. Sez. Un. sent. n. 16601/2017 la quale ha statuito che *"Nel vigente ordinamento, alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, poiché sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria del responsabile civile. Non è quindi ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto di origine statunitense dei risarcimenti punitivi"*.

²⁵ Ad esempio, le case editrici hanno coperture assicurative e fondi accantonati proprio per far fronte a condanne civili al risarcimento e così non subiscono la benché minima diminuzione patrimoniale e non assimilano materialmente il danno arrecato perché non lo risarciscono. M. DOGLIATTI, *"Profili di responsabilità civile nella tutela della persona"* in AA.VV., *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, Vol. III, Torino, 1987, pp. 7 - 9 ove si legge che *"Si coglie peraltro, ove si assume opportunamente quale principale obiettivo degli interventi a tutela della persona, pur in campo privatistico il soddisfacimento dell'esigenza di scoraggiare e ridurre al minimo gli attentati e le aggressioni alla personalità stessa, tutta l'insufficienza di una prospettiva in termini esclusivi di risarcibilità del danno; e quindi al contrario l'opportunità di individuare strumenti alternativi in funzione sanzionatoria e di ammonimento: è evidente come tali funzioni non possano essere efficacemente perseguite nell'ambito di un sistema necessariamente differenziato in relazione al potere economico [...] Ma anche dal punto di vista del soggetto leso appare scarsamente appagante il risarcimento dei danni, laddove dovrebbe perseguirsi piuttosto un'efficace inibizione della lesione e, in ogni caso, una soddisfazione "morale" più che una specifica riparazione monetaria"*. Dello stesso pensiero è T. A. AULETTA, *Riservatezza e tutela della personalità*, Milano, 1978, p. 187.

²⁶ Si pensi al caso di Tizio che subisce da un rivale in amore un danno doloso al proprio motociclo. Lo stesso fatto commesso con colpa, *rectius* negligenza, per sbadataggine dovrebbe essere risarcito, per le voci di danno patrimoniale, nella stessa misura. Appare ingiusto quindi considerare identiche due situazioni differenti, solo in ragione del danno prodotto e senza valutare la condotta posta in essere e le circostanze che ne hanno determinato l'esegesi. Conf. Corte Cost. sent. n. 87/1979 ha sottolineato che *"L'evento dannoso, invero, non può non essere collegato alle cause che lo hanno determinato ed in effetti nel nostro ordinamento si rinvengono ipotesi nelle quali il risarcimento è influenzato dalla condizione soggettiva dell'autore dell'illecito. Così è per le previsioni contenute negli artt. 2044, 2045, 2046 e 2047, ultimo comma, cod. civ., nelle quali l'ammontare e la stessa sussistenza del credito del danneggiato sono fatti dipendere da elementi che riguardano esclusivamente il danneggiato"*. P. CENDON, *"La pena privata"* in *Tutela dell'onore e mezzi di comunicazione di massa*, Milano, 1979, p. 186 espone bene il problema dell'incoerente circa l'uguaglianza sanzionatoria di fatti illeciti sostanzialmente non uguali, sebbene non si richiami il principio di equivalenza dolo-colpa e i problemi di compatibilità con tale teoria. Mentre per un'ipotesi di sanzione derivante da eccedenza patrimoniale percepita da atto illecito, R. SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959.

Un ulteriore motivo risiede nella "uniformità del risarcimento"²⁷ perché danni uguali (patrimonializzati) possono derivare da fatti differenti, ma fatti uguali si trattano in forma uguale ovvero: se in sede penale ai sensi degli artt. 133 e 185 C.p. la costituzione di parte civile determina una valutazione di circostanze oggettive e soggettive specifiche da parte del giudice, allora lo stesso deve accadere in sede civile così da consentire un'uniformità di valutazione dei danni in situazioni identiche²⁸.

Un quarto motivo si rinviene nella "analogia *legis*" di cui all'art. 12 co. 2 Disp. Legge Gen.²⁹ in quanto se le *astreinte* sono state considerate compatibili con l'ordine pubblico e con l'art. 614 bis C.p.c., non si capisce perché la medesima analogia non possa essere condotta con le numerose sanzioni civili, e in particolar modo con l'art. 96 C.p.c., così legittimando i *punitive damages* risarcitori.

Quinto motivo: la tipicità dell'art. 2059 C.c. si conforma con l'art. 25 Cost. secondo l'antico brocardo *nullum crimen sine lege*, grazie al quale può essere ammesso il danno punitivo³⁰.

Infine, ultimo e più importante motivo, si colloca nella "tutela pubblica dei beni giuridici della vita" rilevanti ai fini della definizione del concetto di ingiustizia del danno prevista all'art. 2043 C.c., la quale esalta oltre al *non iure* (senza scriminanti), anche il *contra ius*, ovvero la lesione di interessi e diritti tutelati direttamente dalla Costituzione e dunque meritevoli di difesa non solo individuale ma anche pubblica: fondamentale è la prevalenza per ponderazione del giudice tramite comparazione o bilanciamento con il possibile interesse del responsabile e, solo dopo tale lavoro assiologico, determinare la tutela

²⁷ Principio enucleato con la famosa Cass. Civ. Sez. Un. sent. n. 26972/2008 (e ripreso in Cass. Civ. Sez. Un. sent. n. 26976/2008) che ha anche sottolineato che le duplicazioni sanzionatorie potrebbero derivare sia l'*actio* esperita, sia per la sovrapposizione fattuale e teorica di alcune voci di danno. Analogamente Cass. Civ. Sez. Un. sent. n. 4063/2010 e Cass. Civ. Sez. I sent. n. 3802/1991. Inoltre Cass. Civ. Sez. III sent. n. 7282/2003 sembra andare in questa direzione statuendo che "[...] alla risarcibilità del danno non patrimoniale ex art. 2059 c.c. e 185 c.p. non osta il mancato positivo accertamento della colpa dell'autore del danno se essa, come nel caso di cui all'art. 2054 c.c., debba ritenersi sussistente in base ad una presunzione di legge e se, ricorrendo la colpa, il fatto sarebbe qualificabile come reato".

²⁸ G. GUARNIERI, "Responsabilità civile" in AA.VV., *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. XV, Torino, 1976, p. 617 evidenzia la commistione tra la sanzione penale e quella civile nel caso di costituzione di parte civile che, per tal motivo e per l'inapplicabilità del limite di cui all'art. 1225 C.c., renderebbe possibile anche una funzione sanzionatoria civile della responsabilità aquiliana. *Contra* G. MIOTTO, "La funzione del risarcimento dei danni non patrimoniali nel sistema della responsabilità civile" in AA.VV. *Responsabilità civile e previdenza n. 1*, Milano, 2008, pp. 192 - 195 ove sull'unitarietà e sull'autonomia della funzione propria del risarcimento, cerca di confutare la funzione punitiva del risarcimento dei danni non patrimoniali (esclude quelli patrimoniali) adducendo il legame con il danno e non con la colpa, tipicamente delineata nei casi di sanzione, riportandosi alle Cass. Civ. Sez. III sent. nn. 394/2007 e 1183/2007. Non esclude la questione invece Cass. Civ. Sez. Un. sent. n. 26972/2008.

²⁹ In Cass. Civ. Sez. I sent. n. 7613/2015 si definisce "contrario all'ordine pubblico" non un ordinamento differente o una disciplina giuridica straniera, bensì la conformità all'assetto dei principi vigenti in contingenza. Da qui l'ammissibilità delle *astreinte*. Si vedano N. SCIARRATTA, *La Cassazione su astreinte, danni punitivi e (funzione della) responsabilità civile*, Roma, 2015, pp. 7 - 17 e inoltre R. ALMA, *Danni punitivi. Il punto della Cassazione*, Roma, 2012, p. 2.

³⁰ F. GAZZONI, *Obbligazioni e contratti*, Ed. XVI, Napoli-Roma, 2013, p. 745 secondo cui tale funzione è giustificata dal fatto che non vi sarebbe nell'art. 2059 C.c. una precisa verifica e quantificazione del danno *contra ius* e *non iure*.

mediante uno strumento che sia d'esempio per la collettività ovvero da monito per i consociati³¹.

Per questo ultimo motivo, essendo l'ingiustizia del danno legata a interessi costituzionalmente previsti, la funzione dell'art. 2043 C.c. deve essere tale da garantire, in assenza di una disposizione che ne sancisca espressa riprovevolezza pubblicistica, quantomeno una punizione equa rimessa al prudente apprezzamento dell'organo giudicante.

E' vero però che l'art. 2059 C.c., molto studiato in merito alla funzione punitiva, richiama la "legge" (tipicità) ma non formula criteri sulla tassatività dei casi e, dunque, rischia di vanificare gli sforzi ermeneutici circa l'enucleazione di una funzione punitiva³².

A parte le possibili critiche formulabili ad una sintesi di tal tipo, questi sei motivi di fondo sono tutt'ora alla base di numerose sentenze di condanna al risarcimento dei danni che, sebbene implicitamente, hanno ritenuto di fornire un ammontare pecuniario risarcitorio maggiore di quello emergente dalla mera equivalenza dei danni in chiave monetaria.

Basti pensare all'ord. del 06/02/2003 della Corte d'Appello di Genova, dipoi parzialmente annullata con Cass. Pen. Sez. IV sent. n. 2050/2004, che lungi dall'essere ancorata a due distinte perizie richieste in gravame, si è spinta fin nel terreno della funzione ultra riparatoria, ovvero della funzione punitiva condannando lo Stato italiano, in quanto "[...] per l'accertamento delle conseguenze di natura psico-fisica della detenzione (con particolare riguardo ai riflessi sulla capacità lavorativa) e di quelle di natura reddituale derivanti dalla cessazione dell'attività d'impresa in precedenza svolta dall'istante, ha determinato l'entità della riparazione (dopo avere nelle more liquidato una somma a titolo di provvisoria) nella somma complessiva di euro 3.947.994,00, oltre alle pronunzie accessorie (interessi decorrenti dal 1° gennaio 2003, spese di difesa, spese della procedura ecc.)" cosicché l'ord. della Corte d'Appello di Genova è stata annullata e rimodulata "[...] limitatamente ai seguenti profili dell'indennizzo: perdita dell'attività commerciale; spese di difesa; riduzione della capacità lavorativa".

Allo stesso modo, ancor più chiara, è stata Cass. Civ. Sez. III sent. n. 8730/2011 ove si legge che "Con tale criterio, la quantificazione del risarcimento, più che ripristinare le perdite patrimoniali subite, svolge una funzione parzialmente sanzionatoria, in quanto diretta anche ad impedire che l'autore dell'illecito possa farne propri i vantaggi", secondo una linea giurisprudenziale già marcata dalla Corte Cost. sent. n. 184/1986 secondo cui "[...] è impossibile negare o ritenere irrazionale che la responsabilità civile da atto illecito sia in grado di provvedere non soltanto alla reintegrazione del patrimonio del danneggiato ma fra l'altro, a volte, anche ed almeno in parte, ad ulteriormente prevenire e sanzionare l'illecito, come avviene appunto per la

³¹ Emblematica è Cass. Civ. Sez. III sent. n. 8828/2003 la quale marca l'esigenza di garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo espressi nell'art. 2 Cost. e preservati dall'art. 2059 C.c. Per l'importanza nel bilanciamento degli interessi all'interno del protocollo normativo dell'art. 2059 C.c., si veda, G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, p. 79.

³² Per tutti E. NAVARRETTA, "Danni non patrimoniali: il dogma infranto ed il nuovo diritto vivente" in AA.VV. *Foro Italiano*, Vol. I, Roma, 2003, pp. 2277 e ss. Valutazioni più ampie sono fornite da E. MASCATI, "Pena privata e autonomia privata" in AA.VV., *Rivista di diritto civile*, Vol. I, Milano, 1985, pp. 786 e 787 ove si evidenziano forti dubbi sulla funzione punitiva proprio per assenza di un minimo comune denominatore che consenta di accumunare l'eterogenee pene private e, nello specifico, di quantificare il danno aquiliano.

riparazione dei danni non patrimoniali da reato. Accanto alla responsabilità penale (anzi, forse meglio, insieme ed "ulteriormente" alla pena pubblica) la responsabilità civile ben può assumere compiti preventivi e sanzionatori".

Inoltre, è inevitabile accogliere i "punitive damages" e la relativa funzione, perché è impossibile scindere la valutazione equitativa del giudice, entro criteri che comunque gli attribuiscono libertà di apprezzamento, dal sentimento di giustizia che sorge in presenza di determinati fatti illeciti³³.

E anche a voler ammettere l'idea di separazione mentale tra la quantificazione per equipollenza danno-denaro (anche fittizia per i danni non patrimoniali) e la funzione punitiva, il vero problema³⁴, lungi dall'essere quello di natura funzionale ed eziologica, resta quello della definizione dell'ammontare sanzionatorio³⁵ e del criterio adoperabile per rendere uniforme l'applicazione del castigo pecuniario civile in sede aquiliana, tanto per i danni patrimoniali quanto per quelli non patrimoniali.

3.1. La risarcibilità dei *punitive damages*

Nel corso degli anni la dottrina e la giurisprudenza più autorevole hanno posto il problema della quantificazione del danno non patrimoniale³⁶, essendo quello patrimoniale un danno per sua natura già quantificabile con una certa agevolezza³⁷, posto che la natura patrimoniale o non, non deriva dall'azione

³³ Cass. Civ. Sez. III sent. n. 394/2007 che però non menziona la funzione punitiva ma solamente il processo mentale e logico di quantificazione del danno morale.

³⁴ I. DHIMGJINI, *Quale sorte per i punitive damages in Italia*, Venezia, 2012, p. 426 cerca d'ammettere i *punitive damages* al fine di rendere veramente autonomo il diritto civile, pur restando insoluto il problema del *quantum* della pena.

³⁵ Il più completo sull'argomento è G. BONILINI, "Pena privata e danno non patrimoniale" in *Responsabilità civile e previdenza*, Milano, 1984, pp. 168 - 170 il quale auspica una visione punitiva del risarcimento dei danni.

³⁶ P. G. MONATERI, "Responsabilità civile" in AA.VV. *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Torino, 1998 pp. 1 - 12 sulla concezione del risarcimento dei danni in chiave economica ovvero legata al modo con cui determinare il titolare dell'obbligo risarcitorio e la relativa quantificazione dei danni. Si veda inoltre per l'estrema completezza G. ALPA, *Il danno biologico - Percorso di un'idea*, Padova, 1987, pp. 5 - 44 il quale ha ricostruito storicamente gli sviluppi giurisprudenziali del danno biologico e la sua collocazione. Ancora è possibile citare M. BARGAGNA e F. D. BUSNELLI, *La valutazione del danno alla salute. Profili giuridici, medico-legali ed assicurativi*, Padova, 1988, pp. 17 - 167 sulla quantificazione del risarcimento e sull'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale del calcolo del risarcimento dei danni non patrimoniali. In termini generici ma molto chiari P. CENDON, *Commentario al codice Civile - Aggiornamento 1991 - 2001*, Vol. II, Torino, 2002, pp. 1689 - 1733 e 1806 - 1821 il quale espone le caratteristiche salienti degli artt. 2043 e 2059 C.c. Si legge in Cass. Civ. Sez. Un. sent. n. 500/1999 che "L'area della risarcibilità non è quindi definita da altre norme recanti divieti e quindi costitutive di diritti (con conseguente tipicità dell'illecito in quanto fatto lesivo di ben determinate situazioni ritenute dal legislatore meritevoli di tutela), bensì da una clausola generale, espressa dalla formula "danno ingiusto", in virtù della quale è risarcibile il danno che presenta le caratteristiche dell'ingiustizia, e cioè il danno arrecato non iure, da ravvisarsi nel danno inferto in difetto di una causa di giustificazione (non iure), che si risolve nella lesione di un interesse rilevante per l'ordinamento (altra opinione ricollega l'ingiustizia del danno alla violazione del limite costituzionale di solidarietà, desumibile dagli artt. 2 e 41, comma 2, Cost., in riferimento a preesistenti situazioni del soggetto danneggiato giuridicamente rilevanti, e sotto tale ultimo profilo le tesi sostanzialmente convergono)".

³⁷ I metodi per quantificare un danno patrimoniale possono essere molteplici, ad esempio: il

illecita, bensì dal tipo di danno ingiusto arrecato, cioè dalle conseguenze dannose ingiuste prodotte³⁸.

Chiaramente le diatribe sorte in seno al mondo accademico³⁹ circa i criteri di liquidazione del risarcimento dei danni non patrimoniali sono dovute alla

valore venale (o di mercato), il valore catastale, il valore dichiarato pattiziamente, il valore estrapolato da perizia, il valore forfettario, il valore presunto da elementi esterni, eccetera. P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Ed. VII, Napoli-Roma, 2014, pp. 893 – 913 e 941 – 955 ma anche in passato A. DE CUPIS, "Titolo IX – Dei fatti illeciti" in AA.VV., *Commentario del Codice Civile, Libro Quarto - Delle Obbligazioni*, Bologna-Roma, 1958, pp. 372 – 379. Inoltre la giurisprudenza è chiara nell'utilizzo dei suindicati metodi di valutazione, si vedano Cass. Civ. Sez. III sent. nn. 12401/2013, 4043/2013 e 13431/2010 nonché Sez. I sent. n. 7352/2010 ove sono richiamati a vario titolo i predetti metodi di calcolo del danno patrimoniale in congiunzione con l'art. 2056 C.c. C. M. BIANCA, *Diritto civile, Vol. V – La responsabilità*, Milano, 1997, p. 163 precisa che la liquidazione "[...] del danno deve procedere in ogni caso in base al valore attuale della moneta", mentre si riporta per i danni non patrimoniali alla Corte Cost. sent. n. 184/1986.

