



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Dottorato di Ricerca in Diritto ed Impresa

XXXII Ciclo

LA RESTITUZIONE DEL PROFITTO ILLECITO TRA RESPONSABILITÀ CIVILE

E ARRICCHIMENTO

TESI DI DOTTORATO

Dott.ssa Anna Fittante

TUTOR

Chiar.mo Prof. Giorgio Meo

ANNO ACCADEMICO 2019/2020

INDICE

La restituzione del profitto illecito tra responsabilità civile e arricchimento

INTRODUZIONE.....5

I CAPITOLO: L'ammissibilità dei danni punitivi nel nostro ordinamento

1. Introduzione: le nuove frontiere della responsabilità civile.....	8
1.1 L'emersione del tema dei danni punitivi.....	9
1.1.1 I danni punitivi negli ordinamenti di <i>common law</i>	11
1.1.2 I danni punitivi nelle tradizioni di <i>civil law</i> : il caso di Germania, Francia e Spagna.....	20
1.1.3 I danni punitivi nel contesto euro unitario.....	25
1.2 L'evoluzione della funzione dell'articolo 2043 c.c.: dalla sanzione alla compensazione.....	28
1.2.1 Alcune riflessioni della dottrina italiana in materia di danni punitivi.....	34
1.2.2 L'evoluzione giurisprudenziale sul tema.....	39
1.2.3 La pronuncia delle Sezioni Unite al vaglio della dottrina.....	49
1.2.4 Esiste già un fondamento normativo per i danni punitivi?.....	58

II CAPITOLO: I rimedi tipici previsti dall'ordinamento tra risarcimento, sanzione e restituzione: alla ricerca di un minimo comun denominatore

2. Introduzione.....	65
2.1 La responsabilità processuale aggravata.....	67
2.2 Le sanzioni civili.....	75
2.3 L'azione in materia familiare.....	77
2.4 Il danno ambientale.....	80
2.5 L'arricchimento da fatto ingiusto.....	92

2.6 L'azione di retroversione degli utili.....	98
2.6.1 Alla ricerca di una valorizzazione del rimedio.....	104
III CAPITOLO: Il danno antitrust tra <i>private</i> e <i>public enforcement</i>	
3.1 Il risarcimento del danno da concorrenza sleale.....	113
3.2 Condotte illecite e violazione di norme antitrust.....	118
3.3 Il dibattito sorto in ordine alla risoluzione dei conflitti di attribuzione della ricchezza derivante dall'illecito.....	121
3.4 Il problema della legittimazione dei consumatori e i riflessi sulla quantificazione del danno.....	131
3.5 Il superamento della prospettiva restitutoria: la Direttiva 2014/104/UE relativa alle azioni per il risarcimento del danno derivante dalla violazione del diritto della concorrenza.....	135
3.5.1 L'attuazione della Direttiva 2014/104/UE nel nostro ordinamento.....	146
3.5.2 L'onere della prova.....	150
3.5.3 Risarcimento e prescrizione.....	153
3.5.4 La responsabilità solidale.....	155
3.5.5 Rilievi critici del decreto di recepimento della Direttiva Comunitaria in punto di quantificazione del danno.....	162
3.6 La cessione del credito risarcitorio.....	164
3.7 Considerazioni conclusive e prospettive <i>de jure</i> <i>condendo</i>	168
BIBLIOGRAFIA.....	173

INTRODUZIONE

In presenza di comportamenti illeciti che determinano un ingiustificato arricchimento del danneggiante, l'ordinamento prevede strumenti con funzione ripristinatoria, sanzionatoria o equitativa. Il rimedio risarcitorio è tipicamente calibrato sul danno, in una prospettiva tipicamente riparatoria. Sorge, conseguentemente, il tema della allocazione dei profitti (la cui entità sia superiore rispetto al pregiudizio cagionato al danneggiato) realizzati attraverso condotte illecite.

Preliminarmente si illustra l'evoluzione dell'ordinamento italiano sul tema della polifunzionalità della responsabilità civile, alla luce del dibattito dottrinale e giurisprudenziale. Si prende atto della inidoneità della funzione compensativa a soddisfare esigenze di giustizia sostanziale.

Alcuni ordinamenti abdicano alla tradizionale funzione riparatoria, ricorrendo ai c.d. "*punitive damages*". Un *focus* specifico è pertanto dedicato a tale tema, anche mediante il confronto con le tradizioni giuridiche di *common law*, di alcuni ordinamenti dell'Europa continentale e tenendo conto di alcuni orientamenti della Corte di Lussemburgo e della Corte di Strasburgo.

Nel nostro ordinamento sono intervenute sul punto le Sezioni Unite che, con sentenza n. 16601 del 5 luglio 2017, hanno ammesso la delibabilità delle sentenze straniere che comminano danni punitivi tipici, in presenza di alcune condizioni che ne garantiscano la proporzionalità. La pronuncia in esame richiama una pluralità di norme che rispondono a logiche sanzionatorie, equitative o restitutorie, diverse dal meccanismo moltiplicatore dei "*punitive damages*". Dall'analisi svolta è emerso un panorama normativo disomogeneo. Si analizzano alcune di tali fattispecie al fine di verificare se esiste un rimedio suscettibile di applicazione generalizzata. Del resto, secondo

l'impostazione prevalente, i risarcimenti con funzione sanzionatoria devono essere sorretti da una intermediazione legislativa, essendo la prerogativa sanzionatoria attribuita allo Stato.

Si passa poi a verificare se il problema dell'allocazione del *surplus* di ricchezza derivante dall'illecito possa essere risolto attraverso i rimedi con funzione restitutoria. Conseguentemente, alcune riflessioni sono compiute in relazione all'azione di arricchimento senza causa di cui all'articolo 2041 c.c., nonché all'azione di retroversione degli utili, disciplinata dall'articolo 125 c.p.i., mediante la quale l'autore della condotta illecita può essere condannato a risarcire il danno e a restituire gli utili indebitamente realizzati. Oggetto di analisi è, pertanto, la natura sottesa alla suddetta azione, al fine di valutare la sua eventuale applicazione in altri settori dell'ordinamento, nonché al fine di verificare se rappresenti un rimedio autonomo o se debba essere inquadrato nell'ambito della responsabilità civile.

Infine, merita di essere menzionato il danno antitrust, al fine di illustrare la soluzione ivi individuata dal legislatore in un'ottica deterrente. Trattasi di un settore nel quale, a fronte dell'interscarsi di interessi pubblicistici (tutela della libera concorrenza sul mercato) e privatistici, alcuni ordinamenti ricorrono allo strumento dei danni punitivi, mentre in Europa è stata adottata la Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione Europea, recepita nel nostro ordinamento con il D.Lgs. 19 gennaio 2017, n. 3.

È interessante notare la risposta fornita dal legislatore, il quale ha cercato di incentivare il ricorso al rimedio risarcitorio, ma senza stravolgerne la funzione compensativa. Al tempo stesso, non sono stati espressamente previsti rimedi con funzione restitutoria, diversamente

da quanto accade ai sensi dell'articolo 125 c.p.i., probabilmente a fronte della distinta natura dei beni oggetto di tutela e dell'esigenza di approntare rimedi che rispondono a diverse logiche.

I CAPITOLO

L'AMMISSIBILITÀ DEI DANNI PUNITIVI NEL NOSTRO ORDINAMENTO

1. Introduzione: le nuove frontiere della responsabilità civile; 1.1 L'emersione del tema dei danni punitivi; 1.1.1 I danni punitivi negli ordinamenti di *common law*; 1.1.2 I danni punitivi nelle tradizioni di *civil law*: il caso di Germania, Francia e Spagna, Francia e Spagna; 1.1.3 I danni punitivi nel contesto euro-unitario; 1.2 L'evoluzione della funzione dell'articolo 2043 c.c.: dalla sanzione alla compensazione; 1.2.1 Alcune riflessioni della dottrina italiana in materia di danni punitivi; 1.2.2 L'evoluzione giurisprudenziale sul tema; 1.2.3 La pronuncia delle Sezioni Unite al vaglio della dottrina; 1.2.4 Esiste già un fondamento normativo per i danni punitivi?

1. Introduzione: le nuove frontiere della responsabilità civile

Come è stato autorevolmente sostenuto in dottrina il principio di indifferenza, volto a garantire un ristoro corrispondente al danno subito, mira a evitare indebite locupletazioni del danneggiato.¹ Il problema sorge allorché, nel tentativo di prevenire un arricchimento

¹ A PALMIERI, R. PARDOLESI, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità*, in *Foro Italiano*, n. 9, 2017, pp. 2630-2638

Nel contributo si legge: “[...] *Il principio dell'integrale riparazione del danno transita con tutti gli onori nelle motivazioni delle sentenze che si occupano di profili inerenti al quantum e va ad insediarsi anche nell'area del danno contrattuale. E continua nel tempo a godere di un indiscusso avallo giurisprudenziale [...]*”. È stato altresì evidenziato che l'integrale riparazione non ha copertura costituzionale ed è stata adottata per contrastare una curvatura afflittiva, con il rischio di ridurre, se non escludere del tutto il *quantum* dovuto al danneggiato. Tale principio, unitamente alla vocazione compensativa della responsabilità, è stato a lungo un ostacolo all'utilizzo del rimedio aquiliano come correttivo dei comportamenti umani. In questo contesto un risveglio della funzione sanzionatoria/deterrente della responsabilità consente un recupero in termini di effettività della tutela giurisdizionale. Nella parte conclusiva dello scritto si legge: “*Dare ingresso a un mosaico funzionale più complesso aiuta, sul piano della teoria dell'argomentazione, a rivisitare, con cadenze meno asfittiche di quelle imposte da dogmi che non hanno ragion d'essere, taluni avvitamenti dell'elaborazione in materia di illecito extracontrattuale. [...]*”.

indebito della vittima, si accetti il rischio che il danneggiante consegua un profitto.²

Nel nostro ordinamento, come nella maggior parte delle tradizioni giuridiche di *civil law*, la funzione compensativa della responsabilità aquiliana ha carattere dominante, precludendo l'assunzione di declinazioni sanzionatorie anche nei casi in cui il meccanismo differenziale non sia adeguatamente soddisfacente. Ed alla funzione è intrinsecamente connessa la quantificazione del danno da risarcire, oggetto di un vivo dibattito sia in dottrina, sia in giurisprudenza, anche alla luce delle suggestioni provenienti dal confronto con altri ordinamenti più inclini al riconoscimento di danni punitivi. Occorre conseguentemente analizzare il tema dei danni punitivi e verificare se ed in che modo, possa essere ritenuto un valido strumento di allocazione del *surplus* di ricchezza generato dall'illecito, tenuto conto delle posizioni assunte dagli interpreti in relazione alla funzione della responsabilità civile.

1.1 L'emersione del tema dei danni punitivi

Erroneamente si riconduce l'espressione "danni punitivi" alla locuzione anglosassone "*punitive damages*"; trattasi di una mera traduzione letterale non propriamente fedele al dato sostanziale. Per "*damages*" non deve invero intendersi il danno, ma il risarcimento con

² A titolo esemplificativo si possono richiamare le c.d. microviolazioni che ricorrono allorché il danno inferto è modesto e il danneggiato può anche rinunciare alla somma risarcita, inducendo il danneggiante a profittarne e a reiterare l'attività illecita anche nei confronti di altri soggetti. È evidente che in questi casi se il risarcimento dovuto è parametrato al danno non esplica alcuna efficacia dissuasiva.

G. SPOTO, *Risarcimento e sanzione*, Europa e Diritto Privato, fasc. 2, 1 giugno 2018, pp. 489 ss.

funzione punitiva.³ Si distingue tra danni punitivi in senso stretto, calcolati autonomamente rispetto ai danni compensativi, e danni punitivi in senso lato, liquidati sulla base di un certo multiplo dei danni compensativi.⁴

La *ratio* originariamente sottesa era la repressione di illeciti particolarmente gravi, sorretti da considerevole riprovevolezza e potenzialità lesiva dell'autore.⁵ A partire dalla seconda metà del Novecento si è fatto ricorso all'istituto in esame anche per le c.d. "*mass tort litigation*", ossia gli illeciti rivolti a un numero non predeterminato di vittime.⁶

Negli ultimi decenni si è registrato un fenomeno di contenimento dei risarcimenti sproporzionati comminati dalle Corti

³ Erroneamente si parla di danni punitivi. A bene vedere la corretta traduzione dell'espressione "*punitive damages*" è "risarcimenti punitivi", in quanto "*damage*" indica il danno, mentre "*damages*" i risarcimenti.

Vedi, tra gli altri, M. LA TORRE, *Un punto fermo sul problema dei "danni punitivi"*, in *Danno e responsabilità*, vol. 4, 2017, pp. 421-428

⁴ P. PETRELLI, *Verso i «danni punitivi»?*, in *Contratto e impresa*, vol. 4, 2017, p. 1188

L'autore precisa anche che gli ordinamenti di *common law* prevedono i *compensatory damages*, con funzione compensativa e i *punitive o exemplary damages*, comminati per punire condotte particolarmente gravi.

⁵ Una parte della dottrina fornisce una ricostruzione storica dell'istituto della responsabilità civile partendo dalle fonti romanistiche. Si richiama la *lex aquilia de damno* che imponeva, a tutela del diritto di proprietà, il pagamento di una somma di denaro e non l'assoggettamento ad una pena. I giuristi si soffermavano sulla clausola *condemnatoria* prevista dalla legge che consentiva di ottenere la somma necessaria per sostituire il bene nella sua materialità. Successivamente, con Giustiniano, si passa alla *aestimatio rei*, ossia alla possibilità di ottenere il valore del bene e una somma ulteriore volta a risarcire il *quantum* corrispondente al valore per il proprietario, anche tenuto conto delle utilità che avrebbe dovuto ricavare. Il quadro è stato poi completato all'età dei Severi con l'individuazione di alcuni assunti generali: la responsabilità per colpa, la sussistenza di una funzione mista, sanzionatoria e riparatoria, la quantificazione del danno alla luce del criterio dell'interesse del creditore. Il quadro delineato si desume dal Digesto ed è stato tenuto in considerazione dai giuristi francesi nel *code civil*. In epoca successiva, per il tramite di Baldo, Accursio, Bartolo, Azzone, Donello, si assiste ad un progressivo abbandono della funzione sanzionatoria, al fine di rendere autonoma la responsabilità civile.

G. ALPA, *La responsabilità civile*, II Edizione, Utet Giuridica, 2018, pp. 70-76

⁶ A. NERVI, *Danni punitivi e controllo sulla circolazione di ricchezza*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, vol. 1, 2016, p. 323

americane e una progressiva apertura da parte degli ordinamenti continentali verso fattispecie volte a sanzionare l'autore della condotta e non solo a risarcire il danneggiato.⁷

Nel nostro ordinamento, in sede di delibazione di sentenze suscettibili di recare condanne esemplari, sono emersi profili di incompatibilità strutturale e teleologica nel confronto con i paradigmi classici della responsabilità aquiliana. Sembra, conseguentemente, opportuno soffermarsi sulla diversa prospettiva esistente in materia negli ordinamenti di *common law* e nelle principali tradizioni giuridiche continentali.

1.1.1 I danni punitivi negli ordinamenti di *common law*

I risarcimenti esemplari hanno trovato terreno fertile negli ordinamenti di *common law*.⁸ Si può riflettere sulla ragione di tale diffusione. In particolare, si tratta di sistemi giuridici a basso tasso legislativo, nei quali ampia rilevanza assumono i principi di derivazione giurisprudenziale e può risultare più efficace l'adeguamento alle peculiarità del caso concreto e quindi anche la comminazione di risarcimenti ultra-compensativi.

Nelle tradizioni giuridiche continentali, al contrario, i paradigmi tradizionali della responsabilità civile fungono da ostacolo e si riconosce un margine di discrezionalità ridotto all'autorità giudiziaria.

⁷ G. PONZANELLI, *Le Sezioni Unite sui danni punitivi tra diritto internazionale privato e diritto interno*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 10, 2017, pp. 1413-1415

⁸ I danni punitivi sono prevalentemente previsti negli Stati Uniti, in Canada, Australia, Sud Africa, Nuova Zelanda, nonché in Inghilterra, Irlanda del nord e Galles. Si distingue tra sistema monistico, nel quale alla responsabilità civile è attribuito il ruolo di compensare la vittima e sistema dualistico, volto a compensare e sanzionare.

La sanzione è inoltre demandata al diritto penale, ispirato da logiche di tipicità.⁹

L'origine dei danni punitivi in Inghilterra risale al XVIII secolo e la *ratio* sottesa era l'inflizione di una pena esemplare al danneggiante e la deterrenza nei confronti della collettività in presenza di illeciti particolarmente gravi. Nel 1763, nel caso *Wilkes v. Wood*, la Corte ha sostenuto che i danni punitivi non solo ristorano la vittima, ma sono finalizzati alla sanzione per evitare la reiterazione della condotta illecita in futuro e per evidenziare la disapprovazione verso la stessa. Il sistema fungeva da completamento delle sanzioni penali.¹⁰ In linea generale i danni punitivi erano riconosciuti in caso di cattivo utilizzo del potere pubblicistico a danno della vittima o di comportamenti oppressivi da parte di un pubblico ufficiale.

Nel caso "*Rookes vs Barnard*" è stato poi sostenuto che possono essere comminati risarcimenti sanzionatori solo nelle ipotesi di forme di abuso da parte della pubblica amministrazione, di consistente profitto per il danneggiante, oppure in presenza di una specifica previsione normativa.¹¹ Nella suddetta pronuncia è stata in particolare evidenziata la distinzione tra *exemplary damages*, con funzione sanzionatoria e deterrente e *aggravated damages* rispondenti a logiche di tipo riparatorio.

⁹ Gli ordinamenti continentali hanno mostrato una certa ritrosia nel riconoscimento dei danni punitivi. Ad esempio in Germania, nel caso *Doe v. Eckhard Schmitz* la Corte tedesca ha ammesso solo la componente compensativa del risarcimento, con esclusione di quella sanzionatoria, ritenendo i danni punitivi una forma di interferenza del soggetto privato nel monopolio della sanzione riservato allo Stato. La giurisprudenza ha chiarito altresì che al limite possono estendersi fino a ricomprendere il risarcimento del danno non patrimoniale subito dalla vittima..

P. A. HOVERSTEN, *Punishment but Not a Penalty? Punitive Damages Are Impermissible Under Foreign Substantive Law*, in *Michigan Law Review*, Vol. 116:759, March 2018, 772

¹⁰ *Wilkes v. Wood* (1763) 98 Eng. Rep. 498, 499

¹¹ G. ALPA, *La responsabilità civile*, op. cit., pp. 67-68

In linea generale, al di fuori dei casi tipizzati, i danni punitivi sono una *estrema ratio*, alla quale si ricorre in assenza di altri rimedi volti a sanzionare e a fungere da deterrente.¹²

Il danno punitivo sembra invece opportuno in ogni caso in cui un soggetto si arricchisce ingiustificatamente “sulle spalle” della vittima, come nel caso della diffamazione a mezzo stampa allorché, ad esempio, la vendita delle riviste sia più vantaggiosa dell’eventuale danno da risarcire. Gran parte dei giuristi inglesi guardano, in ogni caso, con diffidenza i risarcimenti punitivi mediante i quali è irrogata una sanzione pecuniaria attraverso il processo civile e pertanto senza che siano rispettate le garanzie tipiche del processo penale.¹³

¹² In uno studio empirico in materia di danni punitivi comminati in UK sono emersi i seguenti fattori:

- i danni punitivi sono comminati nel 39.7% dei casi esaminati (riferiti ad un arco temporale di circa 15 anni);
- sono maggiormente frequenti nei casi in cui il profitto atteso sia superiore al *quantum* da risarcire, rispetto alle controversie connesse a forme di abuso di potere da parte di agenti pubblici;
- gli ambiti sono prevalentemente quelli dell’invasione del diritto di proprietà, illeciti economici (in prevalenza frodi nel settore assicurativo) e forme di abuso di potere;
- i danni punitivi comminati verso persone fisiche hanno più probabilità di successo di quelli avverso persone giuridiche o enti pubblici, nonostante in questi ultimi due casi siano superiori le relative entità;
- i casi esaminati dimostrano una correlazione tra *punitive damages* e *aggregated damages*.