³⁸ Si suole fare una distinzione, riportata persino in Corte Cost. sent. nn. 87 e 88/1979 nonché in sent. nn. 184/1986 e 372/1994, tra "danni-evento" e "danni-conseguenza" a cui inizialmente si legavano due differenti tipi di danno. Nei primi i soli danni biologici poiché si riteneva sovrapposti l'offesa all'evento naturalistico, quindi non veri danni non patrimoniali perché insiti nella fattispecie illecita materiale, dunque eventi lesivi tipizzati e conseguenti a reati o a fatti illeciti previsti dalla legge. Mentre i secondi erano identificati con i danni patrimoniali e quelli morali subiettivi in quanto conseguenze del fatto illecito e del suo evento, oppure anche, come conseguenze di un danno-evento, quindi anche di un danno biologico (in sostanza applicando anche l'art. 1225 C.c.). Per tutti si richiamano Cass. Civ. Sez. III sent. nn. 4631 e 5530/1997 nonché 11207/2000. Oggi questa nozione è mutata perché il danno biologico non può assolutamente essere compreso nell'art. 2043 C.c. e tale ricostruzione è superata, così in Corte Cost. sent. n. 223/2003, Cass. Civ. Sez. III sent. nn. 7281 e 7282/2003 e Cass. Civ. Sez. Un. sent. n. 2515/2002 (c.d. Caso Seveso), in quanto la lesione di diritti di rilevanza costituzionale va incontro alla sanzione risarcitoria per il fatto in sé della lesione e non per elaborazioni dogmatiche e quindi la collocazione dei tipi di danno è veicolata pacificamente o nell'ambito patrimoniale o in quello non patrimoniale. Inoltre la causalità materiale (causa et eventi) e quella giuridica (individuo soggetto alla regola della *perpetuatio obligationis*) devono coinvolgere sia gli eventi tipizzati, sia i possibili eventi manifestatisi come conseguenza causalmente diretta del fatto illecito, così inglobando anche i danni indiretti ma presenti nella linea causale, giusto art. 2056 C.c., come evidenziato in Cass. Civ. Sez. III sent. n. 15274/2006.

³⁹ Sono evidenziate con molta chiarezza da A. LASSO in AA.VV., *La nozione di responsabilità tra teoria e prassi*, Padova, 2010, pp. 107 – 120 ove si ripercorrono le tappe più importanti sulla risarcibilità delle voci di danno emergenti dal c.d. "diritto vivente", fino ad approdare ai giorni nostri. Mentre A. FLAMINI, *Il danno alla persona*, Napoli-Roma, 2009, pp. 65 – 71 ritiene che il danno biologico debba essere disciplinato dall'art. 2043 C.c. Non appare condivisibile la negazione delle risultanze della Corte Cost. sent. n. 233/2003 sostenendo che "[...] per dare un senso all'art. 2059, se ancora ne ha, occorrerebbe ricondurlo alle origini, riferendone l'applicabilità al danno morale soggettivo, riconducendo invece al sistema nel suo complesso e, in particolare, all'art. 2043, le fattispecie atipiche di danni ingiusti" come sostiene P. PERLINGIERI, "L'art. 2059 c.c. uno e bino: una interpretazione che non convince" in *Rassegna di diritto civile*, Vol. III, Napoli-Roma, 2003, p. 778 il quale ritiene che la patrimonialità o meno del risarcimento non debba essere legata al tipo di danno ma al tipo di interesse in quanto, affermare il contrario, significherebbe attribuire connessione con i principi costituzionali solo ai beni della vita inerenti la persona, dunque al solo art. 2059 C.c. o, al massimo, non inserire nella dialettica giuridica elementi differenti e innovati se non quelli già espressi sull'art. 2043 C.c. a cui inevitabilmente ci si deve riportare per delimitare "l'ingiustizia del danno", concetto differente dalla "non patrimonialità" a cui la norma si riferisce. Non convince tale teoria perché, ad esempio, colui che viene diffamato può subire contestualmente un danno all'immagine e una diminuzione della clientela lavorativa. Non è detto che la vittima decida di chiedere il risarcimento per il danno all'immagine e all'onore (valutando l'interesse, quindi il danno non patrimoniale), ben potendo semplicemente chiedere i danni patrimoniali da lucro cessante per

connessione con la funzione che si attribuisce al risarcimento medesimo al quale, come esposto, non si attribuisce un ruolo univoco quanto invece mutevole, adeguato all'interesse leso e al tipo di danno subito, pur se alla base permane ugualmente il principio della *compensatio lucri cum damno*⁴⁰, il dover essere conseguente al danno arrecato.

Oggigiorno lo strumento più utilizzato ai fini della risarcibilità del danno non patrimoniale e della sua liquidazione è il "Metodo equitativo-differenziato a punto percentuale tabellare" o "*Barème* del punto medio invalidante", secondo le tabelle stilate dal Tribunale di Roma e da quello di Milano⁴¹.

Superata la dicotomia "danno-evento" e "danno-conseguenza"⁴² ed essendo stato annesso il risarcimento dei danni non patrimoniali alla lesione di beni costituzionalmente protetti (Corte Cost. sent. n. 233/2003), il legislatore, la giurisprudenza e la dottrina hanno abbracciato l'utilizzo del "Metodo equitativo-differenziato" pur specificando che per ragioni di equità sostanziale e uguaglianza, il giudice avrebbe comunque preservato il potere necessario a discostarsi motivatamente da tale computo o a correggerlo mediante il "Criterio dalla valutazione equitativa pura"⁴³; tale potere di correzione è riportato e trasfuso *in melius*, tramite la percentuale del +25%, solo all'interno della Tabella redatta dal Tribunale di Milano nell'anno 2014.

Tanto premesso, ci si chiede come quantificare un possibile danno punitivo conseguente ad un fatto illecito, *rectius*, ad un danno ingiusto patrimoniale e

le mancate commesse non concluse (il danno patrimoniale). Viceversa una violazione contrattuale può produrre un turbamento di tal gravità da integrare anche un *pretium doloris*. Quindi è sul danno che si determina il tipo "patrimoniale" o "non" della lesione, e non sull'interesse, che sicuramente ha rilievo per conformare la tutela risarcitoria alla presenza di interessi costituzionalmente protetti, dunque l'applicazione o dell'art. 2043 o del 2059 C.c. Il danno deve guidare l'interprete, non l'opposto.

⁴⁰ Nel danno patrimoniale viene enfatizzata la funzione retributiva e compensativa, mentre in quello non patrimoniale la funzione per equivalente; per maggiori delucidazioni si rinvia alle note nn. 19 - 21.

⁴¹ Le citate tabelle non sono le uniche, ma sono le più complete e precise, in particolar modo la più versatile ed esaustiva è quella stilata dal Tribunale di Roma. Praticamente ad ogni punto di invalidità accertata medicalmente, parametrata all'età della vittima, si fa corrispondere una somma di denaro. Il giudice ha poi un *range* entro cui può equitativamente correggere l'importo in relazione alle circostanze concrete del danno ingiusto. Questo metodo è derivato dagli artt. 138 e ss. D.Lgs. 209/2005 e, prima ancora, dall'art. 5 L. 57/2001 attuato con D.M. Att. Prod. 03/07/2003 e con la Comunicazione A.N.I.A. Prot. 352 Ass. Auto 39 legale 10 del 17/09/2003. Per quanto concerne gli aggiornamenti di queste tabelle si rinvia al D.M. Att. Prod. 30/07/2002 e alla Comunicazione A.N.I.A. Prot. 331 Ass. Auto 30 del 27/08/2002; successivamente gli importi sono stati ulteriormente modificati dal D.M. Att. Prod. 22/07/2003 a cui a fatto seguito la Comunicazione A.N.I.A. Prot. 307 Ass. Auto 36 Legale 6 del 31/07/2003. Anche il D.M. Sanità 03/07/2003 si occupa di danni micropermanenti.

⁴² Cass. Civ. Sez. Un. sent. n. 2515/2002 mentre con Cass. Civ. Sez. Un. sent. n. 26972/2008 sono stati assodati i seguenti principi: 1) il principio del *ne bis in idem* risarcitorio; 2) il principio dell'assorbimento del minor danno in più grave; 3) il principio dell'unitarietà del danno non patrimoniale; 4) il principio dell'astratta configurabilità come reato.

⁴³ Corte Cost. sent. n. 156/1999, 243/2000 e 340/2001. Tale criterio è adoperato anche quando il danno patito, specie se "esistenziale", risulta di difficile quantificazione anche mediante l'ausilio delle tabelle. Si intendono per "danni esistenziali" tutte quelle categorie di danno che implicano la lesione di beni costituzionalmente protetti e che implicano una lesione permanente sulla capacità o sulla idoneità dell'individuo tale da impedirgli o ostacolarli le prerogative o le attività realizzatrici proprie, così peggiorandogli la qualità della vita; da prima Cass. Civ. Sez. I sent. nn. 7713/2000 e 4950/2010 nonché dalle Cass. Civ. Sez. III sent. nn. 336/2016, 8828/2003 e 10725/2000 nonché le famose Cass. Civ. Sez. Un. sent. nn. 6572/2006, 26972/2008, 26976/2008, 559/2009 e 18356/2009.

non patrimoniale, senza incorrere da un lato in carenze di uniformità applicative e, dall'altro, garantendo un'indistinta applicazione tanto per i danni patrimoniali quanto per quelli non patrimoniali.

Escludendo un riparto calcolato meramente in via equitativa, per estensione applicativa dell'art. 96 co. 3 C.p.c.⁴⁴, ci sono tre possibili criteri di calcolo dei *punitive damages*, sintetizzabili nelle seguenti formule:

- 1) In relazione alla somma liquidata, si potrebbe applicare il +15% sull'importo liquidato⁴⁵;
- 2) Si potrebbero altresì applicare le *astreinte* legittimate da Cass. Civ. Sez. I sent. n. 7613/2015⁴⁶;
- 3) Un ulteriore criterio, infine, è rappresentato dalla duplicazione degli interessi legali⁴⁷ richiamati dall'art. 1284 C.c. e applicati sull'importo liquidato del giudice ex artt. 1224 e 1219 co. 2 n. 1 C.c.

⁴⁴ Tra i più recenti in dottrina, F. QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, Napoli-Roma, 2013, pp. 400 – 402 e in giurisprudenza, sebbene non affermando tale estensione, Cass. Civ. Sez. Un. sent. n. 3057/2009 ove si legge: “[...]3.1. Va accolta la domanda di condanna dell'istante al risarcimento del danno per responsabilità processuale aggravata. Infatti costituisce causa di responsabilità processuale aggravata, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 96 c.p.c., la proposizione, come nella fattispecie, di regolamento di giurisdizione senza il riscontro preventivo (nell'esercizio di un minimo di elementare diligenza) dell'erroneità della propria tesi alla stregua della disciplina positiva e della giurisprudenza, costituendo tale difetto di diligenza un elemento rilevatore di un uso distorto del regolamento ai fini meramente dilatori, oltre che, secondo nozioni di comune esperienza, di conseguenze pregiudizievoli per le controparti (Cass. Sez. Unite, 30/10/1992, n. 11848). 3.2. Ai fini della quantificazione del danno la Corte può fare riferimento a nozioni di comune esperienza, tra cui il pregiudizio che la controparte subisce per il solo fatto di essere stata costretta a contrastare un'ingiustificata iniziativa dell'avversario, non compensata, sul piano strettamente economico, dal rimborso delle spese e degli onorari del procedimento stesso, liquidabili secondo tariffe che non concernono il rapporto tra parte e cliente (Cass. 24/02/2000, n. 16; Cass. Sez. Unite, 19/02/2002, n. 2420).” Si veda inoltre E. MORANO CINQUE, *“Lite temeraria e condanna ad una somma di equità”* in AA.VV., *Le spese processuali*, Milano, 2011, pp. 45 – 47 il quale ritiene necessaria una maggiore determinatezza applicativa della fattispecie citata, limitando il potere giurisdizionale e devolvendo l'importo nei confronti dello Stato e non alla controparte (cioè un ibrido tra risarcimento/danno punito e una sanzione amministrativa).

⁴⁵ Valore peraltro ricavato dalle Tabelle di *barème* del punto tabellare del Tribunale di Roma, stilate per l'anno 2013 nella sezione “Liquidazione dell'ulteriore danno non patrimoniale” a p. 37. Il medesimo valore non lo si rinviene nelle Tabelle di Milano 2014 che, pur essendo state definite le più attendibili dalle Cass. Civ. Sez. III sent. n. 12408/2011, 9231/2013 e 11950/2013, regolano solo il danno biologico.

⁴⁶ Tale soluzione non appare soddisfacente perché non fornisce un criterio, bensì un involucro formale legittimante privo di contenuto omogeneizzabile tra i vari uffici giudiziari, quindi aleatorio nella determinazione dei *punitive damages*. Gli interessi sulla somma liquidata maturerebbero in rapporto ai singoli giorni di ritardo nell'adempimento dell'obbligo risarcitorio a decorrere dalla pubblicazione della sentenza di condanna.

⁴⁷ L'ultimo aggiornamento decorrente dall'01/01/2015 è stato introdotto con il D.M. Finanze 11/12/2014 ed è pari al tasso allo 0,5%. Si tratta della c.d. *mora ex re* quindi di interessi legali applicati nel risarcimento aquiliano a decorrere dal momento in cui si è manifestato il danno ingiusto, come pacificamente riportato in Cass. Civ. Sez. Un. sent. nn. 1712/1995, 580/2008 e 26972/2008. Chiaramente sarebbero duplicati gli interessi moratori sul valore liquidato, finanche triplicati se durante il procedimento giudiziario verrebbero a maturare anche gli interessi compensativi ex art. 1499 C.c. (calcolate anch'essi con il saggio legale degli interessi) per le somme non immediatamente liquidate alla vittima qualora parte della responsabilità per il danno sia stata già imputata in capo all'agente (anche da lui stesso, come autodenuncia); ex

Orbene, si reputa unica soluzione preferibile la prima, e nulla esclude che possa essere combinata anche con la seconda; ad esempio un giudice potrebbe liquidare € 20.000,00 di risarcimento danni patrimoniali e non, *omnia summas*, e disporre che a decorrere da dieci giorni dalla pubblicazione della sentenza, per ogni giorno di ritardo nel pagamento dell'importo stabilito, il soccombente sarà tenuto a versare un ulteriore +0,5% dell'importo liquidato in sentenza, fino ad un massimo del +15% (0,5% per ogni giorno nell'arco di un mese, cioè € 100 al dì su totali € 3.000), a titolo di danni punitivi⁴⁸.

Inoltre il +15% deve essere applicato, secondo una valutazione d'equità⁴⁹, cioè tenendo prudentemente in considerazione tutte le circostanze oggettive (modalità di commissione dell'illecito, circostanze di tempo, rapporti tra le parti e condizioni delle stesse, ecc.) e soggettive (premeditazione, sfruttamento di conoscenze personali atte ad aggravare il danno, differenze economiche, età della vittima, ecc.) concrete del fatto illecito, in maniera tale da modulare la sanzione entro un vero e proprio quadro edittale civile⁵⁰, similmente a quanto contemplato all'art. 5 D.Lgs. 7/2016.

Si potrebbe obiettare che l'importo così calcolato difetterebbe comunque di un perfetto adeguamento al caso concreto, perché nei confronti dei soggetti più benestanti il danno punitivo non avrebbe valenza sanzionatoria⁵¹ o, al contrario, verso quelli più poveri sarebbe eccessivamente gravoso⁵²,

multis Cass. Civ. Sez. I sent. nn. 26972/1990 e 12432/1991 nonché Cass. Civ. Sez. Un. sent. nn. 1712/1995 e 24406/2011.

⁴⁸ Non condivide queste risultanze F. GAZZONI, *Obbligazioni e contratti*, Ed. XVI, Napoli-Roma, 2013, pp. 743 - 746 che sostiene che i danni punitivi emergano dall'equità circostanziata di cui all'art. 2056 co. 2 C.c. cioè senza un preciso criterio di quantificazione, dando esclusivo rilievo al prudente apprezzamento dell'organo giudicante circa l'intensità del dolo o della colpa, della condotta, le modalità di esecuzione dell'illecito, l'offesa arrecata e alle circostanze oggettive in cui versava la parte lesa. Conf. sulla quantificazione dei danni Cass. Civ. Sez. III sent. nn. 15103/2002 e 13530/2009. Per una disamina tra danni e la *Differenztheorie* si rinvia a F. MASTROPAOLO, "Danno III) - Risarcimento del danno" in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Vol. X, Roma, 1988, pp. 7 - 10.