Vedi J. GOUDKAMP, E. KATSAMPOUKA, *An Empirical Study of Punitive Damages*, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 38, No. 1 (2018), pp. 90–122

¹³ Degno di menzione è il caso (*John v. Mirror Group Newspapers Ltd.*, 1997, QB 586) di un editore che ha ritenuto più vantaggioso vendere una notizia non accertata, che risarcire la vittima della diffamazione, a fronte della sua notorietà. L’elemento psicologico che ha mosso l’agente è stato non solo la negligenza e l’imprudenza, ma anche la consapevolezza di diffondere informazioni non sicuramente veritiere e che l’eventuale danno da risarcire sarebbe stato una voce di costo da internalizzare. Parte della dottrina osserva che correttamente i giuristi inglesi limitano i casi in cui possono essere accordati i danni punitivi, stante la loro natura di sanzione sostanzialmente penale comminata nell’ambito di un processo civile. La sanzione compete unicamente allo Stato, nel rispetto del principio di legalità e possono al massimo essere concesse deroghe nel perseguimento di interessi costituzionali. La potestà punitiva può in questi casi essere esercitata nell’ambito del processo civile, con gli opportuni adeguamenti di tutela.

A. CIAN CAIMI, *I danni punitivi e quello che non vorremmo sentirci dire dalle corti di common law*, Contratto e impresa/Europa, 2017, p. 5

L'istituto è stato importato negli Stati Uniti, dove veniva originariamente applicato per gli illeciti dolosi nei casi di violazione della proprietà, dell'integrità fisica e di diffamazione. Successivamente l'ambito di operatività è stato esteso alla responsabilità del produttore, agli inadempimenti contrattuali commessi con mala fede, agli illeciti civili, ecc.

Giova precisare che ciascuno Stato ha discrezionalità in materia. Nonostante la diversità di approccio, sono stati individuati tre indici alla cui stregua esaminare i danni punitivi: l'elemento soggettivo, l'onere della prova, i fattori determinanti nella liquidazione del *quantum*. Quanto al primo profilo, si rileva che i danni punitivi presuppongono un atteggiamento doloso, con esclusione della possibilità che siano comminati per mera negligenza. Si osserva che alcuni Stati ammettono la colpa grave, ma allorché sia stata tale da lasciare intendere la totale indifferenza del danneggiante verso i diritti della parte lesa. Relativamente all'onere della prova, nelle controversie civilistiche l'attore deve dimostrare la c.d. "*preponderance of evidence*", ossia una ragionevole probabilità (oltre il 50%) che il danno sia causa della condotta del danneggiante. Ai fini del riconoscimento dei danni punitivi molti Stati richiedono la c.d. "*clear and convincing evidence*" a metà strada tra le controversie civili e quelle penali che richiedono la prova "oltre ogni ragionevole dubbio". Quanto al terzo elemento, la quantificazione è rimessa alla discrezionalità della giuria che procede alla luce di una pluralità di fattori che tengono conto delle condizioni del danneggiante e del danneggiato (in alcuni Stati sono oggetto di valutazione le condizioni economiche in cui versa la vittima).¹⁴ Le Corti individuano i presupposti per la concessione dei danni punitivi, mentre

¹⁴ C. VANLEENHOVE, *Punitive Damages in private international law*, Intersenia, 2016, p. 21-22

alla Giuria spetta la loro effettiva comminazione e l'individuazione del *quantum* alla luce di una serie di criteri quali la natura dell'illecito, le condizioni sociali del danneggiato, l'estensione del danno, ecc., fatti salvi i limiti previsti dai singoli stati e dalla Corte Suprema.¹⁵

Sotto il profilo funzionale il secondo *Restatement of Torts* definisce i danni punitivi come danni comminati per punire l'autore, per evitare che egli o altri commettano la medesima condotta in futuro. La funzione assolta dai *punitive damages* è deterrente e sanzionatoria.

Ricostruendo l'evoluzione dell'istituto si segnala che negli anni 60' si è registrata una espansione nel ricorso allo stesso, a fronte dell'individuazione di un numero sempre maggiore di fattispecie legittimanti e delle liquidazioni molto consistenti da parte delle giurie. Tale fenomeno ha instaurato un clima di terrore, soprattutto per le imprese.

A partire dagli anni 80' si è affacciata l'ipotesi della incostituzionalità per contrasto con il divieto di comminare pene sproporzionate e inusitate sancito dall'VIII Emendamento e con i principi della *due process of law*, di cui al XIV Emendamento.¹⁶ Alcuni

¹⁵ Giova sul punto richiamare quanto sostenuto nel 2001, nel caso *Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc.* con riferimento al ruolo della Giuria. In particolare, la Corte Suprema ha affermato che mentre i danni compensativi servono per ristorare la vittima, i danni punitivi possono essere considerati alla stregua di pene private volte a punire il danneggiante e a prevenire la reiterazione di condotte future. La quantificazione posta in essere dalla giuria non è altro che una determinazione di fatto, mentre la comminazione dei danni punitivi è una condanna morale. Poiché il danno compensativo si è esteso fino a ricomprendere il danno morale, i danni punitivi hanno assunto una curva sempre più sanzionatoria e sono divenuti per le giurie un facile strumento per esprimere indignazione sociale. Essendo la Giuria espressione della coscienza morale di quella Corte, non dovrebbe essere chiamata ad esprimersi con riferimento ad altri Stati.

Vedi P. A. HOVERSTEN, *Punishment but Not a Penalty? Punitive Damages Are Impermissible Under Foreign Substantive Law*, op. cit., pp. 766 ss.

¹⁶ Quando si parla di "*due process clause*" si fa riferimento alla correttezza sotto un profilo sostanziale e processuale. Quanto al primo aspetto, la *ratio* è circoscrivere la liquidazione di risarcimenti sproporzionati. La "*procedural due process clause*" garantisce che il calcolo avvenga in modo ragionevole. Nella

Stati hanno previsto la devoluzione di una parte dell'ammontare liquidato all'erario, altri hanno fissato un tetto massimo, altri ancora hanno ricondotto i danni punitivi ai danni compensativi. È stato però evidenziato il rischio di una eccessiva prevedibilità che avrebbe potuto condurre ad una internalizzazione nei costi di impresa, scaricando gli stessi sugli utenti finali.

Con la pronuncia del 26 giugno 1988, nel caso "*Browning-Ferris Industries of Vermont Inc. e altri, v. Kelco Disposal Inc. e altri*", la Corte Suprema ha poi analizzato il tema della legittimità costituzionale dei danni punitivi in relazione alla "*excessive fines clauses*" contenuta nell'VIII Emendamento della Costituzione Federale.¹⁷ La Corte giunge ad escludere che l'VIII Emendamento possa essere invocato per limitare i risarcimenti sproporzionati, essendo l'ambito di operatività limitato alle sanzioni penali.¹⁸

casistica, la Suprema Corte ha fatto prevalente applicazione di quest'ultima nella limitazione dei danni punitivi.

Per un approfondimento del tema vedi C. VANLEENHOVE, *Punitive Damages in private international law*, op. cit.

¹⁷ Per ulteriori approfondimenti vedi Corte Suprema degli Stati Uniti, pronuncia del 26 giugno 1988, nel caso "*Browning-Ferris Industries of Vermont Inc. e altro, c. Kelco Disposal Inc.*", con nota di M. S. ROMANO, *Danni punitivi ed eccesso di deterrenza: gli (incerti) argini costituzionali*, in Foro it. anno 1990, parte IV, col. 175

¹⁸ Si segnala la diversa tesi sostenuta da O'Connors, secondo cui la clausola relativa al divieto di applicazione di pene eccessive si sarebbe dovuta applicare anche ai danni punitivi. In particolare, sposando un approccio di natura funzionale, le garanzie offerte dalla clausola si sarebbero dovute estendere a qualsiasi sanzione che pur essendo formalmente civilistica, presentasse carattere afflittivo e perseguisse le medesime finalità delle sanzioni penali. Inoltre, i criteri di quantificazione utilizzati in via interpretativa per garantire la compatibilità con le garanzie offerte dall'VIII Emendamento avrebbero condotto a condanne adeguate e non eccessive. Il principio desumibile era pertanto quello della necessaria adeguatezza delle sanzioni, a prescindere da come fossero qualificate formalmente. È sorto quindi il problema di stabilire quando una condanna potesse dirsi eccessiva. In particolare è stata evidenziata l'esigenza di valutare l'adeguatezza tra severità della sanzione inflitta e gravità della condotta posta in essere, come implicitamente desumibile dal VIII Emendamento. In ogni caso tali criteri non avrebbero assicurerebbero il rispetto del principio di proporzionalità, anche tenuto conto dell'ampio margine di discrezionalità riconosciuto alle giurie in sede di liquidazione. Ricostruendo la *ratio* sottesa alla clausola (richiamando il capitolo 20 della *Magna Carta* e l'articolo 10 della dichiarazione dei diritti inglese) la *dissenting opinion* dimostra che l'ambito di

Solo nel 1996 la Suprema Corte¹⁹ ha preso posizione sulla incostituzionalità dei danni eccessivi sotto il profilo della *Due Process Clause*. In particolare, è stata evidenziata l'esigenza di valutare in concreto la ragionevolezza e la proporzionalità del danno punitivo, mostrando ritrosia per i meccanismi di calcolo basati sul danno compensativo. Secondo la Corte il giudizio deve essere condotto alla stregua di tre criteri: grado di riprovevolezza della condotta, rapporto proporzionale tra risarcimento compensativo e punitivo, valutazione delle sanzioni civili e penali applicate in fattispecie analoghe. In ogni caso il potere punitivo dello Stato può essere esercitato nei limiti della ragionevolezza costituzionale che esclude pene sproporzionate.²⁰

operatività non deve essere circoscritto alle sanzioni penali. Sono richiamate le figure di sanzioni pecuniarie riconosciute dal diritto inglese, tra le quali si segnala il c.d. "*amercement*" risalente al XII-XIII secolo, consistente nella condanna al pagamento di una somma di denaro al re o ad un suo delegato, a fronte di violazioni civili o penali e considerato come un antecedente storico dell'VIII Emendamento della Costituzione federale. I criteri di liquidazione erano ampiamente discrezionali e per cercare di arginare un abuso dello strumento è stato introdotto il cap. 20 della *Magna Carta*, che limitava le condanne eccessive, suscettibili di privare il destinatario di ogni forma di sussistenza. In epoca successiva agli "*amercement*" si sostituirono dapprima le *fines* (volte a sanzionare gli illeciti penali) e poi le multe e perse di significato il Capitolo 20 della *Magna Carta*. Entrò quindi in vigore l'articolo 10 della dichiarazione dei diritti inglese, al fine di richiedere la proporzionalità tra sanzione comminata e condotta posta in essere.

Vedi M. S. ROMANO, *Danni punitivi ed eccesso di deterrenza: gli (incerti) argini costituzionali*, op. cit.

¹⁹ US Supreme Court, *BMW Of North America Inc. V. Gore*, 517 U.S. 559

La controversia verteva sulla truffa subita da un automobilista, il quale citava in giudizio la casa automobilistica per aver venduto una vettura riverniciata come nuova. La Giuria, nella decisione sul fatto, aveva tenuto in considerazione la reiterazione della condotta da parte del danneggiante.

²⁰ In alcuni casi è stata prevista l'attribuzione di una quota ad agenzie nazionali preposte all'assolvimento di funzioni assistenziali. Si sostiene che la diffusione dei danni punitivi nell'ordinamento americano sia riconducibile alla presenza della giuria e all'elemento soggettivo. Nello specifico l'autore dell'illecito deve avere agito almeno con colpa grave. Inoltre una volta acclarata l'esistenza dei presupposti per opera dell'autorità giudiziaria, spetta alla giuria (la cui discrezionalità è stata ampiamente criticata) stabilire il *quantum*. In ogni caso è ormai consolidato l'orientamento della Suprema Corte degli Stati Uniti che reputa incostituzionali i danni punitivi largamente eccessivi, ossia sproporzionati rispetto alla condotta.

M. SCHIRRIPIA., *I danni punitivi nel panorama internazionale e nella situazione italiana: verso il loro riconoscimento?*, in www.comparazioneDirittocivile.it, marzo 2017

Con specifico riferimento al grado di riprovevolezza della condotta la Corte ha individuato cinque parametri di valutazione da seguire: l'aver causato un danno alla persona e non solo al patrimonio, l'aver dimostrato indifferenza verso la posizione soggettiva altrui, le condizioni economiche della vittima, la reiterazione della condotta, l'aver agito con dolo o inganno.

Nel caso "*State Farm Mutual Automobile Insurance Co. V. Campbell*" del 2003 la Corte ha poi precisato che i danni punitivi non possono essere superiori ad un decimo del danno compensativo, così fissando un tetto massimo per la giuria.

Merita inoltre di essere menzionata la pronuncia resa nel caso "*Philip Morris USA V. Williams*" nella quale la Suprema Corte ha affermato che la quantificazione dei danni punitivi deve avvenire alla stregua di criteri oggettivi, al fine di evitare forme di politica redistributiva o condizionamenti emotivi da parte delle giurie. Il parametro preso in considerazione è stato il XIV Emendamento e in particolare si è evidenziato il divieto di punire il convenuto, imponendogli di pagare una pena anche per chi non è parte del processo. La Corte ha escluso che il danneggiante possa essere condannato a pagare una somma calcolata applicando un moltiplicatore in relazione al numero di potenziali vittime dell'illecito.

Si segnala che una parte della dottrina si è soffermata sulla esigenza di escludere i danni punitivi comminati alla luce della legge sostanziale di un altro Stato, allorché agli stessi sia riconosciuta natura penale. È richiamato il caso "*Loucks v. Standard Oil Co. of New York*", nel quale è riconosciuta la natura penale quando la sanzione è devoluta allo Stato, nell'interesse della collettività, essendo l'obiettivo la vendetta sociale e non la compensazione della vittima. Se i danni

punitivi assumono le sembianze di una sanzione penale si esclude la possibilità di applicazione secondo la legge sostanziale di altro Stato, diversamente da quanto accade se agli stessi si riconosce natura civilistica. L'impostazione espressa nel suddetto precedente non sembra, tuttavia, porsi in linea di continuità con la concezione dei danni punitivi espressa nel caso "Cooper" (2001) allorché sono stati considerati come "quasi penali" a fronte della loro attitudine a sanzionare e a fungere da deterrente.²¹

Quanto premesso consente di considerare che i danni punitivi, ancorché espressamente previsti, tendono ad essere ridimensionati nel loro ammontare, invocando esigenze di proporzionalità ed al fine di evitare che un eccesso di "emotività" delle giurie possa divenire sistemico e incidere negativamente anche sull'attività di impresa. Naturalmente non possono essere trascurate le differenze ontologiche tra gli ordinamenti di *common law* e quelli di *civil law*, ma un minimo comun denominatore può essere individuato nelle funzioni sanzionatoria e deterrente assolute dai danni punitivi, siano essi espressamente tipizzati, ovvero applicati dalle giurie. Inoltre, un punto fermo sembra essere altresì il necessario rispetto del principio di proporzionalità volto a frenare la comminazione di risarcimenti

²¹ Di fronte alla c.d. "eccezione penale" sono state proposte tre soluzioni. In primo luogo, considerando che quasi tutti gli Stati contemplano i danni punitivi negli Stati Uniti, si può rimanere indifferenti al tema della applicazione degli stessi secondo la legge di uno stato diverso. Le corti potrebbero aggirare il problema della natura penalistica dividendo i temi e applicando agli stessi leggi diverse. Applicando la propria normativa al tema dei danni punitivi si supera il problema della natura penalistica. Si parla in questo caso di "dépeçage". Tale soluzione tende solo ad aggirare il problema senza risolverlo. La seconda soluzione potrebbe essere applicare la legge più favorevole al reo. Detto approccio risulta più difficilmente sostenibile in linea di principio. Infine, l'ultima opzione è escludere l'applicazione dei danni punitivi comminati secondo una legge sostanziale di altro stato.

P. A. HOVERSTEN, *Punishment but Not a Penalty? Punitive Damages Are Impermissible Under Foreign Substantive Law*, op. cit., pp. 759 ss.

esorbitanti.²² Rileva, in ogni caso, il contesto nel quale tale rimedio ha attecchito, ossia un sistema giuridico che affida al precedente giurisprudenziale anche una funzione normativa e pertanto il rimedio risponde altresì ad una *ratio* di redistribuzione sociale.

1.1.2 I danni punitivi nelle tradizioni di *civil law*: il caso di Germania, Francia e Spagna

In Europa si registra un'evoluzione favorevole alla ammissibilità della funzione sanzionatoria della responsabilità civile.

In Francia, sia in ambito contrattuale, sia in ambito extracontrattuale, domina il principio della integrale riparazione, secondo il quale occorre avere riguardo unicamente al danno subito dal danneggiato. Tale principio non ha un referente normativo all'interno del codice civile francese e pertanto il fondamento è di natura pretoria, ma la giurisprudenza della *Cour de cassation* vi si attiene, censurando quelle pronunce in cui il calcolo sia avvenuto sulla base di criteri diversi. Giova considerare che l'integrale riparazione preclude la possibilità che si riconoscano risarcimenti sanzionatori mediante i quali il danneggiato ottiene oltre al risarcimento compensativo una somma a titolo di sanzione, nonché risarcimenti restitutori, attraverso i quali il danneggiante deve restituire il profitto illecitamente realizzato

²² È stato osservato che tra i fattori che hanno portato alla esclusione dei danni punitivi nelle tradizioni giuridiche di *civil law* rientra sicuramente la funzione unicamente compensativa della responsabilità. L'idea che la responsabilità possa svolgere una funzione sanzionatoria ulteriore rispetto a quella tipicamente riparatoria è parte del dibattito in corso tra le diverse tradizioni giuridiche continentali. Un altro fattore può essere rinvenuto nella rigida bipartizione tra diritto pubblico e diritto privato. Il terzo argomento è poi il ruolo rivestito dalle autorità pubbliche. Nell'ordinamento americano non mancano ipotesi di giustizia privata, totalmente assenti negli ordinamenti di *civil law*. Esistono poi alcuni meccanismi procedurali che facilitano le controversie (*class action*, ecc.)

R. C. MEURKENS, *Punitive Damages*, Kluwer 2014, pp. 204-206

mediante la condotta. Il compito di sanzionare è affidato al diritto penale o ad alcuni rimedi civilistici inquadrabili nell'ambito delle pene private - come ad esempio le *astreintes* -. È stato osservato che nonostante tale apparente chiarezza, esistono diverse fattispecie che mettono in discussione tale dicotomia. In particolare, si richiamano le ipotesi in cui la quantificazione è disancorata dal pregiudizio subito: i danni moratori, le ipotesi di liquidazione forfettaria, ecc.. Si richiama poi il codice della proprietà intellettuale francese ai sensi del quale l'autore della contraffazione sarà tenuto al pagamento di una somma che tiene conto del profitto illecitamente realizzato. Ciò rende il dibattito sulla ammissibilità dei danni punitivi ancora attuale. Con una importante pronuncia resa nel 2010 la *Cour de Cassation* ha ammesso la delibazione di una sentenza straniera con la quale venivano comminati danni punitivi, escludendo il contrasto con l'ordine pubblico internazionale. È stato sostenuto che il principio della integrale riparazione non rileva ai fini dell'ordine pubblico internazionale. Il limite individuato dalla Corte è la sproporzione del risarcimento liquidato avuto riguardo all'inadempimento contrattuale e al pregiudizio recato.²³ Al riguardo, è stato osservato che il parametro del pregiudizio subito rischia di snaturare la natura punitiva del risarcimento. L'ordinamento francese sembra in ogni caso essere distante dalla possibilità di accordare risarcimenti con funzione punitiva. A fronte di chi sostiene l'incompatibilità con l'ordine pubblico internazionale, la *Cour de Cassation* nel 2010²⁴ ha dimostrato una maggiore apertura, subordinando la delibazione di una sentenza

²³ G.C. CLOAREC, *Lo stato dell'arte del risarcimento punitivo nel diritto francese*, in *Contratto e impresa/Europa* 2017, pp. 12-27

È stato correttamente osservato che, a differenza della giurisprudenza italiana, non si richiede la tipicità nell'ordinamento di provenienza.