⁴⁹ Si badi bene che con il "giudizio di equità", il giudice crea il diritto, mentre con la "valutazione per equità" si esaminano i fattori di probabile incidenza del danno, nella sua certa realizzazione, ma di dubbia quantificazione. I criteri sono quelli dell'*arbitrum boni viri* (il giudice si basa su massime d'esperienza) e dell'*arbitrum merum* (il giudice valuta con piena discrezionalità ma deve enunciare il criterio adoperato per la decisione e i motivi della scelta), così in M. V. DE GIORGI, "Danno II) - Danno alla persona" in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Vol. X, Roma, 1988, pp. 1 - 8, ma anche in F. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale. Trattato di Diritto Civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, Napoli-Roma, 2008, pp. 272 - 287 e 301 - 303 e infine P. RESCIGNO, "Sui principi generali del diritto" in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Annata XLVI (1992), Milano, 1992, pp. 386 e 387. Si vedano altresì Cass. Civ. Sez. I sent. nn. 1519/1976, 4858/1979 e Sez. II sent. n. 2660/1980.

⁵⁰ G. BONILINI, "Il danno non patrimoniale" in AA.VV., *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, Vol. V, Torino, 1987, pp. 377 - 456 ove l'Autore espone la propria tesi sulla funzione sanzionatoria dell'art. 2059 C.c., ma precisa che possa trovare applicazione solo su richiesta della persona lesa al pari di quella riparatoria, ne è prova il fatto che il giudice debba tenere in conto le condizioni patrimoniali delle parti. L'Autore auspica la quantificazione dei danni punitivi solo su valutazione del giudice e non in forma predeterminata per evitare sperequazioni o affievolimenti dovuti alle diverse condizioni economiche dei paciscenti. Cass. Civ. Sez. I sent. n. 1053/1956, Sez. III sent. nn. 15/1967 e 5484/1980.

⁵¹ G. VISINTINI, *La responsabilità civile nella giurisprudenza*, Padova, 1967, pp. 686 e 687.

⁵² F. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, 1926, p. 38 annotava che "Anche la povertà ha i suoi privilegi: uno di questi consiste precisamente nella invulnerabilità in confronto delle sanzioni economiche".

trascendendo la fisionomia di una mera sanzione pecuniaria simbolica, cioè quantificata in una somma minima o fissa.

In realtà questa è l'unica alternativa ad un criterio di quantificazione puramente equitativo, risolvendo possibile critiche mosse da chi incentra il problema dei danni punitivi nell'alveo più ampio della tipicità del risarcimento ultracompensativo⁵³, fornendo un quadro edittale sanzionatorio civile improntato ai principi di ragionevolezza e proporzionalità propri del risarcimento aquiliano⁵⁴, ma anche e soprattutto al "principio di colpevolezza" e a quello di "offensività", come si evidenzierà al paragrafo 4.2.

3.2. Limiti e caratteristiche

Promossa una soluzione, è necessario falsificare la stessa e verificare la compatibilità della funzione punitiva e del relativo criterio di liquidazione suesposto con il "divieto di non arricchimento della vittima", con "l'ingiustizia del danno" e infine con il "principio del *ne bis in idem* risarcitorio".

Partendo dal divieto di liquidazione ultra riparatoria, la *ratio* di tale limite si rinviene nella funzione retributiva e in quella equitativa che mirano a fornire alla vittima una somma di denaro che possa, anche artificialmente, ricostruire la situazione giuridica soggettiva lesa del danneggiato mediante una sostituzione monetaria che possa almeno attenuare gli effetti negativi derivanti dall'illecito⁵⁵; niente più.

In realtà nei *punitive damages* la visione non deve essere quella "classica" della corrispondenza tra il valore del danno e il risarcimento⁵⁶ bensì, nel caso di

⁵³ Si rinvia al paragrafo 4.2. Per citare solo alcuni tra i più illustri in dottrina civile e penale, G. BONILINI, "Pena privata e danno non patrimoniale" in *Responsabilità civile e previdenza*, Milano, 1984, p. 311, il quale afferma la necessaria tipizzazione della funzione punitiva. Mentre per il settore penale T. PADOVANI, *L'utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Milano, 1981, pp. 260 e ss. il quale effettua una disamina storica e comparatistica della "pena" e della sua funzione inevitabilmente ascrivibile ad una *extrema ratio punendi* come tale "tipica".

⁵⁴ Infatti, il risarcimento è un diritto fondamentale, un vero e proprio principio senza il quale un danno a interessi costituzionali resterebbe impunito, e ciò avvalorata la tesi sull'ammissibilità della funzione punitiva, si vedano Corte Cost. sent. n. 356/1991 e Cass. Civ. Sez. I sent. n. 8177/1994.

⁵⁵ A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Ed. XLII, Padova, 2005, pp. 942 - 952, F. GAZZONI, *Obbligazioni e contratti*, Ed. XVI, Napoli-Roma, 2013, pp. 715 - 726 e R. SCOGNAMIGLIO, "Responsabilità civile" in AA.VV., *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. XV, Torino, 1976, pp. 639 - 657 i quali fanno rilevare proprio questa peculiarità che è legata alla funzione stessa che si attribuisce al risarcimento. In giurisprudenza *ex multis* Cass. Civ. Sez. III sent. n. 3228/1988 e 9625/2010 nonché 11514/2013.

⁵⁶ Peraltro nei casi di danno non patrimoniale è una corrispondenza fittizia perché si patrimonializza un *quid* ontologicamente non monetizzabile, quindi l'equivalenza è una mera artificiosità operata dal diritto per preservare le vittime di danni non patrimoniali. Ad esempio, chi subisce un'amputazione del braccio per un errore medico pur se risarcito non riacquisterà mai il braccio perso e per tutta la vita sarà privo dell'arto. Tra i testi più completi, si veda AA.VV. *La valutazione del danno alla salute*, Padova, 1988, pp. 17 - 147 in cui è descritto nei minimi dettagli il metodo di liquidazione del danno alla salute per equivalenza, con tutte le problematiche che sia la valutazione sia le circostanze soggettive possono far emergere in seno al processo e A. FLAMINI, *Il danno alla persona*, Napoli-Roma, 2009, pp. 113 - 123. In Giurisprudenza Cass. Civ. Sez. III sent. n. 8827 e 8828/2003, nonché 4359/2004 e 10482/2004.

fatti colposi, la corrispondenza tra il valore astratto e negativo delle circostanze oggettive del fatto illecito (monetizzate equamente) e il risarcimento dei danni punitivi, mentre, per i fatti dolosi, si ritiene necessario valutare anche i possibili benefici acquisiti dal reo per il fatto subito dalla vittima nonché la gravità dell'elemento psicologico, perché *"Quando anche si voglia credere all'utilità del concetto di sanzione, la sanzione deve consistere in un male reputato più intenso del vantaggio conseguito con la consumazione dell'illecito: mentre il risarcimento, commisurato al danno subito dalla vittima, può avere indifferentemente dimensioni maggiori o minori dal vantaggio conseguito dal responsabile"*⁵⁷.

Inoltre, la riparazione al di là della responsabilità è un istituto giuridico già presente nel nostro ordinamento: basti pensare agli artt. 2047 e 2045 C.c.⁵⁸ Ration per cui, il dogma del divieto della liquidazione di un importo maggiore al danno è da emarginare alle sole funzioni equitative e retributive del risarcimento dei danni extracontrattuali e non ai danni punitivi, il cui distinguo è fondato su una vecchia, ma ancor attuale, teoria tedesca chiamata *"Differenztheorie"* o *"Teoria differenziale"*⁵⁹, sebbene adeguata alla funzione punitiva e quindi non più rispondente alla formula aritmetica *"consistenza del patrimonio antecedente al danno - patrimonio post danno = risarcimento"*, bensì alla formula *"valutazione del fatto illecito ≤ 15% del quantum dabeatur = danni punitivi"*⁶⁰, ove i primi valori di calcolo sono sempre valutativi e

⁵⁷ M. DOGLIATTI e A. FIGONE, *"L'ingiustizia del danno nella prospettiva storica"* in AA.VV., *Il diritto privato nella giurisprudenza. La responsabilità civile*, Vol. VIII, Torino, 1998, p. 19.

⁵⁸ A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Ed. XLII, Padova, 2005, p. 951 ove si espone l'assenza del legame tra responsabilità e risarcimento e tra colpevolezza e risarcimento.

⁵⁹ *"[...] il concetto di danno si identificava essenzialmente con il pregiudizio economico, per la cui misurazione si riteneva idoneo il c.d. criterio differenziale (Differenztheorie), ossia un metodo di calcolo [...] fondato sulla differenza tra il patrimonio del danneggiato a seguito della commissione del fatto illecito e quella che sarebbe stata l'entità se tale fatto non si fosse verificato"* così in AA.VV., *Diritto privato*, Parte II, Torino, 2008, p. 612. L'autore di questa teoria fu F. MOMMSEN, *Beitrage zum obligationenrecht, Vol. I, Zur Lehre vom dem Interesse*, Braunschweig, 1855, pp. 3 - 150 e 213 - 231 il quale, come regola generale per liquidare il risarcimento, fa coincidere la categoria del danno con quella del risarcimento, per cui la possibilità di monetizzare il danno risulta essenziale e, in ossequio, si ingenera una parificazione tra il concetto di *"risarcibilità"* con quello di *"pecuniarietà"*, che non esclude i danni non patrimoniali, ma esige solo una loro valutazione in denaro. In tale procedimento logico, la somma viene poi liquidata mediante una sottrazione, previo giudizio contro fattuale sul patrimonio della vittima, *"[...] considerato come se il fatto non si fosse appalesato"*. Il punto debole di questa concezione resta la quantificazione del patrimonio e del mancato guadagno.

⁶⁰ Il prodotto è frutto di una percentuale e non di una sottrazione aritmetica come nella teoria originaria di F. MOMMSEN, cit. poiché il danno punitivo si poggia sull'importo del risarcimento già quantificato. Sull'utilizzo del Criterio differenziale si veda Cass. Civ. Sez. III sent. n. 10035/2004 da cui è stato coniato il *"danno differenziale"* ovvero la concorrenza tra l'indennità e il risarcimento, che per non svincolarsi dal *ne bis in idem* risarcitorio, viene risolta mediante la sottrazione della somma risarcitoria - l'indennizzo, e il cui risultato si somma all'indennizzo medesimo per determinare l'importo massimo liquidabile (nel caso in esame una richiesta risarcitoria per un infortunio sul lavoro e l'indennità liquidata dall'I.N.A.I.L.). Altri correttivi alla *Differenztheorie* sono stati formulati da L. ENNECCERUS e H. LEHMANN, *Lerbuch des burgerlichen rechts. Recht der schuldverhaultuisse*, Ed. XV, Tubingen, 1958, pp. 58 - 62 ove pur affermando la validità delle teorie di F. MOMMSEN, si sostiene che l'analisi debba riguardare le ripercussioni sfavorevoli intese in rapporto al patrimonio del soggetto o all'uso specifico cui è destinato (il nostrano danno emergente e lucro cessante) espresso nella nozione di *affectio singularis*, senza però estendere il risarcimento al *pretium affectionis*. E. VON CAEMMERER, *Das problem der uberholenden kausalitat im schadenersatzrecht*, Karlsruhe, 1962, p. 5 e R. COHNFELDT, *Die lehe vom interesse nach ramischem recht. Mit rucksicht auf neuere*

discrezionali per il giudice, o comunque non oggettivati, mentre i secondi sono (o dovrebbero essere) ben determinati.

In merito al secondo punto, il danno deve essere "ingiusto" cioè connotato dal *non iure*⁶¹, dal *contra ius*⁶² e dalla comparazione degli interessi in gioco⁶³.

Orbene, sui primi due elementi non si rileva alcuna complessità applicativa e vi è una perfetta compatibilità con i danni puntivi, ma nel caso della comparazione *ex post* degli interessi lesi e in conflitto sorge una complicazione⁶⁴, in quanto il giudice dovrebbe operare due comparazioni: una prima legata alla ponderazione degli interessi in gioco tra le parti ex art. 2043 C.c. e, l'altra, sulle manifestazioni e applicazioni concrete dei principi o degli interessi vantati.

Detto in altre parole, se nell'art. 2043 C.c. il giudizio del magistrato è frutto di un mero bilanciamento tra principi o interessi considerati in un'ottica formalista e assiologia, nel caso dei *punitive damages* l'analisi deve essere ricondotta agli

gesetzgebung, Leipzig, 1865, pp. 93 - 95 si riportano integralmente alle teorie di MOMMSEN identificando il risarcimento alla stregua di uno strumento atto a ristabilire l'equilibrio complessivo delle utilità in conflitto; similmente anche P. SCHLESINGER, "La "ingiustizia del danno nell'illecito civile" in *Jus*, Milano, 1960, p. 346 sebbene focalizzi l'attenzione sul requisito dell'ingiustizia del danno di cui all'art. 2043 C.c. Al contrario, chi aderisce alla c.d. "teoria reale del danno", ovvero a quella corrente di pensiero secondo cui il danno subito ad una cosa sia sempre risarcibile a prescindere dal vero pregiudizio patito dal proprietario, possessore o detentore. Capofila di tale teoria è K. LARENZ, "Der vermögensbegriff im schadenersatzrecht" in *Festschrift für Nipperdey*, Vol. I, München-Berlin, 1965, pp. 489 - 500 e sempre il medesimo IBIDEM, *Lehrbuch des schuldrechts*, Vol. I, Ed. XI, München-Berlin, 1976, pp. 385 - 390 ove si sostiene che il danno emergente sia un danno obiettivo e come tale valutabile con il criterio dell'*aestimatio rei*, mentre il lucro cessante sarebbe un danno subiettivo da valutare con il criterio dell'*id quod interest* e analogamente andrebbe considerato il danno non patrimoniale, come peraltro precisato altresì da F. D. BUSNELLI, "Diritto alla salute e tutela risarcitoria" in AA.VV., *Tutela della salute e diritto privato*, Milano, 1978, p. 539 il quale traduce il risarcimento, a mezzo della teoria differenziale, in una somma di denaro tale da assicurare un piacere, un conforto spirituale, che compensi il dolore, che riesca a colmare o rinsaldare l'alterazione della sfera emotiva, sentimentale, affettiva del danneggiato, sebbene tale ultima teoria implichi una funzione necessariamente punitiva del risarcimento del danno. Fornisce un correttivo alla teoria reale del danno P. OERTMANN, *Recht der schuldverhältnisse*, Vol. I, Ed. V, Berlin, 1928, p. 44 il quale propone l'affiancamento al danno reale, provato *in re ipsa*, quello ulteriore comprensivo del danno non patrimoniale, chiaramente sobbarcando l'onere probatorio sull'interessato.

⁶¹ *Non iure* significa non giustificato da una causa scriminante e quindi oggettivamente illecito, *ex multis* Cass. Civ. Sez. III sent. nn. 9512 e 2771/2007 e sent. n. 9345/2004. Se il fatto è giustificato diviene un atto lecito dannoso.

⁶² *Contra ius* è la caratteristica dell'interesse leso in maniera seria, il quale deve essere o un principio o una situazione giuridica soggettiva meritevole di tutela, anche se non prevista direttamente dalla Carta Costituzionale, *infra* Cass. Civ. Sez. III sent. n. 5421/2000 e Cass. Civ. Sez. I sent. n. 12215/2003.

⁶³ Ben inteso, non sempre è necessaria questa comparazione/bilanciamento, in quanto chi arreca un danno spesso non rivendica alcuna posizione giuridica positiva. Tale requisito implica una valutazione esterna degli interessi e/o dei principi in conflitto e mira a ricercare l'*id quod interest* alla luce della lettura costituzionalmente orientata dei rapporti giuridici e sociali fondati sui principi di correttezza e di legittimo affidamento nei consociati. Si tratta di un giudizio che deve pervenire dopo che il giudice assoda l'assenza di scriminanti. In giurisprudenza Cass. Civ. Sez. III sent. n. 2085/1953 (in parte) e la fondamentale Cass. Civ. Sez. Un. sent. n. 174/1971, dipoi seguita da Cass. Civ. Sez. II sent. n. 9345/2004.

⁶⁴ Chiaramente se si tratta di un risarcimento maturato a seguito di un'azione delittuosa, il requisito del *quod damnum iniura datum* sarà provato *in re ipsa* e non richiederà alcuna valutazione dell'organo giudicante; Cass. Civ. Sez. I sent. n. 1540/1995

aspetti sostanziali, vagliando le peculiarità tra gli interessi in conflitto, giacché da tale valutazione si potrà liquidare il danno punitivo⁶⁵.

In conclusione, ai fini dell'applicazione dei danni punitivi, la comparazione degli interessi in opposizione dovrà essere formale (sulla prevalenza tra gli stessi) e sostanziale (sulle ragioni concrete e fattuali della prevalenza)⁶⁶.

Infine, i *punitive damages* devono risultare compatibili con il "principio del *ne bis in idem* risarcitorio" e affinché ciò accada non si deve incamerare al loro interno la valutazione e la liquidazione di aspetti già scandagliati in e con altre voci di danno, così violando il suesposto principio e le predette regole di liquidazione del danno punitivo⁶⁷.