²⁴ *Cour de Cassation*, 1/12/2010 n. 90-13303

americana che comminava danni punitivi, al principio di proporzionalità.²⁵

La questione in ordine alla ammissibilità si inserisce in un contesto normativo nel quale non è “un’intrusa” la funzione sanzionatoria e deterrente della responsabilità civile.²⁶ Si richiama non soltanto la clausola penale, ma anche l’istituto dell’*astreinte*, forma di coercizione indiretta contemplata anche nel nostro ordinamento. Ne consegue che il dibattito lungi dell’essere sopito. Un progetto di riforma della responsabilità civile ha proposto invece l’applicazione generalizzata dell’*amende civile*. Tale istituto esiste già in materia di intese restrittive della concorrenza e consente al giudice civile di condannare l’autore della violazione alla restituzione del profitto illecito moltiplicato per un dato coefficiente. Il presupposto è la sussistenza di una condotta lucrativa e deliberativa e l’ambito di operatività è circoscritto alla responsabilità extracontrattuale. La somma è devoluta al Tesoro ed è previsto un tetto massimo allorché sia rivolta alle persone giuridiche. Tale soluzione appare un compromesso volto a risolvere il problema delle inefficienze dei risarcimenti unicamente compensativi.²⁷

²⁵ M. SCHIRRIPA, *I danni punitivi nel panorama internazionale e nella situazione italiana: verso il loro riconoscimento?*, op. cit.

²⁶ Merita, inoltre, di essere menzionato il progetto di riforma “*Avant-Projet du réformé du droit des obligations*” proposto dal Professor Catala al fine di riformare il diritto delle obbligazioni (contrattuali ed extracontrattuali). Si tratta di una proposta legislativa che non è divenuta legge, ma che ha contribuito ad alimentare il dibattito relativo alla funzione sanzionatoria della responsabilità civile. Nel contesto della proposta di modifica dell’articolo 1371 del *Code Civil* il giudice può condannare l’autore della condotta illecita al pagamento di una somma di denaro a titolo di danno punitivo, da devolvere al tesoro e ben distinto dalla componente compensativa riconosciuta alla vittima. Tale somma non è assicurabile. Il presupposto di operatività è la sussistenza di una condotta lucrativa.

R. C. MEURKENS, *Punitive Damages*, Wolters Kluwer, 2014, pp. 322 ss.

²⁷ La suddetta generalizzazione è stata oggetto di critica, in considerazione dello scontro con il principio di tipicità. Inoltre sorgono problemi di coordinamento con le sanzioni penali e con quelle amministrative eventualmente comminate per la medesima pronuncia. Appaiono poi estranee al diritto civile le categorie della finalità

Anche l'esperienza tedesca sembra mostrare un'oscillazione tra coloro che si dimostrano aperti al riconoscimento di una funzione sanzionatoria alla responsabilità extracontrattuale e coloro che al contrario manifestano ritrosia. L'ostacolo è sempre stato la contrarietà con l'ordine pubblico e con il divieto di arricchimento ingiustificato del danneggiato. Celebre è stato il caso in cui nel 1992 la Corte tedesca ha escluso la delibazione di una pronuncia americana che comminava i danni punitivi, ritenendola contrastante con l'ordine pubblico, essendo il sistema della responsabilità civile ispirato alla riparazione e non all'arricchimento del danneggiato. Secondo la giurisprudenza, la prerogativa punitiva è dello Stato e non anche dei cittadini privati. Si invocano altresì il principio di proporzionalità, applicabile nel settore civile e in quello penale, nonché il principio di eguaglianza a fronte delle disparità di trattamento fra creditori tedeschi, ai quali non si riconosce il risarcimento ultra-compensativo e creditori stranieri.²⁸ Si evidenzia, tuttavia, che dinanzi la necessità di tutelare vittime di discriminazione, violazioni dei diritti della persona o delle norme in tema di proprietà intellettuale, la giurisprudenza ha dimostrato una maggiore apertura.²⁹

In una pronuncia recente la giurisprudenza tedesca ha ammesso la delibazione di una condanna ai sensi dell'articolo 96, comma 3, c.p.c. italiano escludendo il contrasto con l'ordine pubblico sostanziale e processuale.³⁰ Sul punto si osserva che non necessariamente l'articolo 96, comma 3, c.p.c. debba essere qualificato come danno punitivo e che,

lucrativa e di quella deliberativa, quest'ultima difficilmente individuabile per le persone giuridiche.

G.C. CLOAREC, *Lo stato dell'arte del risarcimento punitivo nel diritto francese*, op. cit.

²⁸ P. FAVA, *La responsabilità civile*, II ed., Giuffrè editore, 2018, p. 247

²⁹ F. BENATTI, *Correggere e punire dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, Milano, Giuffrè Editore, 2008, p. 130

³⁰ BGH, 22.06.2017 - IX ZB 61/16

conseguentemente, la pronuncia tedesca non sembrerebbe scardinare i propri dogmi.

L'ordinamento spagnolo, al pari di quello italiano, è ispirato al principio della integrale riparazione del danno. Il risarcimento è concepito in funzione compensativa. Gli interpreti hanno affrontato il tema del trapianto dei danni punitivi, sia in occasione dell'esecuzione di sentenze straniere che li comminavano, sia attraverso il danno morale.

Esistono poi alcune forme mascherate in cui al danneggiato può essere attribuito un *quantum* ultra-compensativo. Si pensi, a titolo esemplificativo, all'articolo 9.3 della Legge n. 1/1982 in materia di tutela dell'onore, il quale dispone un danno morale presunto, la cui quantificazione è connessa a parametri quali la gravità dell'offesa, la rilevanza del mezzo di diffusione, ecc..

Secondo parte della dottrina, la presunzione di danno morale assolve una finalità punitiva, potendo essere riconosciuto anche in assenza di un danno patrimoniale. La dottrina spagnola ha osservato che il danno morale cela un danno punitivo, sia sotto il profilo della sua quantificazione "arbitraria", sia perché spesso consente di dare ingresso a forme di danni sostanzialmente punitivi.³¹

Tra le forme di danno punitivo mascherato è annoverato da alcuni autori l'indennizzo coercitivo di cui all'articolo 44 della *Ley de Marcas* (7 dicembre 2001, n. 17) che prevede un indennizzo da corrispondere per ogni giorno di violazione.

Le sentenze straniere che comminano danni punitivi potranno invece essere eseguite, sempre che non siano esorbitanti, per non

³¹ L. DÍEZ PICAZO, *Derecho de danos*, Civitas, Madrid, 1999, p. 324 richiamato da M. I. FELIU REI, *La silenziosa "civilización" dei danni punitivi in Spagna*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2017

incorrere nel contrasto con l'ordine pubblico internazionale spagnolo.³² Nel 2001 il Tribunale Supremo Spagnolo ha escluso il contrasto con l'ordine pubblico a condizione che sia rispettato il principio di proporzionalità.³³

Sulla base di quanto premesso, sussistono due ordini di motivi principali che precludono l'ingresso dei danni punitivi negli ordinamenti continentali. Il primo è rappresentato dal contrasto con l'ordine pubblico, sull'assunto secondo il quale la responsabilità civile assolve una funzione compensativa. Il secondo, invece, è connesso all'esigenza di evitare quantificazioni arbitrarie e sproporzionate. Si osserva che i due ostacoli operano su piani diversi, ma interdipendenti: il primo attiene la funzione assoluta dal rimedio, il secondo le modalità di quantificazione. Il dogma della funzione sembra essere stato superato, ma rimane il tema della quantificazione. Si osserva altresì che in detti ordinamenti la sanzione è prerogativa dello Stato e difficilmente potrà trovare spazio un sistema che attribuisce all'autorità giudiziaria un eccessivo margine di discrezionalità.

1.1.3 I danni punitivi nel contesto euro-unitario

Nel contesto Euro-Unitario, il Regolamento 864/2007 dell'11 luglio 2007 in materia di obbligazioni extracontrattuali, esclude il risarcimento di danni "*aventi carattere esemplare o punitivo di natura eccessiva*". Ad essere escluso è il *quantum* di natura eccessiva, sproporzionato e non quello punitivo in sé.

³² M. I. FELIU REI, *La silenziosa "civilización" dei danni punitivi in Spagna*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2017, p. 40

³³ P. FAVA, *La responsabilità civile*, op. cit., p. 248

L'articolo 18 della Direttiva 2006/54 recita: “*Gli Stati membri introducono nei rispettivi ordinamenti giuridici nazionali le misure necessarie per garantire, per il danno subito da una persona lesa a causa di una discriminazione fondata sul sesso, un indennizzo o una riparazione reali ed effettivi, da essi stessi stabiliti in modo tale da essere dissuasivi e proporzionati al danno subito. Tale indennizzo o riparazione non può avere un massimale stabilito a priori, fatti salvi i casi in cui il datore di lavoro può dimostrare che l'unico danno subito dall'aspirante a seguito di una discriminazione ai sensi della presente direttiva è costituito dal rifiuto di prendere in considerazione la sua domanda*”.³⁴ Secondo la Corte di Giustizia la norma deve essere interpretata nel senso che la violazione dei principi di pari opportunità tra uomini e donne in materia di occupazione deve essere sanzionata in modo da garantire un risarcimento che copra integralmente il danno. È rimesso agli Stati membri il compito di individuare rimedi sufficientemente dissuasivi, per tali intendendosi quelli adeguati, non necessariamente punitivi.³⁵ La giurisprudenza comunitaria dimostra un atteggiamento tollerante nei confronti del risarcimento punitivo, ferma restando l'esclusione di automatismi tra integralità/effettività e sanzione, dal momento che il concetto di integralità del danno può risultare fuorviante.

In una recente pronuncia la Corte di Giustizia ha chiarito che la Direttiva 2004/48/CE non può essere interpretata come un divieto alla introduzione di danni punitivi per la violazione dei diritti di proprietà

³⁴ Direttiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 5 luglio 2006 riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego

³⁵ M. MANFRON, *La riparazione dissuasiva non impone i danni punitivi (e nemmeno la deterrenza)*, in *Danno e responsabilità*, vol. 6, 2016, pp. 583-590

industriale.³⁶ In particolare, è affermata la compatibilità tra un'ipotesi di risarcimento multiplo e il Diritto dell'Unione. È stato evidenziato che la legislazione polacca, nel prevedere che in caso di violazione delle norme sulla proprietà intellettuale possa essere concesso un risarcimento pari al doppio di quanto spettante per l'utilizzo dello stesso, non si pone in contrasto con l'articolo 13 della Direttiva c.d. *Enforcement* che, nel richiedere uno *standard* minimo di tutela non impedisce agli Stati di accordare una tutela rafforzata. Inoltre, secondo la Corte, l'inesistenza di un obbligo di introdurre risarcimenti punitivi, di cui al considerando 26 della Direttiva in esame, non deve essere interpretata come un divieto. È interessante notare che secondo la giurisprudenza europea la somma pari al doppio del presunto canone pagato per l'utilizzo del diritto leso non necessariamente assume una curva sanzionatoria, ben potendo essere inferiore rispetto a quanto spettante al danneggiato. Nel caso in cui invece sussista una evidente sproporzione tra il danno subito e l'eventuale risarcimento multiplo si può configurare una ipotesi di abuso del diritto.

Si segnala, inoltre, che il giudice rimettente chiede alla Corte di pronunciarsi sulla compatibilità tra il diritto europeo e il risarcimento forfettario e la Corte afferma che tale modalità di liquidazione è in linea con l'esigenza di evitare che difficoltà probatorie possano pregiudicare il danneggiato. Del resto, il danno forfettario è ontologicamente non esattamente proporzionale al danno concretamente subito.³⁷

Ne consegue il riconoscimento di un discreto margine di discrezionalità agli Stati Membri sul punto, ferma restando l'esigenza di evitare forme di sproporzione.

³⁶ Corte giustizia Unione Europea Sez. V, 25/01/2017, n. 367/15-Stowarzyszenie "Olawska Telewizja Kablowa" c. Stowarzyszenie Filmowców Polskich.

³⁷ A. CHIABOTTO, *Risarcimento del danno da contraffazione*, in *Giurisprudenza Italiana* - Agosto/Settembre 2017, pp. 1873-1875

1.2 L'evoluzione della funzione dell'articolo 2043 c.c.: dalla sanzione alla compensazione

L'analisi del tema dei danni punitivi nel nostro ordinamento presuppone una breve introduzione sulla funzione del rimedio aquiliano.³⁸

Nel codice del 1865 l'illecito civile era concepito come un surrogato di quello penale e ne mutuava la funzione sanzionatoria, nonché le regole di accertamento dell'elemento soggettivo, dell'imputabilità e del nesso di causalità.³⁹ Si valutava l'ingiustizia del "fatto" doloso o colposo e la fonte dell'obbligo risarcitorio era la lesione di un diritto tutelato *erga omnes* da norme primarie. I corollari di questa impostazione erano due: la tipicità dei danni risarcibili, l'applicazione delle regole penalistiche di accertamento degli elementi costitutivi dell'illecito (stante la medesima funzione assoluta).⁴⁰

Con il codice del 1942 e con la successiva evoluzione giurisprudenziale muta la prospettiva.⁴¹ L'articolo 2043 c.c. punisce

³⁸ A ben vedere l'istituto tanto controverso non era estraneo al diritto romano. La *Lex Aquilia* conteneva invero tre capi: il primo dedicato al delitto di uccisione dello schiavo altrui, punito con il pagamento di una somma corrispondente al massimo valore del servo, stimato nell'ultimo anno; il secondo riferito al danno cagionato dall'*adstipulator*, creditore sopravvenuto; il terzo capo relativo invece al delitto di ferimento del servo altrui, o di danneggiamento di cosa altrui, condannato al pagamento del massimo valore conseguito nei trenta giorni precedenti il fatto illecito. Orbene nel primo e nel terzo caso, si duplicava l'ammontare complessivo del risarcimento dovuto allorché il convenuto, nell'esercizio del suo diritto di difesa, contestando il fatto, avesse costretto l'attore a fornire la relativa prova.

³⁹ Ai sensi dell'articolo 1151, R.D. 25 giugno 1865, n. 2358: "*Qualunque fatto dell'uomo che arreca danno ad altri, obbliga quello per colpa del quale è avvenuto a risarcire il danno*".

⁴⁰ G. CHINE', A. ZOPPINI, M. FRATINI, *Manuale di diritto civile, I manuali superiori diretti da Guido Alpa e Roberto Garofoli*, V ed., Nel diritto editore, 2015, p. 2040

⁴¹ Nella relazione di accompagnamento al Codice Civile si legge espressamente, nella sezione dedicata ai fatti illeciti, che fonte di responsabilità sono quei comportamenti dell'uomo, nel rapporto con altre persone o cose, contrastanti con

qualunque fatto doloso o colposo che arreca ad altri un *danno ingiusto*. L'ingiustizia non è più parametrata sul fatto, ma sul danno e non rileva la qualificazione giuridica della posizione soggettiva compromessa, essendo la tutela risarcitoria ammessa in presenza della lesione di un qualunque interesse giuridicamente rilevante. Entra in gioco la prospettiva vittimologica volta a traslare il costo economico dell'illecito e non più a neutralizzare la condotta.⁴²

Tra le principali pronunce che hanno favorito il superamento della rigida tipicità dell'illecito civile, possono essere menzionate la sentenza "Meroni"⁴³ che ha ammesso il risarcimento nel caso di lesione dei diritti di credito e successivamente la sentenza 500/99 che ha esteso la tutela aquiliana agli interessi legittimi. Secondo le Sezioni Unite l'articolo 2043 c.c. è una clausola generale che riconosce al danneggiato la possibilità di richiedere il risarcimento di qualunque fatto *non iure*, lesivo di interessi giuridicamente rilevanti.⁴⁴ La norma ha natura

il principio generale che impone ai singoli di non cagionare danni agli altri. Affinché sorga tale responsabilità è necessario che sussista un danno ingiusto che sia conseguenza del fatto doloso o colposo. Si precisa quindi che la condotta attiva o omissiva deve essere imputabile, dolosa o colposa, e deve essere posta in essere in violazione della sfera giuridica altrui.

⁴² Parte della dottrina analizza il principio della integrale riparazione e la funzione riparatoria della responsabilità civile. Evidenzia, in particolare, che alla funzione riparatoria si sovrappongono (o coesistono con essa) la funzione deterrente, la funzione sanzionatoria, la funzione di riequilibrio patrimoniale (presente nella retroversione degli utili). Diverse sono le applicazioni pratiche connesse alla suddetta polifunzionalità della responsabilità civile. In particolare si richiama la disciplina sul ritardo dei pagamenti nelle transazioni commerciali, la legge sul diritto d'autore, la responsabilità processuale aggravata e, in generale, tutti i casi in cui possono essere rintracciate funzioni ulteriori rispetto a quella meramente compensativa.

V. CARBONE, F. CARINGELLA, *I principi del diritto civile*, Dike Giuridica Editrice, 2016, pp. 114 ss.

⁴³ Cass., Sez. Un., sentenza 26 gennaio 1971, n. 174

⁴⁴Cass., Sez. Un., sentenza 22 luglio 1999, n. 500: "*La normativa sulla responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c. ha la funzione di consentire il risarcimento del danno ingiusto, intendendosi come tale il danno arrecato non iure, il danno, cioè, inferto in assenza di una causa giustificativa, che si risolve nella lesione di un interesse rilevante per l'ordinamento, a prescindere dalla sua qualificazione formale, ed, in particolare, senza che assuma rilievo la qualificazione dello stesso in termini di diritto soggettivo. Peraltro, avuto riguardo al carattere atipico del fatto illecito delineato dall'art. 2043 c.c., non è possibile individuare in via preventiva gli interessi*

prescrittiva, non punisce la violazione di una norma penale primaria, ma acquista dignità autonoma. Occorre verificare la sussistenza del danno-evento, consistente nella lesione dell'interesse meritevole di tutela e del danno-conseguenza, ossia delle conseguenze patrimoniali e non patrimoniali cagionate dall'illecito. La giurisprudenza ha più volte ribadito l'imprescindibilità di entrambe le voci di danno che concorrono a caratterizzare la struttura dell'articolo 2043 c.c., ripudiando ipotesi di danno *in re ipsa*. Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno, ad esempio, escluso la risarcibilità del danno da morte immediata c.d. "tanatologico", essendo necessario non solo accertare la lesione dell'interesse giuridicamente rilevante (danno evento), ma anche il danno-conseguenza espressamente richiamato dal combinato disposto degli articoli 1223 e 2056 c.c.⁴⁵ Tale argomento è strettamente connesso al fatto che il rimedio aquiliano non assolve una funzione sanzionatoria

meritevoli di tutela: spetta, pertanto, al giudice, attraverso un giudizio di comparazione tra gli interessi in conflitto, accertare se, e con quale intensità, l'ordinamento appresta tutela risarcitoria all'interesse del danneggiato, ovvero comunque lo prende in considerazione sotto altri profili, manifestando, in tal modo, una esigenza di protezione. Ne consegue che anche la lesione di un interesse legittimo, al pari di quella di un diritto soggettivo o di altro interesse giuridicamente rilevante, può essere fonte di responsabilità aquiliana, e, quindi, dar luogo a risarcimento del danno ingiusto, a condizione che risulti danneggiato, per effetto dell'attività illegittima della p.a., l'interesse al bene della vita al quale il primo si correla, e che detto interesse risulti meritevole di tutela alla stregua del diritto positivo".