Nelle successive pagine si vaglieranno le ragioni del superamento del dogma/principio dell'equipollenza dolo-colpa.

4.1. La risarcibilità del danno ai sensi degli artt. 3 e 8 D.Lgs. 7/2016

Con il D.Lgs 7/2016⁶⁸, è stata introdotta una depenalizzazione anomala di taluni reati procedibili a querela in quanto tutti i delitti coinvolti da tale

⁶⁵ Infatti, in tema di indennità ex art. 2055 C.c., l'*iniuria* non è integrata e non si potrà applicare alcuna forma di *punitive damages*. Sul punto si veda Cass. Civ. Sez. Un. sent. nn. 2603/1962 e 476/1964.

⁶⁶ L'organo giudicante sarà tenuto a fornire una congrua motivazione del processo logico attraverso cui perviene alla determinazione dell'importo, quand'anche il *modus* prescelto risulti alquanto approssimativo ma aderente alle risultanze processuali, comprese anche quelle inerenti le condotte delle parti tenute, prima, durante e dopo la realizzazione del danno ingiusto; così in Cass. Civ. Sez. III sent. nn. 2783/1973 e 2095/1951.

⁶⁷ C. COSSU, "La responsabilità solidale, la valutazione del danno", Sezione II, in AA.VV., *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, Vol. V, Torino, 1987, pp. 22 - 57 specialmente sulle problematiche inerenti la collocazione dei danni diretti (e l'esclusione di quelli mediati) all'interno delle tipologie di danno, sulle complicità legate alla liquidazione equitativa dei danni non patrimoniali. Conf. anche M. DUNI, "Valutazione equitativa del danno" in *Rivista Giuridica della Circolazione e dei Trasporti*, Roma, 1964, pp. 504 - 506 il quale ritiene che la valutazione equitativa dei danni, lungi dall'essere un meccanismo di determinazione del *quantum* risarcitorio, incida anche nella valutazione di elementi che normalmente sono estranei alla valutazione del solo danno (condotta, rapporto delle parti, eccetera), posto che su questo punto può incidere anche la svalutazione monetaria, giusta Cass. Civ. Sez. Un. sent. n. 57/1978. In giurisprudenza è famosa la Cass. Civ. Sez. Un. sent. n. 26972/2008 che ha sancito e definito il principio in esame, precisando che "[...]Determina quindi duplicazione di risarcimento la congiunta attribuzione del danno biologico e del danno morale nei suindicati termini inteso, sovente liquidato in percentuale (da un terzo alla metà) del primo. Esclusa la praticabilità di tale operazione, dovrà il giudice, qualora si avvalga delle note tabelle, procedere ad adeguata personalizzazione della liquidazione del danno biologico, valutando nella loro effettiva consistenza le sofferenze fisiche e psichiche patite dal soggetto leso, onde pervenire al ristoro del danno nella sua interezza. Egualmente determina duplicazione di risarcimento la congiunta attribuzione del danno morale, nella sua rinnovata configurazione, e del danno da perdita del rapporto parentale, poiché la sofferenza patita nel momento in cui la perdita è percepita e quella che accompagna l'esistenza del soggetto che l'ha subita altro non sono che componenti del complesso pregiudizio, che va integralmente ed unitariamente ristorato" come in Cass. Civ. Sez. III sent. n. 1704/1997 e 6404/1998.

⁶⁸ L'art. 2 co. 3 della L. Delega 67/2014 è nata in seno alla c.d. "Commissione Palazzo", istituita con D.M. Giustizia del 10/06/2013, si veda F. C. PALAZZO, "Fatti e buone intenzioni. A proposito della riforma delle sanzioni penali" in *Diritto penale contemporaneo*, Milano, 2014. Non meno criticabile è la depenalizzazione apportata con D.Lgs. 8/2016, poiché ripartita nei

ricollocazione sanzionatoria sono stati raggruppati in due insiemi: quelli dell'art. 1 sono stati abrogati (ad es. gli artt. 485 e 486 C.p), mentre quelli dell'art. 2 sono stati in parte modificati e mantenuti come illeciti penali (ad es. gli artt. 488 e 489 C.p.) e in parte abrogati parzialmente.

Sia quelli del primo gruppo che quelli del secondo, abrogati in tutto o in parte, sono stati riformulati nel successivo art. 4, rubricato "*Illeciti civili sottoposti a sanzioni pecuniarie*", il quale si è riproposto di fornire una nuova patria per questi illeciti, stabilendo una sorta di doppio binario punitivo.

Lasciando da parte i commenti sulla pur criticabile tecnica legislativa adoperata nella redazione, il D.Lgs. parla chiaro già dalla rubrica, si tratta di illeciti puniti anche con sanzioni pecuniarie, ma solo a determinati presupposti.

Il legislatore si accorse che determinati fatti dolosi non potevano essere parificati a quelli colposi ai fini della punizione, ma commise un errore di valutazione nel momento in cui precluse l'estensione dei criteri liquidatori espressi all'art. 5 del D.Lgs. 7/2016 all'art. 2043 C.c.⁶⁹ come se l'introduzione di tali elementi in un processo civile potesse risultare sterile e priva di conseguenze.

Recita l'art. 5 summenzionato: "*Criteri di commisurazione delle sanzioni pecuniarie. 1. L'importo della sanzione pecuniaria civile è determinata dal giudice tenuto conto dei seguenti criteri: a) gravità della violazione; b) reiterazione dell'illecito; c) arricchimento del soggetto responsabile; d) opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze dell'illecito; e) personalità dell'agente; f) condizioni economiche dell'agente*".

Per comprendere l'errore di questa preclusione, occorre esaminare il testo normativo ove si rinvencono le seguenti condizioni applicative:

- 1) In primo luogo i fatti depenalizzati, devono essere dolosi (art. 3 co. 1);
- 2) E' necessario formulare richiesta di risarcimento dei danni⁷⁰ (art. 8 co. 1);

primi tre articoli con poca omogeneità. Tra l'altro, essendo in questo ultimo caso depenalizzati reati procedibili d'ufficio, vero è che chiunque può effettuare una segnalazione (o se pubblico ufficiale, un rapporto) presso le autorità competenti ad irrogare una sanzione amministrativa, ai sensi dell'art. 7, ma è anche vero che si tratta di sanzioni amministrative per cui la fase di acquisizione di informazioni utili ad irrogare le sanzioni, si sviluppa solo nell'atto dell'accertamento ai sensi degli artt. 13 - 15 L. 689/1981, e non in una vera indagine, come era in precedenza. Ciò significa che molti casi di depenalizzazione veicolati dal D.Lgs. 8/2016, si tradurranno in abrogazioni di fatto e non verranno punite.

⁶⁹ Sulla prevalenza delle fattispecie di cui all'art. 4 sull'art. 2043 C.c. si rinvia a Cass. Pen. Sez. V, sent. n. 7125/2016 e Cass. Pen. Sez. V ord. n. 7125/2016 la quale ha altresì specificato la funzione della sanzione amministrativa/civile. Esalta una siffatta riforma, G. L. GATTA, "*Depenalizzazione e nuovi illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie civili: una riforma storica*" in *Diritto penale contemporaneo*, Milano, 2016.

⁷⁰ Si presume, in assenza di una chiara specificazione, che tale richiesta possa essere anche in forma specifica, ex art. 2055 C.c., oppure congiunta con l'azione per equivalente di cui all'art. 2043 C.c. Per la compatibilità si veda Cass. Civ. Sez. Un. sent. nn. 26972/2008 e 4065/2010, mentre dedicato alla possibilità di sostituire l'azione risarcitoria in forma specifica con quella per equivalente, Cass. Civ. Sez. I sent. n. 3802/1991. A. BALDASSARI, "*Danno e risarcimento in generale*" in AA.VV., *Il diritto privato nella giurisprudenza. La responsabilità civile*, Vol. I, Torino, 1998, pp. 28 - 57 ma anche A. VENEZIANO e E. GIANCOTTI, "*Responsabilità extracontrattuale*" in AA.VV., *Il diritto privato nella giurisprudenza. La responsabilità civile*, Vol. IX, Torino, 1998, pp. 88 - 119.

- 3) Il giudice deve accogliere la richiesta risarcitoria e solo poi applicare le sanzioni amministrative pecuniarie (art. 8 co. 2);
- 4) Il *quantum dabeatur* risarcitorio della sanzione amministrativa viene soppesato grazie ai parametri di cui all'art. 5⁷¹ del D.Lgs. 7/2016 ma anche secondo gli artt. 2, 3 co. 2, 4 co. 3, 6, 8, 9, 10 e 11 della L. 689/1981, per estensione applicativa operata dall'art. 12⁷² della cit. Legge.

La limitazione sanzionatoria ai soli fatti dolosi significa che il legislatore ha consacrato il superamento del dogma dell'equiparazione dolo-colpa⁷³ operato dall'art. 2043 C.c.

Per spiegar meglio, ad esempio, qualora vi fosse un danneggiamento colposo (che mai è stato reato), pur se più grave in relazione alle circostanze rispetto un ipotetico danneggiamento doloso, si dovrebbe punire con maggiore gravità quello doloso e, oltretutto, seguendo profili applicativi tipici della sanzione penale, com'è evidente dalla lettura dell'art. 5 del D.Lgs. 7/2016, applicando altresì una sanzione pecuniaria da € 100 a € 8.000 (art. 4 co. 1 lett. c).

Quindi, in un caso come quello suesposto del danneggiamento doloso, questi criteri entrerebbero nel processo civile e nella preminente richiesta risarcitoria, nell'altro caso, solo perché colposo, dovrebbero restare esclusi in quanto inconsistenti ai fini della liquidazione⁷⁴.

Quindi la legge stessa effettua una distinzione sull'elemento psicologico estremamente rilevante.

Di primo acchito si potrebbe pensare che il distinguo tragga origine dalla concezione soggettivista della responsabilità, quindi dalla depenalizzazione in quanto i fatti dolosi sono soggetti ad un giudizio di rimproverabilità maggiore mentre quelli colposi no.

⁷¹ Il quale ricopia quasi perfettamente l'art. 133 C.p. il quale a sua volta richiama gli artt. 61 nn. 7, 8 e 62 nn. 4 e 6 C.p. Inoltre, una connessione con gli effetti civili da reato, si rinviene agli artt. 162 bis, 165, 176 co. 3 e 179 co. 3 n. 2 C.p. Per tutti si richiama R. SCOGNAMIGLIO, "Responsabilità civile" in AA.VV., *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. XV, Torino, 1976, pp. 632 - 638 proprio sui rapporti tra azione civile e processo penale.

⁷² Così recita: *Le disposizioni di questo Capo si osservano, in quanto applicabili e salvo che non sia diversamente stabilito, per tutte le violazioni per le quali è prevista la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di danaro, anche quando questa sanzione non è prevista in sostituzione di una sanzione penale. Non si applicano alle violazioni disciplinari.*

⁷³ F. QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, Napoli-Roma, 2013, pp. 63 e 64 si scaglia con veemenza su tale dogma, fornendo spunti riflessivi acuti, giacché attualmente iniquo e interpretato ancora in chiave puramente formale e non sistemica, inidoneo a coordinarsi con le norme assicurative, con la buona fede oggettiva e con la giustizia sostanziale. Sebbene per gli aspetti connessi con il regime assicurativo, l'art. 9 co. 5 D.Lgs. 7/2016 ha già previsto l'inestensione della copertura assicurativa, per cui i rilievi suesposti risultano superati.

⁷⁴ Sull'argomento si richiamano, F. CURCURIUTO, "Titolo IX - Dei fatti illeciti - Art. 2043" in AA.VV., *Nuova Rassegna di Giurisprudenza sul Codice Civile, Libro IV*, Tomo IX, Milano, 1994, pp. 4632 - 4828 nonché A. DE CUPIS, "Titolo IX - Dei fatti illeciti" in AA.VV., *Commentario del Codice Civile, Libro Quarto - Delle Obbligazioni*, Ed. II revisionata, Bologna-Roma, 1971, pp. 114 - 125. Mentre per quanto riguarda la responsabilità oggettiva ci si può riportare a P. FORCHIELLI, "Responsabilità oggettiva - I) Disciplina privatistica" in AA.VV., *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1991, pp. 1- 6 e, per il concorso lesivo del danneggiato nel fatto a P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, pp. 313 e 314.

In realtà una siffatta visione sposterebbe l'attenzione dal requisito del danno ingiusto sul solo nesso psichico, mentre la commistione tra i requisiti dell'art. 5 D.Lgs. 7/2016 e l'art. 2043 C.c. nasce perché le fattispecie del D.Lgs. 7/2016 sono nate nel diritto penale e il diritto civile, che ora le ospita siccome sanzioni formalmente di competenza del giudice ordinario (ma sostanzialmente di natura amministrativa), contempla una nozione di "danno" che si discosta da quella di "offesa"⁷⁵.

Infatti, sia in sede penale sia in ambito sanzionatorio amministrativo, è essenziale valutare tutto il fatto tipico, in quanto complessivo degli elementi obiettivi del reato o dell'illecito amministrativo antiggiuridico, cioè in un'ottica ove è compresa anche l'offesa⁷⁶ ascritta in un fatto tipizzato (a differenza dell'art. 2043 C.c.), finalizzato a tutelare un interesse di rilevanza costituzionale.

L'offesa è una connotazione pregiudizievole o pericolosa espressa dall'evento naturalistico o giuridico, tale da ledere o mettere in pericolo il bene giuridico tutelato⁷⁷.

Il danno, invece, rappresenta il prodotto di un fatto illecito non determinato ma necessariamente lesivo della sfera giuridico-patrimoniale altrui, connotato dal *non iure*, dal *contra ius* e dalla comparazione degli interessi sottesi⁷⁸.

⁷⁵ Anche solo sintetizzare tutte le teorie sorte in seno alla dottrina, intorno a queste due nozioni, è impossibile. Il dibattito ha coinvolto illustri esponenti del diritto penale e del diritto civile; una rapida rassegna è fornita da M. G. FALZEA, "Danno IV) – Risarcimento del danno civile nascente da reato – dir. pen." in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Vol. X, Roma, 1988, pp. 2 – 5 e 11 – 12 ove si dedicano intere pagine alla problematica della c.d. "doppia illiceità" dei fatti tra il diritto penale e quello civile. Le correnti di pensiero sono sostanzialmente riconducibili a chi riteneva sovrapponibili i due termini, chi riteneva l'offesa appartenente a colui che lede e il danno al soggetto passivo (F. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, 1926, p. 51) oppure ancora vi sono coloro che ritengono il danno una *species* del *genus* offesa, riconducibile all'art. 49 co. 2 C.p., e rispondente all'antico brocardo latino *nullum crimen sine iniuria* (C. FIORE, *Il reato impossibile*, Napoli, 1959, pp. 22 – 28). Per i casi di delitto tentato e di assenza di danno (al pari dei delitti di pericolo) si veda M.V. DE GIORGI, "Danno I) – Teoria generale" in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Vol. X, Roma, 1988, pp. 1 – 9.

⁷⁶ L'offesa è elemento del fatto tipico connesso con la tutela del bene giuridico protetto dal precetto. L'offesa è quindi attuazione del "principio di offensività" ai principi costituzionali, *ex multis* Corte Cost. sent. nn. 487/1989, 409/1989, 189/1987 e 269/1986 e per tutti in dottrina si vedano G. SANTANIELLO e L. MARUOTTI, *Manuale di Diritto Penale – Parte Generale, Manuali Giuridici III*, Milano, 1990, pp. 127 – 134 nonché F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1983 pp. 185. Sull'importanza del principio di offensività si possono altresì richiamare gli artt. 62 n. 4 C.p. e 131 bis C.p.

⁷⁷ In sintesi l'offesa è il disvalore che dovrebbe emergere dal fatto tipico. Ad esempio, un furto di un tappo di bottiglia non lede il bene giuridico del patrimonio personale e pertanto il fatto tipico difetterà di un suo requisito essenziale. Offesa e interesse tutelato sono strettamente connessi. Per tutti si veda T. PADOVANI, *Diritto penale*, Ed. VIII, Milano, 2006, pp. 133 – 138, altresì sull'argomento in giurisprudenza Corte Cost. sent. nn. 62/1986 e 957/1988 le quali hanno statuito la competenza del giudice a valutare nel merito l'integrazione del principio di offensività, previa estrapolazione del bene giuridico tutelato, così determinando nel caso concreto, il raggiungimento della soglia di offensività. Tale principio opera su due piani: come limite alla discrezionalità del legislatore al quale spetta il compito di prevedere fattispecie incriminatrici a contenuto offensivo (astratto), corredate da una ragionevole previsione punitiva (principio di ragionevolezza sanzionatoria) e come criterio interpretativo e applicativo affidato al giudice per riscontrare la reale offensività (concreta); così anche Corte Cost. sent. nn. 263/2000, 519/2000 e 265/2005, mentre per i legami con il principio di ragionevolezza Corte Cost. sent. nn. 370/1996 e 4/1997. Altresì Cass. Pen. Sez. II sent. nn. 3482/1990 e 36295/2005, Cass. Pen. Sez. V sent. n. 26876/2004.

A conferma di ciò, viene l'art. 1 lett. "b" D.Lgs. 37/2016⁷⁹, recante l'attuazione della Dec. Quadro Consiglio U.E. 2005/214/GAI sul riconoscimento reciproco delle sanzioni pecuniarie, il quale trova applicazione anche per le suesposte sanzioni pecuniarie "civili".

Quindi, l'esatta portata dell'art. 5 è ravvisabile tracciando le condotte delineate nel D.Lgs. 7/2016 e il loro rapporto con l'art. 2043 C.c., giacché le stesse sono tutte tipizzate, tassative e non richiedono il requisito del c.d. "danno ingiusto" il quale, lungi dall'essere richiamabile mediante la norma primaria quale è l'art. 2043 C.c., appare intercalato *in re ipsa* all'interno del fatto tipico quale elemento imprescindibile, o assimilabile, all'offesa, similmente a quanto affermava F. Carnelutti⁸⁰.

⁷⁸ E' definibile "danno" un fatto o un fenomeno giuridico e consistente in un effetto giuridico o in una causa di effetto giuridico naturale o umana, pregiudizievole verso una situazione giuridica soggettiva di un individuo quantomeno identificabile. A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria Generale della responsabilità civile*, Vol. I, Ed. III, Milano, 1979, pp. 48 - 68, inoltre si legge a p. 43 che "[...] l'oggetto del danno si identifica con l'oggetto della tutela giuridica: e quindi, è sempre un interesse umano". Nel caso del D.Lgs. 7/2016, l'oggetto del danno, da solo interesse privato, si estende anche ad interessi pubblici frapposti tra le situazioni giuridiche contendenti, retaggi dei beni giuridici penali.

⁷⁹ L'art. 1 lett. "b" così recita: "[...] b) «sanzione pecuniaria» l'obbligo di pagare: 1) una somma di denaro a titolo di pena irrogata a seguito di condanna; 2) una somma di denaro dovuta a titolo di risarcimento delle vittime e liquidata dal giudice con la sentenza di condanna, qualora le vittime non si siano costituite parte civile nel processo penale; 3) una somma di denaro dovuta per condanna alle spese di procedimenti giudiziari o amministrativi connessi alla decisione; 4) una somma di denaro per la quale vi è condanna al versamento in favore di un fondo pubblico o di organizzazioni di assistenza alle vittime imposta nella stessa decisione". Il successivo art. 10 impone il riconoscimento indipendentemente dal principio della doppia incriminazione del fatto.

⁸⁰ F. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, 1926, p. 51 e 52 il quale si limitava a effettuare una ripartizione tra offesa e danno legandola al soggetto che ingenerava o subiva il danno, pur restando concettualmente unitaria la visione fenomenica e giuridica attribuibile a queste due nozioni, essendo sintomatiche di due segmenti del diritto differenti, come evidenzia tra l'altro anche S. RIONDATO, "Art. 49 Reato supposto erroneamente e reato impossibile" in AA.VV., *Commentario breve al Codice Penale*, Ed. XIII, Padova, 2013, pp. 285 - 298 e come, sebbene implicitamente, riporta F. QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, Napoli-Roma, 2013, p. 89 ove ritiene che la funzione di garanzia si rilevi per il danneggiato e quella di pena privata per il danneggiante. Inoltre, pur non volendo condividere le teorie di F. CARNELUTTI, non si può superare il legame indissolubile tra danno civile ed evento penale, quando è lo stesso art. 62 n. 6 C.p. a prevedere una circostanza attenuante propria e comune qualora prima dell'apertura del dibattimento il responsabile abbia provveduto a riparare interamente il danno (solo beni fungibili e danni di ogni tipo) oppure abbia direttamente risarcito il danno prodotto (anche beni non fungibili) o all'uopo abbia incaricato un terzo ma senza dolo di premeditazione (Corte Cost. sent. n. 138/1998 nonché Cass. Pen. Sez. Un. sent. n. 181084/1988) oppure abbia restituito la cosa ai sensi dell'art. 185 C.p. oppure ancora si sia adoperato spontaneamente ed efficacemente per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato, in cui si comprende anche la condotta di chi non abbia interamente versato il risarcimento dei danni, come sostiene F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Ed. IX, Padova, 2015, p. 416 e 417. Sull'argomento la giurisprudenza è oscillante tra i favorevoli Cass. Pen. Sez. Un. sent. n. 1475/1991 e i contrari Cass. Pen. Sez. I sent. n. 2070/1992, Cass. Pen. Sez. III sent. nn. 1357/1991 e 1752/1986. Una parte della giurisprudenza ritiene che tale circostanza attenuante contempli due tipi di "danno". Danno civile sembrerebbe riferito alle sole condotte di risarcimento e di riparazione, mentre "danno" in senso penale, come lesione al bene giuridico tutelato, identificato nella condotta del ravvedimento operoso, Cass. Pen. Sez. IV sent. nn. 5290/1990 e 4304/2004 nonché Cass. Pen. Sez. I sent. n. 3306/1997, contrarie Cass. Pen. Sez. IV sent. n. 4872/1991 e Cass. Pen. Sez. I sent. n. 40936/2009. Illuminante in dottrina è G. IADECOLA, in "Art. 62. Circostanze attenuanti comuni" in AA.VV., *Codice Penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Vol. II II

In sintesi, l'atipicità dell'art. 2043 C.c. e la fisiologica integrazione del danno ingiusto, sono sostituite da fatti tipici in cui il disvalore e l'offesa hanno rilievo non solo tra le parti, ma anche direttamente per lo Stato⁸¹, il cui interesse è colpito da un danno che sarà sempre e solo un danno in senso giuridico.

4.2. Dal "danno ingiusto" al "fatto tipico" e il ritorno al "Tatbestand"

Se le premesse sono state corrette, non è l'elemento psicologico ad avere peso nel discriminare tra la responsabilità aquiliana e le fattispecie tipizzate in esame, quanto invece la fattispecie illecita o *tatbestand*⁸², come definito da E. L.

reato – Tomo II (artt. 56 – 84), Milano, 2000, pp. 744 – 752 il quale, specificando la teoria della sovrapposizione di F. CARNELUTTI, evidenzia che la circostanza attenuante di cui all'art. 62 n. 6 C.p. è difficilmente compatibile con l'art. 56 C.p. (Delitto tentato). La fattispecie eventuale del tentativo si ha quando "[...] l'azione non si compie o l'evento non si verifica" (art. 56 co. 1 C.p.); orbene la circostanza attenuante di cui all'art. 62 n. 6 C.p. opera "[...] fuori dal caso preveduto nell'ultimo capoverso dell'art. 56 c.p.", cioè il comma 4 che disciplina il c.d. recesso attivo. Dunque, ai sensi dell'art. 62 n. 6 C.p. non vi può essere eliminazione delle conseguenze del reato, o risarcimento, senza evento e senza offesa. Il risarcimento nei casi di delitto tentato è fortemente limitato a sporadici casi in cui la condotta o gli atti posti in essere sono autonomamente lesivi del bene giuridico tutelato, ancor più se si tratta di reati a pericolo presunto, impossibile per quelli a pericolo concreto. In senso favorevole alla sovrapposizione delle nozioni Cass. Pen. Sez. III sent. n. 1362/1985 e Cass. Civ. Sez. II sent. n. 228/1983, contra Cass. Pen. Sez. I sent. nn. 549/1991 e 814/1988.

⁸¹ Infatti la sanzione amministrativa non viene liquidata in favore della persona offesa/danneggiato, bensì a favore dello Stato, precisamente nella Cassa delle Ammende ai sensi dell'art. 10 D.Lgs. 7/2016, in forma identica a quanto prescritto per le multe e le ammende penali di cui agli artt. 191 n. 5, 237 e 239 C.p. Inoltre un'altra similitudine che trasmuta la natura di queste sanzioni "civili", in qualcosa di più ibrido e simile ad una sanzione penale, è l'iscrizione dei responsabili all'interno del Registro informatizzato dei provvedimenti in materia di sanzioni pecuniarie, ex art. 11 D.Lgs. 7/2016. L'istituto è parallelo alla "Anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato" e alla "Anagrafe dei carichi pendenti degli illeciti amministrativi dipendenti da reato" di cui all'art. 2 lett. "c" e "d" D.P.R. 313/2002 – Testo Unico Casellario Giudiziario.

Teleologicamente il D.Lgs. 7/2016 si avvicina al § 826 B.G.B. (il Codice civile tedesco), ma si discosta nel momento in cui liquida la sanzione a favore dello Stato e non a favore del leso. Recita il § 826 B.G.B.: "Chi cagiona ad altri intenzionalmente un danno violando l'ordine pubblico, è obbligato a risarcire all'altro il danno". Da notar che il "danno" non viene aggettivato come "ingiusto" e non si fa riferimenti a diritti, ma a tutte le possibili situazioni giuridiche attive.

⁸² E. L. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906, pp. 1 – 4 in cui l'Autore precisa la terminologia che in seguito adopererà. In particolare il concetto di "tipo" legato a "tipicità" che chiamava *tatbestand des Verbrechens* o anche tipo generale o astratto, ovvero gli elementi oggettivi e positivi comuni a tutti i reati (c.d. *allgemeine tatbestände*), mentre il concetto di "tipo speciale" o *besondere tatbestand*, si riferisce agli elementi specifici del fatto tipico preso in esame. Infine vi era il "tipo bersaglio" consistenti in un insieme di tipologie di illeciti penali connotati da tratti comuni classificatori. Inoltre alle pp. 202 – 263 l'Autore espone le peculiarità della "Teoria tripartita" incentrata sull'analisi ripartita del "fatto tipico" o *tatbestand des Verbrechens*, la "antigiuridicità obiettiva" o anche *die Rechtswidrigkeit* e, infine, la "colpevolezza" o meglio definita *die Schuld*. In Italia questa teoria fu promossa e introdotta da G. DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, pp. 7 – 16. Per una disamina moderna sugli sviluppi di questa teoria si richiama G. RUGGERO, "Gli elementi soggettivi della tipicità. Indagine sui rapporti fra tipicità e antigiuridicità nella teoria generale del reato" in *Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Torino*, Vol. VIII,

Beling, autore della "Teoria tripartita", che tuttora permea anche l'art. 2043 C.c., sebbene questa norma si focalizzi sull'evento dannoso ingiusto, a differenza del § 823 B.G.B. che riproduce perfettamente la teoria di Beling, in ogni caso si testimonia "L'evoluzione storica della responsabilità civile – come detto – mostra d'altra parte frequenti collegamenti con istituti del diritto penale e sovente un'analogia funzionale con questo settore dell'ordinamento giuridico"⁸³.

Ciò porterebbe a concludere che vi è una prevalenza della tipicità dei fatti lesivi rispetto il danno ingiusto espresso dall'art. 2043 C.c., e che il danno civile e l'offesa divengono equipollenti nel disegno del D.Lgs. 7/2016.

Orbene, è essenziale comprendere se l'art. 5 possa ritenersi applicabile anche all'art. 2043 C.c., così superando il limite apparente della tipicità introdotta dal legislatore.

Le soluzioni praticabili consistono nell'adoperare l'analogia allo scopo di quantificare il risarcimento dei danni oppure nel ritenere fermamente che tale norma è settorializzata e *sui generis*, come tale non estensibile analogicamente con compito innovatore della materia.

La prima soluzione è completamente impraticabile perché l'analogia *legis*⁸⁴ opera solo ove c'è una lacuna normativa che richiede di essere colmata mediante una disciplina che regoli "[...] *casi simili o materie analoghe*" (art. 12 co. 2 per. I Disp. Prel. C.c.) e non è certo questo il caso, giacché altrimenti si rischierebbe di violare l'art. 14 Disp. Prel. C.c. che fa espresso divieto di ricorrere all'analogia in presenza di leggi "[...] *che fanno eccezione a regole*

Napoli-Roma, 2011, pp. 10 – 14. L'art. 2043 del R.D. 262/1942 fu imperniato dalla Teoria tripartita, sebbene si volle dare maggiore spazio all'elemento del "danno ingiusto" essendo la condotta lesiva non tipizzata. Per gli aspetti in comune con la disciplina penale in tema di condotta e *conditio sine qua non* si richiama P. FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*, Padova, 1960, pp. 16 – 18. A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, Ed. II, Milano, 1998, pp. 162 – 178 per una lettura sulla classificazione e sui criteri adoperati ai fini della comparazione tra normative straniere. Del resto era lo stesso F. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, 1926, pp. 87 e ss. a sostenere che tra la sanzione penale e il risarcimento civile non ci fosse una doppia antiggiuridicità del fatto criminoso, ma semmai un "[...] *fenomeno di diplopia*" del danno, pur originato dalla violazione della medesima norma penale. Sull'atipicità e sulla tipicità dell'illecito aquiliano ci si riporta a M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, pp. 221 e ss.

⁸³ S. PATTI, "Pena privata" in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, Vol. XIII, Torino, 1988, p. 353 ma si vedano le pp. 349 – 361. Sul punto della connessione tra struttura dell'art. 2043 C.c. e fattispecie incriminatrici si vedano S. PUGLIATTI, "Dei delitti in generale (premessa)" in *Responsabilità civile*, Milano, 1968, p. 4 nonché, più in generale anche sulle ripercussioni organizzative e di sistema, finanche le influenze del diritto pubblico nel diritto privato G. BOEHMER, *Grundlagen der burgerlichen rechtsordnung*, Vol. I, Tübingen, 1950, pp. 18 e ss. e, in particolar modo si legge a p. 24 "Aber umgekehrt hindert die privatrechtliche organisationform des Verwaltungsträgers als AG, GmbH oder Ev nicht die Anwendung öffentlichen Rechts und der öffentlichrechtlichen Amtshaftungsregeln, wenn es sich wirklich um obrigkeitliche Tätigkeit hoheitlichen Charakters handelt. Die – vielleicht bedauerliche, weil inadäquate – Einkleidung öffentlichredatlidier Verwaltungsstellen in privatrechtlide Formen ist bekanntlich schon bei den Kriegsgesellsdiaften des ersten Weltkrieges und noch weit mehr in der nationalsozialistischen Zeit, besonders im Rahmen der öffentlichen Wirtsdhftsverwaltung, gebraudilich gewesen und ist es in gewissem Umfange nodi heute. Daß hier trotzdem öffentliches Recht eingreift, ist grundsätzlich stets in unserer Judikatur anerkannt worden(s. z. B. RGZ 153, 6: 156, 39: 158, 262 f. ; 160, 219: 162, 192): nicht die formale Rechtsfigur des Subjekts, sondern der sachliche Inhalt seiner Tätigkeit ist entscheidend".

⁸⁴ E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Milano, 1971, pp. 85 e ss.

generalis o ad altre leggi" quali per l'appunto l'art. 5 D.Lgs. 7/2016 (norma eccezionale) rispetto gli artt. 2043 e 2056 C.c. (norme generali).

Per altro verso accogliere un'interpretazione restrittiva riporterebbe indietro la tematica di quest'analisi, vanificando le valutazioni espresse finora e relegandole a mere congetture prive di sostegno normativo.

In verità vi sarebbe anche un'altra via, una terza soluzione già introdotta nel presente paragrafo, ovvero adoperare la teoria sul *tatbestand des verbrechens* cioè Teoria tripartita come matrice di connessione tra la struttura dell'art. 2043 C.c., che la richiama, e la struttura dei fatti tipici contemplati nel D.Lgs. 7/2016, e nel contempo utilizzare l'interpretazione per analogia *juris*⁸⁵ sull'art. 5 in esame, assurgendolo a norma espressione del "principio di colpevolezza"⁸⁶ e del "principio d'offensività"⁸⁷ ambedue espressi all'art. 27 co.

⁸⁵ Sull'ammissibilità dell'analogia *juris*, in quanto non coinvolta dal divieto di cui all'art. 14 Disp. Prel. C.c. si richiama R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, pp. 195 - 198 e 213 - 221 il quale scrive a p. 195 che "[...] secondo l'opinione prevalente, si deve considerare eccezionale ogni norma che non sia riconducibile ai principi generali o fondamentali dell'ordinamento giuridico, ma che anzi faccia eccezione ai principi, o sia in contrasto con essi" conformemente a Corte Cost. sent. n. 487/1989. Allo stesso modo A. VASSALLI, *Analogia nel diritto penale*, in *Digesto delle Discipline Penalistiche*, Torino, 1989, pp. 158 e ss, ma anche M. FRACANZANI, *Analogia e interpretazione estensiva nell'ordinamento giuridico*, Milano, 2003, pp. 210 - 212. *Contra* L. GANFORMAGGIO, *L'analogia giuridica*, Torino, 1986, pp. 150 - 151.