Fonte della massima: *Giust. civ. Mass. 1999, 2045*, in Banca dati *Dejure*

⁴⁵ Cass., Sez. Un., 22 luglio 2015, n. 15350: "Il momento centrale del sistema della responsabilità civile è rappresentato dal danno, inteso come perdita cagionata dalla lesione di una situazione giuridica soggettiva. E poiché una perdita, per rappresentare un danno risarcibile, è necessario che sia rapportata a un soggetto legittimato a far valere il credito risarcitorio, nel caso di morte verificatasi immediatamente o dopo brevissimo tempo dalle lesioni personali, l'irrisarcibilità deriva (non dalla natura personalissima del diritto leso, poiché ciò di cui si discute è il credito risarcitorio, certamente trasmissibile) dall'assenza di un soggetto al quale sia collegabile, nel momento in cui si verifica, la perdita stessa e nel cui patrimonio possa essere acquisito il relativo credito, ovvero dalla mancanza di utilità, a tal fine, di uno spazio di vita brevissimo".

Fonte della massima: *Guida al diritto 2015, 33, 14*, in Banca dati *Dejure*

e pertanto è necessario che sia lesa un interesse meritevole di tutela e che da ciò siano scaturite delle conseguenze risarcibili.⁴⁶

Merita poi di essere menzionata l'evoluzione giurisprudenziale sull'articolo 2059 c.c. che ammette la compensazione delle conseguenze pregiudizievoli sulla sfera morale dell'individuo. Un consolidato filone dottrinale rinviene nella suddetta disposizione il referente normativo per il riconoscimento di una funzione sanzionatoria della responsabilità civile. Il percorso ermeneutico sulla atipicità relativa dell'articolo 2059 c.c. dimostra la tendenza al riconoscimento del risarcimento del danno in senso lato, in presenza di una lesione di interessi ritenuti costituzionalmente rilevanti.⁴⁷ È spesso invocato un argomento letterale rinvenibile nella relazione di accompagnamento al codice, nella quale si legge: “[...] l'offesa all'ordine giuridico è più

⁴⁶ Una parte della dottrina osserva che proprio nella esclusione del risarcimento del danno da morte la giurisprudenza ha messo da parte il suo essere “*law in action*” e ha accordato prevalenza alla dimensione più conservatrice, senza riuscire a ripristinare l'ordine delle cose. L'orientamento prevalente ritiene che devolvere un eccessivo margine di discrezionalità al giudice sia rischioso, nonché pregiudizievole nell'ottica della certezza del diritto, ma non anche in quella della giustizia sostanziale. Ormai da tempo è enfatizzata la centralità del ruolo della giurisprudenza, chiamata a colmare le lacune normative e a scardinare antichi dogmi sulla base della trasversale interferenza del diritto euro-unitario.

R. PARDOLESI, R. SIMONE, *Danno da morte e stare decisis: la versione di Bartleby*, op. cit., p. 906

⁴⁷ Secondo la giurisprudenza di legittimità occorre in ogni caso evitare duplicazioni risarcitorie ed escludere che mere aspettative individuali possano assurgere a diritti fondamentali ascrivibili al catalogo aperto dell'articolo 2 Cost., testimoniano l'esigenza di circoscrivere l'area della risarcibilità.

Vedi Sentenze Gemelle, Cass. nn. 26972, 26973, 26974, 26956/2008: “*In virtù di una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., unica norma disciplinante il risarcimento del danno non patrimoniale, la tutela risarcitoria di questo danno è data, oltre che nei casi determinati dalla legge, solo nel caso di lesione di specifici diritti inviolabili della persona, e cioè in presenza di una ingiustizia costituzionalmente qualificata; il suo risarcimento postula la verifica della sussistenza degli elementi nei quali si articola l'illecito civile extracontrattuale definito dall'art. 2043 c.c.*”

Fonte della massima: Riv. dir. comm. 2009, 4-5-6, II, 43, in Banca dati *Dejure*

*intensa e maggiormente sentito è il bisogno di una più energica repressione anche con finalità preventiva”.*⁴⁸

Salvo si intenda accogliere tale impostazione, nella nuova prospettiva delineata dal codice del 42' non sembra intravedersi una funzione sanzionatoria nell'articolo 2043 c.c. Le voci risarcibili, per effetto del combinato disposto degli articoli 2056 e 1223 c.c., sono il danno emergente e il lucro cessante, calcolati alla luce delle conseguenze subite dal danneggiato. Riconoscere anche una funzione sanzionatoria significa punire indipendentemente da qualsiasi considerazione in ordine alla quantificazione delle conseguenze dirette e immediate del fatto doloso o colposo. Il risarcimento punitivo può addirittura arrecare un danno al danneggiante.⁴⁹ Tale impostazione ha da sempre precluso il trapianto dei danni punitivi nel nostro ordinamento.

Si osserva sul punto che il dibattito verte sulla ammissibilità di una funzione sanzionatoria e/o deterrente che si affianca a quella propriamente compensativa per disciplinare l'allocazione del costo sociale.⁵⁰ Secondo parte della giurisprudenza di legittimità al rimedio

⁴⁸ Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942

⁴⁹ S. LANDINI, *La condanna a danni punitivi tra penale e civile: la questione rimane attuale*, Diritto Penale e Processo, vol. 2, 2017, p. 263

⁵⁰ Secondo parte della dottrina la responsabilità civile assolve quattro principali funzioni: compensare il danneggiato, ripristinare lo *status quo ante*, punire il danneggiante e inibire condotte analoghe per altri soggetti. Possono essere considerati effetti economici della responsabilità la distribuzione delle perdite dal danneggiato al danneggiante e l'allocazione dei costi. Quest'ultima dipende dai costi connessi all'assunzione del rischio, siano essi i costi delle misure preventive o quelli legati al risarcimento stesso. Gerarchicamente la prevalenza di una funzione, piuttosto che di un'altra, dipende dal contesto storico di riferimento. È stato, in ogni caso, evidenziato che il ripristino dello *status quo ante* è inquadrabile in un modello astrattamente razionale, ma in concreto difficilmente attuabile perché il depauperamento non è reversibile, pur essendo "compensabile". L'autore ritiene inoltre superata la funzione connessa al potere punitivo dello Stato, anche alla luce dell'attuale impianto della responsabilità civile. Ne consegue che la responsabilità tenderebbe a compensare e a fungere da deterrente. A ben vedere, gli effetti economici della responsabilità attribuiscono al danno una dimensione sociale. Il legislatore non mira solo ad individuare i presupposti della responsabilità, ma anche a ripartire i costi

risarcitorio spetta l'obiettivo primario di ristorare il pregiudizio subito, ma non si escludono altre funzioni eterogenee quali la deterrenza e la sanzione.⁵¹ Il rischio di dover adempiere all'obbligo risarcitorio inibisce la reiterazione di condotte analoghe, ma l'obiettivo di *optimal deterrence* è raggiunto solo se il *quantum* dovuto supera il profitto atteso.⁵² Nonostante la principale funzione assolta dall'articolo 2043 c.c. sia compensativa, la deterrenza e la sanzione non sembrano estranee al settore della responsabilità aquiliana. C'è anche chi teme che un rigido ancoraggio agli schemi tradizionali della funzione riparatoria possa comportare una c.d. *reverse discrimination*.⁵³

Si segnala sul punto che una delle logiche sottese alla sussistenza di una funzione riparatoria è il divieto di spostamenti patrimoniali ingiustificati. In tal senso, il risarcimento comminato in misura superiore al *quantum* meramente compensativo è considerato privo di causa e potrebbe comportare un arricchimento indebito del

secondo criteri che rispondono a logiche economiche. Ciò induce a ritenere che lo scopo del rimedio aquiliano non sia tanto "allocare i danni", ma "distribuire i costi" tra più soggetti. La socializzazione del rischio tende quindi ad esternalizzarlo. È stato altresì evidenziato che nel contesto di un ampliamento dei soggetti responsabili e delle forme di responsabilità oggettiva anche la funzione deterrente assume una portata diversa. La deterrenza è del resto connessa alla colpa, all'adozione delle cautele idonee per prevenire il danno.

G. ALPA, *Le funzioni della responsabilità civile e i danni punitivi: un dibattito sulle recenti sentenze della Suprema Corte di Cassazione*, in *Contratto e impresa*, vol. 4, 2017, pp. 1086-1106

⁵¹ Cass., sentenza 15 aprile 2015, n. 7613

Nella pronuncia la Corte esclude la natura sanzionatoria dell'*astreinte*, escludendone il contrasto con l'ordine pubblico interno.

⁵² È stato sul punto osservato che la deterrenza presuppone una valutazione posta in essere dal soggetto agente in ordine ai vantaggi e svantaggi connessi alla sua condotta. Tutte le volte in cui il soggetto realizza che in termini di costi/benefici la sua attività è più svantaggiosa ed evita di agire, si determina un controllo "indotto" delle attività private. Ciò non accade allorché il desiderio di realizzare un profitto sia superiore.

G. ALPA, *Le funzioni della responsabilità civile e i danni punitivi: un dibattito sulle recenti sentenze della Suprema Corte di Cassazione*, in *Contratto e impresa*, op. cit. pp. 1093

⁵³ R. PARDOLESI, R. SIMONE, *Danno da morte e stare decisis: la versione di Bartleby*, op. cit. p. 908

danneggiato. La suddetta circostanza è addotta a sostegno della inammissibilità dei danni punitivi nel nostro ordinamento.

Ciò premesso, occorre verificare in che modo ed entro quali limiti la sanzione e la deterrenza possano integrare le funzioni della responsabilità civile e se siano ammissibili i danni punitivi nel nostro ordinamento.