⁸⁶ Si tratta di un principio di diritto penale, enucleato dall'art. 27 Cost., avente il precipuo scopo di inserire come essenziale all'esistenza del reato, l'elemento psicologico del reo nella fattispecie incriminatrice. Si legge nella Relazione del Guardasigilli al Progetto Ministeriale - Libro delle Obbligazioni 1941, all'art. 651 rivolto alla norma che poi sarebbe diventata l'art. 2043 C.c.: "*In linea generale si è mantenuto il principio che la responsabilità dell'autore di un fatto dannoso debba fondarsi sulla colpa di lui. Mi è sorto però il dubbio se non fosse opportuno, pur mantenendo la regola che non vi è responsabilità senza colpa, di spostare, per ragioni pratiche, l'onere della prova nel senso di addossare all'autore del fatto la dimostrazione di un comportamento esente da colpa. Ho detto ragioni pratiche perché forse riuscirebbe così più facile la formazione del materiale probatorio per accertare od escludere il requisito, sempre necessario, della colpa. Ma, riservandomi un'ulteriore meditazione su tale problema, per ora ho elaborato la norma dell'articolo 766 nel senso tradizionale, e cioè che spetta al danneggiato di dare la prova della colpa dell'autore del fatto*". Nell'ordinamento giuridico tedesco, precisamente al § 823 B.G.B., tale principio è fondamentale al pari degli altri elementi che compongono la fattispecie dell'illecito aquiliano; recita la norma: "*§ 823. Responsabilità per danni. 1. Chiunque intenzionalmente o per negligenza lede la vita, il corpo, la salute, la libertà, la proprietà o altro diritto altrui in violazione di legge, è obbligato a risarcire il danno derivante. 2. Lo stesso obbligo vale per colui che viola una legge che miri a tutelare un altro individuo. Se il contenuto della legge lo prevede, l'inosservanza non è punibile se vi è errore, quindi la responsabilità si verifica solo in caso di colpa*". Si noti che la nozione di "danno ingiusto" è sostituita dall'antigiuridicità obiettiva. Si veda anche P. G. MONATERI, *La responsabilità civile*, Torino, 1998, pp. 336 - 370 il quale ritiene che la funzione punitiva si debba esplicare mediante il solo criterio equitativo, valutando le circostanze, la condotta antigiuridica e la colpevolezza del responsabile, traendo la disciplina dal combinato disposto degli artt. 1223, 1226 e 2056 C.c. Si veda altresì Corte Cost. sent. n. 1085/1988.

⁸⁷ Tale principio, anche esso cardine nel diritto penale, impone a tutti i reati l'elemento dell'offesa ad un bene giuridico, cioè ad una situazione di fatto o giuridica protetta dall'ordinamento in quanto di rilievo costituzionale, leso o messo in pericolo da un'azione o un'omissione umana, così in Corte Cost. sent. nn. 360/1995, 263/2000, 519/2000, 354/2002 e da ultimo anche la sent. n. 225/2008 ove si è precisato che "*Spetta, in specie, alla Corte - tramite lo strumento del sindacato di costituzionalità - procedere alla verifica dell'offensività «in astratto», acclarando se la fattispecie delineata dal legislatore esprima un reale contenuto offensivo; esigenza che, nell'ipotesi del ricorso al modello del reato di pericolo, presuppone che la valutazione legislativa di pericolosità del fatto incriminato non risulti irrazionale e arbitraria,*

1 della Costituzione: *mutatis mutandis*, se una norma manifesta due principi generali costituzionalmente previsti, non può essere eccezionale, quindi non può violare il disposto dell'art. 14 Disp. Prel. C.c.

Ma ciò significa superare il dogma dell'equipollenza dolo-colpa⁸⁸ per affermare la necessaria valutazione dell'elemento psicologico dell'illecito e, per quanto riguarda il principio di offensività concreta, la possibilità per il giudice di vagliare le circostanze oggettive del fatto antiggiuridico, anche qualora la funzione che si voglia attribuire al risarcimento aquiliano non sia ultracompensativa o sanzionatoria.

Infatti, la struttura fondante dell'art. 2043 C.c. e delle norme previste all'art. 4 D.Lgs. 7/2016 è identica.

Nel primo caso si ha un fatto illecito "a forma libera" o non tipizzato, negli altri casi è invece espressamente definito dalla legge ai sensi dell'art. 25 Cost. (principio di legalità).

Si legge in Cass. Civ. Sez. Un. sent. n. 581/2008: *"Mentre ai fini della sanzione penale si imputa al reo il fatto-reato (il cui elemento materiale è appunto costituito da condotta, nesso causale, ed evento naturalistico o giuridico), ai fini della responsabilità civile ciò che si imputa è il danno e non il fatto in quanto tale. Il "danno" rileva così sotto due profili diversi: come evento lesivo e come insieme di conseguenze risarcibili, retto il primo dalla causalità materiale ed il secondo da quella giuridica. Il danno oggetto dell'obbligazione risarcitoria aquiliana è quindi esclusivamente il danno conseguenza del fatto lesivo (di cui è un elemento l'evento lesivo). Proprio in conseguenza di ciò si è consolidata nella cultura giuridica contemporanea l'idea, sviluppata soprattutto in tema di nesso causale, che esistono due momenti diversi del giudizio aquiliano: la costruzione del fatto idoneo a fondare la responsabilità (per la quale la problematica causale, detta causalità materiale o di fatto, presenta rilevanti analogie con quella penale, artt. 40 e 41 c.p., ed il danno rileva solo*

ma risponda all'id quod plerumque accidit (tra le altre, sentenza n. 333 del 1991). Ove tale condizione risulti soddisfatta, il compito di uniformare la figura criminosa al principio di offensività nella concretezza applicativa resta affidato al giudice ordinario, nell'esercizio del proprio potere ermeneutico (offensività «in concreto»). Esso - rimanendo impegnato ad una lettura "teleologicamente orientata" degli elementi di fattispecie, tanto più attenta quanto più le formule verbali impiegate dal legislatore appaiano, in sé, anodine o polisense - dovrà segnatamente evitare che l'area di operatività dell'incriminazione si espanda a condotte prive di un'apprezzabile potenzialità lesiva". Sull'offensività in astratto e in concreto si veda altresì C. FIORE, *Il reato impossibile*, Napoli, 1959, pp. 41 e ss. nonché F. BRICOLA, "Teoria generale del reato" in *Novissimo digesto italiano*, Vol. XIX, Torino, 1973, pp. 81 - 86 il quale fortemente sostiene la necessità di collocare tale principio, quale limite alla discrezionalità legislativa nella formulazione dei precetti penali, fondato sulle norme fondamentali costituzionali. Persino in ambito amministrativo ha ottenuto una consacrazione in Cons. Stato Ad. Plen. sent. n. 7/2005.

⁸⁸ Era pervenuto alle medesime conclusioni anche P. CENDON, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Torino, 1974, pp. 203 e ss. Tale dogma ha due sfaccettature. La prima sul piano probatorio, in quanto ammette ai fini civilistici la dimostrazione o del dolo o della colpa, alternativamente. In secondo luogo implica una parificazione risarcitoria che annulla (o dovrebbe) le valutazioni differenziali circa l'elemento psicologico dell'illecito. Ampiamente sull'argomento in giurisprudenza Cass. Civ. Sez. Un. sent. n. 26972/2008, *contra* Cass. Civ. Sez. III sent. nn. 11353/2010 e 4052/2009. AA.VV., *Il dolo, la colpa e i risarcimenti aggravati dalla condotta*, Torino, 2014, pp. 73 - 82 ma anche G. CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza. Saggio per una teoria dell'illecito civile*, Padova, 1966, pp. 133 e ss. che pur avendo scritto in un periodo storico non florido di casi "ultracompensativi" ha tracciato mirabilmente un quadro ancora attuale, più specifico C. CASTRONOVO, "Le frontiere mobili della responsabilità civile" in *Rivista critica del diritto privato*, Napoli, 1989, pp. 549 e ss.

come evento lesivo) e la determinazione dell'intero danno cagionato, che costituisce l'oggetto dell'obbligazione risarcitoria".

Il che non esclude la tesi applicativa del principio di offensività concreta, anzi. Inoltre, in ambedue le fattispecie, il fatto deve essere "illecito" o antiggiuridico cioè connotato dal requisito negativo dell'assenza di scriminanti (*non iure*), oltre che dall'offesa (principio di) a interessi costituzionali (*contra ius*)⁸⁹.

"3.11. La gravità dell'offesa costituisce requisito ulteriore per l'immissione a risarcimento dei danni non patrimoniali alla persona conseguenti alla lesione di diritti costituzionali inviolabili. Il diritto deve essere inciso oltre una certa soglia minima, cagionando un pregiudizio serio. La lesione deve eccedere una certa soglia di offensività, rendendo il pregiudizio tanto serio da essere meritevole di tutela in un sistema che impone un grado minimo di tolleranza. Il filtro della gravità della lesione e della serietà del danno attua il bilanciamento tra il principio di solidarietà verso la vittima, e quello di tolleranza, con la conseguenza che il risarcimento del danno non patrimoniale è dovuto solo nel caso in cui sia superato il livello di tollerabilità ed il pregiudizio non sia futile. Pregiudizi connotati da inutilità ogni persona inserita nel complesso contesto sociale li deve accettare in virtù del dovere della tolleranza che la convivenza impone (art. 2 Cost.). Entrambi i requisiti devono essere accertati dal giudice secondo il parametro costituito dalla coscienza sociale in un determinato momento storico (criterio sovente utilizzato in materia di lavoro, sent. n. 17208/2002; n. 9266/2005, o disciplinare, S.u. n. 16265/2002)"⁹⁰.

Infine vi è la colpevolezza,⁹¹ ovvero il momento di analisi dei requisiti soggettivi della fattispecie aquiliana (dolo o colpa, imputabilità, responsabilità

⁸⁹ Chiaramente il requisito del *contra ius* nelle fattispecie di cui all'art. 4 D.Lgs. 7/2016 è previsto dal legislatore, non è il giudice ad enucleare l'interesse protetto e leso.

⁹⁰ Così in Cass. Civ. Sez. Un. sent. n. 26972/2008, ripresa altresì da altre, tra cui Cass. Civ. Sez. III sent. n. 6930/2012. Si veda altresì G. RUGGERO, "Gli elementi soggettivi della tipicità. Indagine sui rapporti fra tipicità e antiggiuridicità nella teoria generale del reato" in *Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Torino*, Vol. VIII, Napoli-Roma, 2011, pp. 21 - 26 ove, precisamente a p. 24, scrive: "A parte ogni considerazione ulteriore e anche volendoci fermare a una comparazione con il modello affine dell'illecito civile descritto all'art. 2043 c.c., appare chiaro come le previsioni penali siano maggiormente dettagliate e articolate così da limitare grandemente la sfera della loro applicazione. E, poiché l'ambito di applicazione e il grado di specificità di una fattispecie sono fra loro inversamente proporzionali, è agevole comprendere perché nell'art. 2043 c.c. resti compreso un numero notevole di comportamenti rispetto a quello (minimo) ricompreso nella singola figura incriminatrice. Ciò che rileva, in sostanza, non è la mera causazione oggettiva di un danno (circostanza condivisa con l'illecito civile), ma il fatto che la tipizzazione penale non può che essere modalmente orientata, rilevando le modalità appunto, i mezzi mediali che connotano la realizzazione della fattispecie, indissolubilmente legati all'atteggiamento psicologico del soggetto e all'accertamento della sua personalità secondo l'art. 133, II comma, c.p."

⁹¹ Tra i molti contributi si rammentano F. C. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Ed. VI, Torino, 2016, p. 344 e anche A. SPENA, *Gradualismo nella tripartizione del reato. Una analisi critica. The serial view of the elements of crime. A critical assessment*, in *Scritti in onore di Mario Romano*, Vol. II, Napoli, 2011, pp. 1263 - 1271 ove questo principio viene analizzato anche alla luce di nuove teorie tedesche. Per la dottrina tedesca si rammenta E. WOLF, *Verbrechen aus Überzeugung*, Munchen, 1927, pp. 8 - 17. Certamente è un principio nato ed essenziale nel diritto penale, ma trova ampio spazio anche nel diritto civile, se non fosse anche perché l'azione civile può essere esercitata nel processo penale. Completa sull'argomento è la sentenza Thyssen Krupp, Cass. Pen. Sez. Un. sent. n. 38343/2014 ove alle pp. 160 - 165 è delineato il ruolo della colpevolezza, riportando anche numerose massime e sentenze straniere e della Suprema Corte di Cassazione atte ad avvallare il necessario distinguo tra dolo e colpa, anche in sede civile, ambito in cui non si può asetticamente ritenere i due nessi psichici

da obbligo di protezione per *ius corrigendi* o *educandi*, ecc.) e, per le sanzioni civili, l'insieme degli elementi configuranti la rimproverabilità amministrativa (il nesso psichico, l'assenza di cause scusanti, l'imputabilità, ecc.).

A corroborare questa tesi, è la lettura dell'art. 5 D.Lgs. 7/2016 da cui si evince che il principio di colpevolezza viene ad emergere alle lettere a) ed e) che rispettivamente fanno riferimento alla gravità della violazione, su cui incide necessariamente anche l'elemento psicologico, e alla personalità dell'agente responsabile⁹².

Le altre ipotesi previste nel medesimo articolo e dalla stessa lett. a), invece, sono espressioni del principio di offensività concreta ai valori costituzionalmente tutelati.

Per cui il *tatbestand* è strutturalmente presente tanto nell'illecito civile quanto nelle fattispecie introdotte con l'art. 4 D.lgs. 7/2016 e ciò è sufficiente a consentire un'estensione applicativa dei principi espressi nell'art. 5 D.Lgs. 7/2016 anche in capo alla fattispecie aquiliana del Codice civile.

Resta da comprendere se gli interessi tutelati dalle norme del D.Lgs. 7/2016, in parte privati e in parte pubblici, siano assistiti da due meccanismi processuali paralleli e distinti oppure se la medesima azione risarcitoria è stata spaccettata dal legislatore e convogliata in una medesima azione processuale.

4.3. Frazionamento funzionale del risarcimento o sanzione amministrativa accessoria?

Nel momento in cui operano i summenzionati principi, in quale categoria collocare la sanzione di cui agli artt. 8 e ss. D.Lgs. 7/2016?

Chiarire se si tratta di una sanzione amministrativa accessoria o di una forma di spaccettamento del risarcimento a favore dello Stato, in quanto co-leso, è un aspetto rilevante.

Basti pensare alla giurisprudenza applicabile qualora lo si ritenesse un risarcimento, ad esempio, quella inerente l'utilizzo delle presunzioni legali atte alla dimostrazione della lesione⁹³, piuttosto che quella inerente il *dies a quo* della prescrizione⁹⁴.

omologhi e intercambiabili. Altresì sull'estensione delle teorie penali sulla colpa, si veda Cass. Civ. Sez. III sent. nn. 12144/2002 e 1656/1981, diversamente per il dolo il quale, essendo analizzato anche assieme al fatto tipico (si pensi al c.d. "dolo specifico"), risente di una non perfetta estensione all'art. 2043 C.c.

⁹² E' una valutazione quasi a matrice criminologica consistente o in un appesantimento dell'iter processuale perché il giudice civile potrebbe sondare la capacità lesiva mediante una perizia introspettiva oppure potrebbe essere interpretato nel senso che il giudice avrebbe il potere di sondare la personalità del responsabile, purché emergente dai fatti illeciti. Per maggiori delucidazioni si rinvia a M. SCILLITANI e G. URSITTI, *Perizie penali: strategie e vizi. Con formulario e giurisprudenza*, Santarcangelo di Romagna, 2014.

⁹³ Cass. Civ. Sez. Un. sent. n. 26972/2008, Cass. Civ. Sez. III sent. nn. 8827/2003 e 13546/2006.

⁹⁴ In relazione al bene giuridico leso e al mantenimento delle condizioni lesive (lesione permanente oppure in forma continuata), la prescrizione civile seguirà regole analoghe a quelle penali, a prescindere dall'applicazione dell'art. 2947 C.c., come affermato in Cass. Civ. Sez. Un. sent. n. 27337/2008. Cass. Civ. Sez. III sent. n. 13201/2013 afferma che nei casi condotte plurime, la prescrizione decorre dall'ultima di esse o, se in forma continua lesiva, dalla cessazione della continuazione pregiudizievole. Per le condotte istantanee Cass. Civ. Sez. III

Discorso differente qualora la si consideri una mera sanzione amministrativa per cui, come già sopra esposto, opereranno anche alcune norme della L. 689/1981, ai sensi dell'art. 12 della medesima legge, in quanto non derogate e compatibili⁹⁵.

Una pacifica soluzione verso l'accoglimento della seconda soluzione, oltre che dal dettato letterale emergente dal D.Lgs. 7/2016, viene fornita in chiave comparatistica dalla L. 386/1990 (Nuova disciplina sanzionatoria degli assegni bancari), che agli artt. 3 e 5 effettua una chiara bipartizione tra sanzione civile e sanzione amministrativa⁹⁶, quest'ultima derivante da una depenalizzazione. Pur essendoci due distinti interessi, uno privato e uno pubblico, nelle azioni civili del D.Lgs. 7/2016 e della L. 386/1990, l'interesse prevalente è sempre quello privato, vero propulsore dell'*actio*⁹⁷.

Scrivono C. Palmentala: "[...]il legislatore, prendendo atto del fatto che le sanzioni penali erano inefficaci ad arginare il fenomeno dell'emissione degli assegni senza autorizzazione e senza provvista, è intervenuto sulla relativa disciplina modificandone il regime sanzionatorio: attualmente la commissione di quegli illeciti dà luogo per un verso all'applicazione di sanzioni amministrative, per altro verso all'iscrizione del nominativo di colui che ha commesso l'«infrazione» in un archivio informatizzato, cioè nella Centrale di Allarme Interbancaria (C.A.I.), costituita presso la Banca d'Italia"⁹⁸.

sent. n. 21026/2014 afferma che la prescrizione decorre dalla produzione del danno.

⁹⁵ Si tratta degli artt. 2, 3 co. 2, 4 co. 3, 6, 8, 9, 10 e 11 della L. 689/1981. Recente e l'intervento dottrinale di A. LEOPIZZI e M. GRECO, *Le sanzioni pecuniarie civili (d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7)*, Milano, 2016, pp. 57 – 91 ove si afferma una duplice natura delle sanzioni pecuniarie "civile": una funzione punitiva a tutela dell'interesse privato che si mescola a quella general-preventiva tipica di una tutela pubblicistica. Sul punto si richiama AA.VV., *Modifiche al sistema penale*, Milano, 1982, p. 506 e per una disamina più articolata R. VILLATA, "Problemi di tutela giurisdizionale nei confronti delle sanzioni amministrative pecuniarie" in *Diritto e processo amministrativo*, Napoli-Roma, 1986, pp. 388 e ss.

⁹⁶ In merito alla polivalente estensione delle norme di parte generale del C.p. anche in ambito amministrativo, si rinvia a Cass. Civ. Sez. I sent. n. 24842/2005. La Circ. Min. Int. 44/2000 chiarisce che l'art. 8 L. 689/1981 e l'art. 81 C.p. non si applicano alla materia degli assegni. Per l'estensione applicativa delle norme della L. 689/1981 si vedano Cass. Civ. Sez. Un. sent. n. 9560/2006 e Cass. Civ. Sez. I sent. n. 19040/2005. La nozione di "sanzione amministrativa" è stata ricercata utilizzando, oltre alle teorie giuridiche e politiche, anche quelle sociologiche M. A. SANDULLI, "Sanzioni IV) – Sanzioni amministrative" in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Vol. XXVIII, Roma, 1988, pp. 1 – 19.

⁹⁷ Chiarissima al riguardo è Cass. Civ. Sez. II sent. n. 6382/2007. Inoltre a conferma di siffatta "prevalenza", è da notare che la sospensione dell'esecutività di un titolo di credito mediante opposizione ad atto di precetto, prima della fase di esecuzione, è azione oppositiva ad un interesse privato e non anche pubblico (inerente una possibile sanzione amministrativa), si veda G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile. Le cautele. Il processo cautelare*, Vol. XI, Ed. II, Padova, 2011, pp. 621 e 622. Per la giurisprudenza passata, Cass. Civ. Sez. III sent. nn. 773/1961 e 3699/1968 e in generale F. MARTORANO, *Titoli di credito. Titoli non dematerializzati*, Milano, 2002. Il *petitum* rappresenta la richiesta giudiziale, ripartita in "petitum immediato" (la richiesta di emissione di un certo provvedimento giudiziale) e "mediato" (la formulazione di tutela di un bene della vita), la *causa petendi* rappresenta la posizione giuridica soggettiva sostanziale che si vuole tutelare e "l'azione" una serie di norme, di atti coordinati e ordinati, di posizioni giuridiche soggettive legittimanti una parte processuale, per tutti si veda E. FAZZALARI, "Azione civile (teoria generale e diritto processuale)" in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, Vol. II, Torino, 1988, pp. 30 – 42.

⁹⁸ C. PALMENTALA, "Trib. Bari, 22.3.2006. Conferma Trib. Bari, sez. di Monopoli, ord. 30.12.2005" in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, Vol. X, Padova, 2006, p. 1011. Si veda inoltre, per la completezza sull'argomento AA.VV., *Il nuovo assegno bancario*.

Esattamente un'analoga osservazione può essere ponderata nei confronti del D.Lgs. 7/2016 ove l'azione civile e la sanzione amministrativa corrono di pari passo, pur essendo l'accoglimento della prima *conditio sine qua non* per l'irrogazione della seconda⁹⁹.

Si tratta di un diritto pubblicistico a "tutela di tipo mediato"¹⁰⁰ del preminente interesse privato, come peraltro evidenziato dalla stessa Suprema Corte di Cassazione che ha parcellizzato questi due aspetti sulla base del fatto che "[...]

Depenalizzazione, revoca di sistema, Centrale d'Allarme Interbancaria, Roma, 2003. Per la giurisprudenza sulla legittimazione al esercizio dell'azione civile per il risarcimento dei danni Cass. Civ. Sez. III sent. n. 4003/2006 e dalle più recenti Cass. Civ. Sez. V sent. n. 14886/2016, Cass. Civ. Sez. I sent. n. 11644/2016 e Cass. Civ. Sez. VI sent. n. 9408/2016 ove si legge: "La violazione delle norme che disciplinano la circolazione degli assegni bancari, e nella specie, l'emissione di assegno privo di data, non consente all'emittente di invocare a titolo di esimente di responsabilità, la violazione del patto concluso con proprio creditore e ciò in quanto le stesse norme sono dirette a tutelare l'interesse, di natura pubblicistica, alla certezza degli scambi economici realizzati con la circolazione dell'assegno bancario, ed in particolare l'affidamento del possessore (a prescindere se questi sia il primo prenditore o meno) dell'assegno ad ottenere l'incasso delle somme portate nel titolo. Appare credente che tale la condotta contestata all'appellante integra pertanto gli estremi della violazione in questione".

⁹⁹ Sulla comparazione tra sanzione amministrativa e sanzione civile, fondata sulla funzione finale della sanzione stessa si veda A. THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, Padova, 1951, pp. 59 e ss ove si evidenzia che la sanzione civile punisce la lesione di interessi individuali ma nel contempo cerca di riparare o risarcire il danno prodotto. Analogamente E. CAPACCIOLI, "Sanzioni amministrative" in *Atti del XXVI convegno di studi di scienza dell'Amministrazione*, Varenna, 18 - 20 settembre 1980, Milano, 1982, p. 88 e A. TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, 1983, pp. 12 e ss. Non si può certo dire che il bene giuridico della "Fede pubblica", oggetto quasi prevalente della depenalizzazione in oggetto, sia un interesse individuale! *Contra* A. GULLO, "La depenalizzazione in astratto tra vecchi e nuovi paradigmi. Un'analisi dei decreti legislativi 7 e 8 del 15.1.2016" in *La legislazione penale*, Torino, 2016, pp. 35 - 39 ove non si affronta la differenza concettuale tra "sanzione amministrativa" e "civile", mentre il contenuto delle sanzioni in esame, stride con l'aggettivo "civile" ad esse affibbiato, né è corretto parlare di funzione ultra compensativa dato che 1) è una sanzione e non un'azione risarcitoria; 2) i proventi vanno allo Stato e non al privato.

¹⁰⁰ Per puro spirito speculativo, si è riportato parte del testo di F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo. Profili sostanziali e processuali*, Tomo I, Ed. VI, Milano, 2011, p. 389 perché, in verità, non si vuole richiamare la tutela mediata dell'interesse legittimo, però non è chiaro dal dettato dell'art. 8 co. 2 D.Lgs. 7/2016, se in caso di mancata dimostrazione degli elementi costitutivi dell'illecito amministrativo, il giudice possa accogliere la sola domanda risarcitoria o meno. Si richiama altresì V. LOPILATO, *Giurisprudenza del Consiglio di Stato 2013* (a cura del Cons. Vincenzo LOPILATO), Roma, 2014, p. 43 che, sviscerando la massima del Cons. Stato, Sez. IV sent. n. 1225/2013, così recita: "Il Collegio conclude, quindi, affermando che l'interesse sostanziale del socio privato all'ottenimento, da parte della società mista, della commessa pubblica, è un interesse riflesso e mediato che non assurge ad interesse legittimo e può, pertanto, essere condotto nel processo amministrativo solo attraverso l'intervento ad adiuvandum, impregiudicata restando, ovviamente, l'esperibilità di altri strumenti di tutela civilistici in ambito endosocietario (si cita l'azione di responsabilità, esperibile dai soci ai sensi dell'art 2393-bis, o dal singolo socio direttamente danneggiato, ex art. 2395 cod. civ.)". Tra le altre ipotesi di diritto soggettivo mediato, è rinvenibile in quello dell'agente di commercio a che il proponente concluda l'affare con il terzo, ex art. 1748 co. 4 C.c., che contempla la c.d. "clausola *sell in*", suddivisa in due momenti; 1) maturazione del diritto, 2) esigibilità del diritto. Per la relativa giurisprudenza Cass. Civ. Sez. IV sent. n. 5467/2000 sulla "clausola *sell out*", Cass. Civ. Sez. IV sent. n. 13580/2015 sul diritto mediato alle provvigioni dell'agente. Un ulteriore esempio di "mediazione" può riguardare anche una situazione di fatto, come il "possesso mediato". Sul punto Cass. Civ. Sez. II sent. n. 9226/2005 e C. M. BIANCA, *Diritto civile, Vol. VI - La proprietà*, Milano, 1999, p. 724.

il legislatore delegante intende riconsiderare il ruolo tradizionalmente compensativo attribuito alla responsabilità civile nel nostro ordinamento, affiancando alle sanzioni punitive di natura amministrativa un ulteriore e innovativo strumento di prevenzione dell'illecito, nella prospettiva del rafforzamento dei principi di proporzionalità, sussidiarietà ed effettività dell'intervento penale¹⁰¹.

Ciò dimostra la coesistenza forzata di due distinte *causae petendi*, una pubblica e una privata, convogliate e rodiate in un'unica azione, ma espresse con due *petitum* differenti, di cui uno a individuazione legislativa, cioè automatizzata in una sanzione amministrativa.

5. Il doppio onere probatorio e l'art. 5 D.Lgs. 7/2016 in chiave "Differenztheorie rivisitata"

Assodata la connotazione "amministrativa" della sanzione accessoria, l'art. 8 co. 2, recita: *"Il giudice decide sull'applicazione della sanzione civile pecuniaria al termine del giudizio, qualora accolga la domanda di risarcimento proposta dalla persona offesa"*.

Il giudice "decide", non "può decidere", sull'applicazione delle sanzioni civili, né appare possibile, per tal motivo, che il giudice possa accogliere la sola richiesta di risarcimento e deliberatamente decidere di non irrogare la sanzione accessoria che la legge ha imposto quale conseguenza (funzione retributiva e general-preventiva) di un illecito tipizzato, posto che all'esito dell'istruttoria potrebbe esserci una carenza probatoria inerente le sanzioni amministrative che ne impedisca la loro applicazione.

Naturalmente da parte del convenuto si cercherà di dimostrare la propria estraneità, eccependo e contestando l'integrazione degli elementi tipizzati e atti ad elevare la sanzione amministrativa accessoria.

Ed proprio perché c'è un attore e c'è un convenuto, l'onere probatorio circa l'applicazione delle sanzioni, a chi spetterà¹⁰²?

¹⁰¹ AA.VV., *Corte di Cassazione - Ufficio del Massimario - Settore penale - Rel. n. III/01/2016*, Roma, 2016, p. 17 ma si vedano anche le pp. 23 - 27 estremamente utili in cui si rinvencono le sentenze più significative emesse in materia, precisamente sulla funzione punitiva e amministrativa espressa dalle "sanzioni pecuniarie civili" di cui al D.Lgs. 7/2016 è dipendente dall'accoglimento delle istanze private.

¹⁰² Fondamentali sulla disciplina probatoria civile sono Cass. Civ. Sez. Un. sent. nn. 576/2008 e 9556/2002, mentre per gli illeciti omissivi, Cass. Civ. Sez. III sent. n. 12401/2013. Si legge alle pp. 19 e 20 della Cass. Civ. Sez. Un. sent. nn. 576/2008: *"Essendo questi i principi che regolano il procedimento logico-giuridico ai fini della ricostruzione del nesso causale, ciò che muta sostanzialmente tra il processo penale e quello civile la regola probatoria, in quanto nel primo vige la regola della prova "oltre il ragionevole dubbio" (cfr. Cass. Pen. S.U. 11 settembre 2002, n. 30328, Franzese), mentre nel secondo vige la regola della preponderanza dell'evidenza o "del più probabile che non" stante la diversità dei valori in gioco nel processo penale tra accusa e difesa, e l'equivalenza di quelli in gioco nel processo civile tra le due parti contendenti, come rilevato da attenta dottrina che ha esaminato l'identità di tali standard delle prove in tutti gli ordinamenti occidentali, con la predetta differenza tra processo civile e penale (in questo senso vedansi: la recentissima Cass. 16.10.2007, n. 21619; Cass. 18.4.2007, n. 9238; Cass. 5.9.2006, n.19047; Cass. 4.3.2004, n. 400; Cass. 21.1.2000 n. 632). Anche la Corte di Giustizia CE è indirizzata ad accettare che la causalità non possa che poggiarsi su logiche di tipo probabilistico (CGCE, 13/07/2006, n. 295, ha ritenuto sussistere la violazione*

Spetterà all'attore, in virtù del principio dispositivo processuale *iudex iuxta alligata et provata iudicare debet* ai sensi dell'art. 115 co. 1 C.p.c. e dell'art. 2697 C.c., oppure spetterà al giudice *ex officio*, sulla base degli elementi processuali e, se il caso, ordinando un'integrazione probatoria nei limiti in cui il C.p.c. lo ammette¹⁰³?

Non appare possibile affidare al giudice un potere probatorio senza un'espressa previsione legislativa, anche perché "[...] *l'attività officiosa del magistrato potrebbe incontrare seri ostacoli pratici, alla luce del principio dispositivo che regola il processo civile, in particolare quanto alla allegazione in giudizio di fatti storici rilevanti ed ai poteri istruttori ad essi correlati, riservati alle parti. Per certo, non è stata utilizzata – e, si crede, a ragione – la tecnica processuale solitamente adottata per la preparazione giurisdizione delle situazioni*

delle norme sulla concorrenza in danno del consumatore se "appaia sufficientemente probabile" che l'intesa tra compagnie assicurative possa avere un'influenza sulla vendita delle polizze della detta assicurazione; Corte giustizia CE, 15/02/2005 n. 12, sempre in tema di tutela della concorrenza, ha ritenuto che "occorre postulare le varie concatenazioni causa-effetto, al fine di accogliere quelle maggiormente probabili". Detto standard di "certezza probabilistica" in materia civile non può essere ancorato esclusivamente alla determinazione quantitativa-statistica delle frequenze di classi di eventi (c.d. probabilità quantitativa o pascaliana), che potrebbe anche mancare o essere inconferente, ma va verificato riconducendone il grado di fondatezza all'ambito degli elementi di conferma (e nel contempo di esclusione di altri possibili alternativi) disponibili in relazione al caso concreto (c.d. probabilità logica o baconiana). Nello schema generale della probabilità come relazione logica va determinata l'attendibilità dell'ipotesi sulla base dei relativi elementi di conferma (c.d. evidence and inference nei sistemi anglosassoni".

¹⁰³ Si tratta degli artt. 117, 118, 213, 240 e 241, 257, 254 e 281 ter C.p.c. Sostenere che il giudice debba d'ufficio avere anche il compito di curare gli interessi dello Stato espressi con le sanzioni amministrative significa privare il giudice della sua terzietà e imparzialità all'interno di un giusto processo in cui devono vigere precise regole sull'assunzione delle prove giusti art. 111 co. 1 e 2 Cost., art. 6 C.E.D.U. nonché art. 47 Carta dei Diritti Fondamentali di Nizza (ambidue vincolanti per i paesi U.E. in forza dell'art. 6 co. 1 e 2 della versione consolidata del T.U.E.), come espresso anche in Corte Cost. sent. nn. 240/2003 e 155/1996. Il che non significa che il giudice non abbia poteri istruttori, ma che debba essere equidistante dagli interessi delle parti e imparziale in funzione della sola ricerca della verità processuale e della risoluzione del contendere; Cass. Civ. Sez. I sent. n. 6299/2014 e Cass. Civ. Sez. III sent. nn. 12717/2010 e 20335/2004. Non potrebbe avere mai un ruolo all'interno del processo civile quale portatore di interessi pubblicistici e punitivi, all'uopo le recentissime Cass. Pen. Sez. V sent. nn. 32799/2016 e 32798/2016 nonché Cass. Pen. Sez. II sent. n. 26091/2016 ove si legge a p. 3: "Con specifico riferimento alla categoria degli illeciti sottoposti a sanzione pecuniaria civile, preme osservare che trattasi di fattispecie tipizzate, al cui accertamento consegue, a differenza delle ipotesi di abolitio criminis classica, una sanzione pecuniaria la cui irrogazione è collegata alla verifica di determinati elementi costitutivi (artt. 3-13), da eseguirsi ad opera del giudice competente a conoscere dell'azione di risarcimento del danno (art. 8), applicando le norme del codice di procedura civile (art. 8 c. 4), con il che deve complessivamente dedursi che il giudice competente allo svolgimento del procedimento di accertamento dell'illecito civile così tipizzato, ai fini dell'irrogazione della sanzione pecuniaria e del correlato risarcimento del danno, sia il giudice civile nel rispetto delle regole del procedimento civile, trattandosi, tra l'altro, di un accertamento coinvolgente elementi di valutazione del fatto del tutto estranei al giudizio penale (ad es. l'arricchimento del soggetto responsabile o le condizioni economiche dell'agente). [...] A quanto detto consegue, conclusivamente, l'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata avuto riguardo alla intervenuta depenalizzazione dell'art. 635 c.p., ex art. 1 decreto legislativo n. 7/16, con revoca delle statuizioni civili cui potrà seguire, per effetto dell'esercizio della corrispondente azione risarcitoria davanti al giudice civile competente per valore, il giudizio civile per l'accertamento dell'illecito depenalizzato, l'irrogazione della sanzione pecuniaria ed il risarcimento del danno".

*giuridiche soggettive indisponibili ovvero la titolarità di poteri di azione e di intervento in capo al pubblico ministero*¹⁰⁴.

Orbene, è però opportuno fare un esempio chiarificatore perché se l'onere probatorio grava sull'attore, non è detto che segua le norme civilistiche, inoltre sono escluse dal D.Lgs. 7/2016 le ipotesi tentate.

Si pensi a Tizio e Caio che, in concorso tra loro, danneggiano dolosamente l'auto di Sempronio.

Sempronio, con atto di citazione, chiama in causa, ex artt. 2043 e 2055 C.c., i responsabili e in virtù della fattispecie di cui all'art. 4 co. 1 lett. "c" D.Lgs. 7/2016, al pagamento della sanzione accessoria.

Per le prime opererà pienamente il principio di solidarietà dei debitori e l'attore potrà introitare la causa verso tutti o solo verso uno dei due responsabili, a cui naturalmente spetterà il diritto di regresso verso il condebitore, in proporzione al contributo causale fornito nell'esegesi dannosa e al nesso psichico.

Ma un discorso diverso vale per le sanzioni accessorie, per cui opera l'art. 7 D.Lgs. 7/2016¹⁰⁵, il quale imputa a ciascun concorrente la pena pecuniaria, individualmente.

Quindi, se nel primo caso, una semplificazione dell'onere probatorio gravante su Sempronio potrebbe avvenire mediante la citazione di un solo responsabile, lo stesso non può dirsi per le sanzioni amministrative, giacché se fosse citato solo uno dei due correi non potrebbe operare l'art. 7 e solo uno dei due verrebbe sanzionato.

Certamente il convenuto potrebbe azionare la ripetizione per regresso ex art. 1299 C.c. verso il concorrente, ma questo ultimo resterebbe comunque immune dalla sanzione amministrativa che non potrà più essere applicata nei suoi confronti, in quanto, se l'attore/danneggiato è stato soddisfatto interamente dall'unico convenuto non potrà rinnovare l'azione risarcitoria verso l'altro, quindi non potrà essere irrogata la sanzione amministrativa¹⁰⁶!

¹⁰⁴ A. LEOPIZZI e M. GRECO, *Le sanzioni pecuniarie civili (d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7)*, Milano, 2016, p. 70 i quali non hanno dubbi sulla natura delle sanzioni come "amministrative" ma rimesse ad attivazione di parte. Inoltre gli Autori esprimono delle osservazioni molto acute a pp. 76 - 91 sulle problematiche inerenti la compatibilità tra il nuovo processo risarcitorio/sanzionatorio e la negoziazione assistita di cui al D.L.132/2014, e tra il primo e la disciplina processuale civile, specie inerenti i riti utilizzati. Rileva acutamente G. SPINA, ["Illeciti con sanzioni pecuniarie civili introdotte dal d.lv. 7/2016: luci e ombre"](#) in *La nuova procedura civile*, n. 1, Roma, 2016, p. 2 che "[...] non si tratta, di contro, di un rimborso/risarcimento da concedere al danneggiato, con la conseguenza che egli non avrebbe interesse (e quindi legittimazione) ad agire ai fini di veder sanzionato l'autore del fatto illecito". Più generali sono gli appunti evidenziati da A. A. MORAMARCO, *"Depenalizzazione, la ricerca affannosa del catalogo dei reati"* in *Il Sole 24 Ore - Guida al diritto*, Vol. II, Milano, 2016 in merito al tipo di depenalizzazione operata.

¹⁰⁵ Così recita: "Quando più persone concorrono in un illecito di cui al presente capo, ciascuna di esse soggiace alla sanzione pecuniaria civile per esso stabilita". Si tratta di una chiara attuazione del principio della responsabilità personale e del principio di colpevolezza, ex art. 27 Cost., come ribadito anche all'art. 3 co. 1 L. 689/1981.

¹⁰⁶ Si tratta del famoso "principio del ne bis in idem risarcitorio", affermato da tutti gli organi giurisdizionali nazionali e internazionali, e consiste nell'impossibilità di duplicare le pretese risarcitorie derivanti dal medesimo danno ingiusto, per cui si è già ottenuta una condanna; si vedano Trib. Civ. Catanzaro, Sez. I, sent. n. 1907/2013, Corte Conti, Sez. I, sent. n. 256/2011, le c.d. "Sentenze gemelle dell'11/11/2008" ovvero le Cass. Civ. Sez. Un., sent. nn. 26972/2008, 26973/2008, 26974/2008 e 26975/2008 che hanno radicalmente cambiato la fisionomia dell'art. 2059 C.c., sancendo il principio del ne bis in idem risarcitorio, ancora Corte Cost. sent. n. 773/1988, Corte E.D.U. sent. n. 2BvR 1482/2004 nonché la famosa Corte Giust.

Inoltre, lo spaccettamento delle funzioni del risarcimento dei danni si è avuto ad opera legislativa, per cui la funzione punitiva procede con le sanzioni pecuniarie "civili", mentre le restanti funzioni sono insite nell'azione di risarcimento.

Ciò significa che nei procedimenti inerenti gli illeciti di cui al D.Lgs. 7/2016, il risarcimento non potrà possedere funzione punitiva in virtù del citato principio del *ne bis in idem*¹⁰⁷ che obbliga a non sdoppiare due o più volte la sanzione (e la relativa funzione) per il medesimo fatto.

Si torna allora alla *Differenztheorie* di Mommsen, per come rivisitata al paragrafo 3.2., la quale può subentrare nel momento della quantificazione della sanzione, essendo improntata sui medesimi requisiti di valutazione espressi dall'art. 5 del D.Lgs. 7/2016.

"Il giudice decide sull'applicazione della sanzioni pecuniaria civile al termine del giudizio, qualora accolga la domanda di risarcimento proposta dalla persona offesa" (art. 8 co. 2 D.Lgs. 7/2016) per cui, a fronte della quantificazione del danno, il giudice potrebbe applicare la formula "valutazione del fatto illecito \leq 15% del *quantum dabeatur* = danni punitivi", naturalmente entro i limiti forniti dal quadro sanzionatorio previsto dalle fattispecie di cui all'art. 4 D.Lgs. 7/2016.

Diversamente, lo stesso *range* contemplato all'art. 4 risulterebbe foriero di possibili profili di incostituzionalità per violazione del "principio di determinatezza" inerente l'arco discrezionale entro cui può operare il limite minimo e massimo della sanzione¹⁰⁸.

U.E. sent. n. C-617/2010. Per una più completa disamina su tale principio di rinvia totalmente a AA.VV., Corte Costituzionale – Servizio studi – Area di diritto comparato, Il principio del *ne bis in idem*, Roma, 2016. Questo, come anche i dubbi sulla legittimazione passiva in appello dell'attore per impugnazione della sola sanzione amministrativa, sono tutti problemi che solo il Legislatore in sede di correttivo può risolvere.

¹⁰⁷ Per maggiori delucidazioni si rinvia alle note nn. 67 e 106.

¹⁰⁸ Per il gruppo degli illeciti contemplati al comma 1 dell'art. 4 la sanzione può spaziare da € 100 a € 8.000, mentre per il gruppo previsto al comma 4, la sanzione è intercalata tra un minimo di € 200 e un massimo di € 12.000. Il primo gruppo prevede un range elevabile fino a ottanta volte il minimo, mentre il secondo gruppo settante volte; il giudice acquisisce così un potere discrezionale enorme. Da qui il sospetto che tale norma possa apparire in violazione del principio di determinatezza, come delineato dalla Corte Cost. sent. nn. 34/1995, 96/1981, 188/1975 e 20/1974, in dottrina, *ex multis*, T. PADOVANI, *Diritto penale*, Ed. VII, Milano, 2006, pp. 26 – 33 che a p. 32 scrive: "[...] la garanzia offerta dal principio risulterebbe monca se, a fronte di una fattispecie rigorosamente definita nel contenuto di illecito, fosse prevista una pena indeterminata, rimessa al mero arbitrio del giudice". E si badi bene, questo principio è richiamato dallo stesso art. 1 L. 689/1981, essendo espressione del principio di legalità in cui convogliano i tre principi fondanti le sanzioni amministrative: di stretta legalità, determinatezza e tassatività, nonché irretroattività, ex art. 25 co. 2 Cost., come evidenziato in AA.VV., *La sanzione amministrativa. Accertamento, irrogazione, riscossione, estinzione, profili processuali. Le depenalizzazioni. Aggiornato al d.lgs. 15 gennaio 2016, n.7*, Milano, 2016, pp. 75 – 82 e 148 – 166. Per le medesime critiche all'art. 96 co. 3 C.p.c. si rinvia a G. MORLINI, "Il punto sulle spese di liti e la responsabilità per lite temeraria" in *Responsabilità civile e previdenza*, n. 6, Milano, 2012, p. 2092 – 2098 il quale afferma che la fattispecie di cui all'art. 96 co. 3 C.p.c. sia speciale rispetto all'art. 2043 C.c. (aspetto già vagliato dalla Corte Cost. sent. n. 435/2008), ma rileva altresì un'indeterminatezza della condanna per lite temeraria, pendente tra orientamenti che vorrebbero una condanna "senza danno" e altre ove il danno deve esserci, anche se provato da presunzioni. Analoghe considerazioni sono espresse da G. FINOCCHIARO, "Somme determinate in via equitativa anche d'ufficio: una condanna di natura risarcitoria o sanzionatoria", in *il Sole 24 Ore – Guida al diritto*, Vol. XVIII, Milano, 2010, pp. 49 – 50. Sebbene Corte Cost. sent. n. 138/2012 e Cass. Civ. Sez. I sent. n. 17902/2010 sostengano

6. Conclusioni

Non in legendo, sed in intelligendo leges consistunt!

Mai fermarsi ai convenzionalismi di prima lettura d'un dettato normativo, senza imprimere una giusta opera creativa mediante l'interpretazione, se non fosse anche per vedere questa riforma sotto un'ottica quanto più positiva possibile.

Quindi, con una baconiana scaletta induttiva, si è partiti dal particolare, dalla pena, poi le funzioni risarcitorie e la risarcibilità dei danni punitivi, fino al generale, cioè ai principi regolatori derivanti dall'art. 5 D.Lgs. 7/2016.

Del resto, a scandagliare attentamente questa depenalizzazione, non appaiono grossi elementi di novità che già non fossero stati introdotti con la L. 386/1990.

No, non sarà certo l'esotica denominazione "sanzioni pecuniarie civili" a trasformare la natura delle stesse che è perfettamente "amministrativa".

Allora l'unico vero elemento di novità è proprio l'art. 5 del D.Lgs. 7/2016, in cui si è ravvisata un'opportunità per introdurre dei criteri, e prima ancora dei principi, certi alla quantificazione dei danni punitivi; ammesso che li si voglia introdurre e legittimare.

Ebbene, grazie ad un'interpretazione per analogia *juris* dell'art. 5 del D.Lgs. e grazie al fattore strutturale comune alle fattispecie di cui al D.Lgs. in esame e all'art. 2043 C.c. (il *tatbestand*), è stata estesa la portata applicativa del principio di offensività e del principio di colpevolezza, superando il dogma dell'equipollenza dolo-colpa.

La vera "storica" introduzione in un procedimento civile di criteri di natura prettamente penale, in trasposizione quasi perfetta dell'art. 133 C.p., non può rimanere sottovalutata e bistrattata, giacché inevitabilmente induce l'organo giudicante ad un amalgamo di criteri quantificatori del risarcimento (artt. 2056 e 2059 C.c.) con criteri di quantificazione della sanzione amministrativa (art. 5 citato).

Difficilmente potrebbe realizzarsi un processo ove una sanzione imposta dalla legge, con i suoi criteri definitivi, non influenzi quantomeno l'attore; certamente condizionerà il convenuto che dovrà difendersi su due fronti, ma forse anche il giudice, specie se si considera il suo un potere *ex officio*, come sta facendo la dottrina quasi all'unanimità¹⁰⁹.

che vi possa essere condanna *ex officio* per lite temeraria anche senza prova del danno, si ritiene corretto l'osservazione di chi rivendica una necessaria dimostrazione del danno o della condotta dolosa o colposa grave, come osservato da G. SCARSELLI, "Il nuovo art. 96 3° comma c.p.c.: consigli per l'uso", in *Foro italiano*, Vol. I, Roma, 2010, p. 2237 e da Cass. Civ. Sez. VI, ord. n. 21570/2012.

¹⁰⁹ Questa interpretazione, già contestata precedentemente, è ripresa con molti dubbi da M. BOVE, [Sull'introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie dal punto di vista del processualcivilista](#) (note a margine del d.lgs. n. 7 del 15.1.2016), in *La nuova procedura civile*, n. 1, Roma, 2016, pp. 3 – 8 e si legge a p. 5: "I primi dubbi che emergono attengono all'attuazione del principio del contraddittorio, al rapporto tra i poteri di parte e i poteri del giudice, nonché ai tempi del gioco processuale, ossia alle preclusioni nelle attività di allegazione e prova dei fatti rilevanti. [...] Invero, che la pretesa punitiva dello Stato sia esercitabile d'ufficio dal giudice non significa, però, che essa sia, per così dire, compresa *ex lege* nella sola proposizione della domanda da parte dell'attore. Insomma quella pretesa

In definitiva, questo è un contributo, seppur esile, alla promozione di una più precisa disciplina sulle sanzioni punitive, enfatizzando esigenze improcrastinabili di riforma evidenziate più volte dalla dottrina già da decenni, e per cui si sta sensibilizzando anche la società.

Né appare ragionevole criticare una deriva ideologica sottesa a fondamento della scelta di politica criminale depenalizzatoria, certamente non garantista, quasi sicuramente legata ad una logica "di cassa", che ha introdotto delle pene pecuniarie pesantissime rispetto alle precedenti sanzioni penali che, di sicuro, istituivano un quadro edittale sostanzialmente meno grave di quello oggi previsto (basti pensare a quanti processi, aventi ad oggetto i reati depenalizzati, si prescrivevano¹¹⁰), atteso anche che la maggior parte dei reati depenalizzati era di competenza del giudice di pace, ove la reclusione e la multa erano state già sostituite ad opera degli artt. 52 e ss. D.Lgs. 274/2000 e dagli artt. 53 – 85 L. 689/1981.

Non resta che attendere i nuovi sviluppi legislativi e giurisprudenziali civili, sperando in una maggiore ponderazione delle problematiche nascenti da una così sconosciuta materia, quale è quella dei criteri di commisurazione delle sanzioni pecuniarie civili, improntati sulla falsariga dell'art. 133 C.p.

La Nuova **Procedura Civile**
Direttore Scientifico: Luigi Viola

giuspubblicistica deve comunque essere esercitata in concreto in modo esplicito, non potendo ad esempio il giudice applicare la sanzione pecuniaria civile al momento della pronuncia della sentenza senza mai aver prima sollevato il problema, previamente stimolando su di esso il contraddittorio". Francamente non convince la prevalenza del "principio inquisitorio" su quello "dispositivo" come l'Autore afferma.

¹¹⁰ G. CANZIO, *Corte Suprema di Cassazione, Relazione sull'amministrazione della Giustizia – anno 2015*, Roma, 2016, p. 54 in cui il primo Ermellino ammonisce evidenziando che "Non può che destare preoccupazione, quanto alle sentenze di prescrizione, il numero costantemente elevato di quelle emesse dalle Corti di appello (18.592 nel 2012, 21.521 nel 2013, 24.304 nel 2014, 11.903 nel primo semestre del 2015) e l'aumento di quelle emesse dai tribunali ordinari (20.487 nel 2012, 20.481 nel 2013, 20.841 nel 2013, 23.740 nel 2014, 16.362 nel primo semestre del 2015). Hanno inciso verosimilmente sul generalizzato aumento delle sentenze di prescrizione in primo grado la reintroduzione della distinzione, sotto il profilo sanzionatorio, tra droghe leggere e droghe pesanti e la previsione dell'ipotesi lieve di cui all'art. 73 D.P.R. 309/90 come reato autonomo". Prosegue a p. 58: "La prospettiva della prescrizione costituisce sin dal primo grado un disincentivo alla richiesta di riti alternativi (le sentenze di applicazione di pena su richiesta delle parti e i decreti penali di condanna esecutivi sono, infatti, considerevolmente diminuiti) e si traduce in un aumento delle impugnazioni. I ritardi si manifestano in particolare nel dibattimento di primo grado e di appello e nell'esecuzione delle sentenze".