1.2.1 Alcune riflessioni della dottrina italiana in materia di danni punitivi

Guido Calabresi ha prospettato cinque esempi di danni punitivi: il risarcimento per violazione di fattispecie penalmente rilevanti in cui l'attore agisce in qualità di rappresentante della pubblica accusa; la pluri-offensività, ossia la pluralità di risarcimenti della medesima entità scaturenti da un'unica condotta (*mass tort litigation*); la sanzione della c.d. "scelta tragica" adottata nella consapevole eventualità di compromettere interessi altrui; il risarcimento punitivo suppletivo e, infine, il caso in cui l'offesa perpetrata sia particolarmente riprovevole.⁵⁴

Parte della dottrina⁵⁵ ha analizzato le suddette fattispecie e ha sostenuto che sia nel risarcimento di fattispecie penalmente rilevanti, sia negli illeciti pluri-offensivi, il *surplus* pagato non è sorretto da alcuna giustificazione perché non riconducibile al danno sotto il profilo causale, oltrepassando conseguentemente i confini della responsabilità civile. Nella c.d. "scelta tragica" si intende tracciare una scala di valori fondamentali alla stregua di una valutazione effettuata *ex post*,

⁵⁴ G. CALABRESI, *The complexity of torts. The case for punitive damages*, in Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli, Giuffrè 2008, pp. 327-348

⁵⁵ C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danni c.d. esistenziali*, in Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli, Giuffrè 2008, p. 367-370

nonostante l'eventuale anti-economicità delle priorità riconosciute. Ne consegue la estraneità rispetto alle logiche tipicamente risarcitorie. A *fortiori* è stata esclusa l'ammissibilità di un danno punitivo quando mancano i presupposti di risarcibilità. L'esempio in questo caso è il risarcimento del danno morale in assenza di una lesione della salute. La quinta categoria è il danno punitivo per eccellenza, il quale genera una reazione non intimamente connessa alla aggressione. Emergono in questo caso tutte le limitazioni che il trapianto dei danni punitivi negli ordinamenti continentali incontrerebbe. L'orientamento in esame esclude che il danneggiato possa conseguire un arricchimento privo di causa, per tale intendendosi il *quantum* che supera il risarcimento riparatorio. Si evidenzia inoltre, l'anti-economicità della c.d. "overdeterrence", stante la possibilità di prevenire la commissione di illeciti ricorrendo a rimedi che non necessariamente siano atti a scardinare i dogmi della responsabilità civile.⁵⁶

La tesi in esame è saldamente ancorata alla unicità della funzione compensativa assolta dal rimedio aquiliano e quindi considera un'attribuzione priva di causa tutto ciò che non è riparazione.⁵⁷ Tale è stata del resto la strada seguita da larga parte della dottrina e della

⁵⁶C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danni c.d. esistenziali*, op. cit., p. 371

⁵⁷ Si richiama anche quanto sostenuto da una parte della dottrina in merito alle funzioni della responsabilità e all'ultra-compensazione. La responsabilità civile assolve una funzione preventiva e di reintegrazione del patrimonio. Quest'ultima può essere satisfattiva per il danneggiante, ma non per la collettività, in quanto sposta l'obbligo su chi ha cagionato il danno. Per quanto concerne la funzione preventiva è stato osservato che "[...] la regola (di responsabilità) assicura una pressione proporzionale alla pericolosità o dannosità apparente dell'atto [...]". La minaccia di una sanzione può produrre a conseguente non controllabili se sproporzionata. Ancillare rispetto alla funzione preventiva è poi una funzione "distributiva" che consente di allocare il danno in capo a chi ha maggiore possibilità di gestirlo. Occorre, in ogni caso, considerare che il risarcimento non può andare oltre il danno, perché l'attribuzione del *surplus* è contraria ai principi cardine del sistema giuridico e inoltre non è privo di costi.

P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Giuffrè ed., 2017, p. 5

giurisprudenza. Si osserva, inoltre, che sono richiamati altri rimedi ai quali si affida la funzione di prevenire la commissione di condotte illecite. Sarebbe conseguentemente utile capire se quest'ultimi siano uno strumento di prevenzione più efficace rispetto al pagamento di un risarcimento ultra-compensativo.

L'impostazione tradizionale rinviene due limiti costituzionali nella previsione normativa del potere del giudice di comminare risarcimenti punitivi: il principio di legalità della pena, *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali*, di cui all'articolo 25 Cost., nonché il divieto di imporre prestazioni personali e patrimoniali in assenza di una previsione legislativa, ai sensi dell'articolo 23 Cost.⁵⁸

Per quanto concerne la polifunzionalità si osserva che accanto alla compensazione si riconosce una funzione sanzionatoria e deterrente. Secondo parte della dottrina la deterrenza non è una funzione della responsabilità, ma un obiettivo di politica economica e sociale per il raggiungimento del quale la funzione preventiva della responsabilità stessa entra in gioco, sia nella fattispecie di prevenzione generale, sia in quella di prevenzione speciale. In quest'ottica la deterrenza si realizza per il tramite della funzione di prevenzione. Si riporta il punto centrale della tesi in esame: *“Deterrence nordamericana e c.d. deterrenza nostrana hanno in comune una valorizzazione della funzione di prevenzione nella responsabilità civile e mirano entrambe a ridimensionare l'invadenza degenerativa di una funzione indiscriminatamente compensativa [...]”*. Ciascuna delle due forme di deterrenza segue il suo percorso, seguendo una logica di mercato la prima e i valori costituzionali la seconda. Ciò non può che riflettersi sui danni. Deve escludersi pertanto l'esistenza di una

⁵⁸ C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di change, danni punitivi, danni c.d. esistenziali, op. cit.*, p. 363

categoria generale unica di danni punitivi ai quali non può che riconoscersi una valenza unicamente internazionale-privatistica. Non si può sostenere che non vi sia alcuna corrispondenza tra danni subiti e somma liquidata, essendo tale valutazione rimessa al giudice in sede di delibazione di sentenze straniere.⁵⁹

Accanto a chi ritiene che la deterrenza sia un obiettivo di politica economica e sociale e non una funzione in senso stretto, c'è chi esorta a non confondere tra funzione giuridica ed effetti sulla realtà sociale. La funzione rappresenta l'obiettivo sociale perseguito dalla norma attraverso la costruzione degli elementi che integrano la fattispecie. Sulla base del combinato disposto degli articoli 2043, 2056, 1223 c.c., che attribuiscono rilievo solo al danno ingiusto, si ricava la funzione compensativa della responsabilità aquiliana. Non si escludono effetti che possono assumere sembianze punitive, senza tuttavia incidere sulla funzione. Per superare le deficienze quantitative della responsabilità non c'è bisogno di scomodare la funzione giuridica.⁶⁰ Tale impostazione non scardina i dogmi della responsabilità civile, riconducendo la prevenzione e la sanzione agli effetti della realtà sociale.

E' tuttavia opportuno rilevare che il nostro impianto della responsabilità civile, calibrato sul danno della vittima, si è dimostrato non sempre idoneo a garantire una tutela effettiva allorché il danneggiante tragga utilità dalla commissione dell'illecito.⁶¹ Il bandolo

⁵⁹ F. D. BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in *Diritto Europeo*, pp. 909-946

⁶⁰ M. BARCELLONA, *Funzione compensativa della responsabilità e private enforcement della disciplina antitrust*, in *Contratto e Impresa*, 2008, pp., pp. 120 ss.

⁶¹ Parte della dottrina osserva che a lungo il principio della integrale riparazione ha messo a repentaglio il principio di effettività della tutela giurisdizionale, specie allorché a non trovare soddisfazione sono proprio i diritti fondamentali della persona. In questo contesto, se si vogliono disincentivare i danneggianti non può che essere individuato uno spazio vitale per la sanzione e la deterrenza del rimedio aquiliano.

della matassa non è tanto il profilo della riparazione della dimensione individuale, quanto la sanzione e la prevenzione dell'illecito di dimensioni sociali.⁶²

Secondo parte della dottrina la responsabilità civile ruota attorno alla figura del danneggiato, mirando alla sua riparazione e non alla sanzione del danneggiante. Spesso tra gli argomenti invocati per sostenere l'esistenza di una funzione sanzionatoria è richiamato l'articolo 1382 c.c. trascurando che la *ratio* sottesa alla suddetta disposizione è di anticipazione della liquidazione del danno. A supporto di tale argomentazione interviene l'articolo 1384 c.c. alla cui stregua il giudice può ridurre d'ufficio l'importo della penale ritenuta sproporzionata. Si è altresì invocato spesso l'articolo 2059 c.c. nella parte in cui il risarcimento del danno non patrimoniale nei casi previsti dalla legge risulta sganciato da precisi parametri oggettivi. In realtà, secondo parte della dottrina, tale disposizione testimonierebbe al contrario l'idea che la responsabilità consente di ottenere la riparazione del danno patrimoniale e di quello non patrimoniale sofferto. In ogni caso, il problema della ammissibilità dei danni punitivi è legato alla sussistenza di alcuni equivoci di fondo. Si pensi, ad esempio alla erronea sovrapposizione tra la nozione di danni punitivi e quella di danni ultracompensativi. In particolare, i primi mirano a sanzionare, i

A PALMIERI, R. PARDOLESI, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità*, op. cit., pp. 2630-2638

⁶² Come è stato osservato, nella dottrina italiana si possono individuare posizioni contrastanti. Alcuni autori richiamano il principio di effettività e ritengono che, specie nei casi di lesione dei diritti della persona, occorre assicurare una tutela effettiva. Più prudente si dimostra chi ritiene che si possano riconoscere le sentenze che liquidano danni punitivi solo se non eccessivi e sproporzionati, a seguito di una valutazione posta in essere dal giudice nel singolo caso concreto. Non manca, ancora, chi ritiene che pur potendosi ammettere l'esecuzione di condanne straniere al pagamento dei danni punitivi non sia necessario scomodare le funzioni della responsabilità civile.

M. TESCARO, *Il revirement "moderato" sui punitive damages*, in *Contratto e impresa/Europa* 2017, pp. 51-67

secondi consentono di rimanere nell'alveo delle conseguenze dell'illecito, pur comprendendo quelle indirette. Le due fattispecie possono produrre il medesimo effetto da un punto di vista quantitativo, ma non qualitativo. Ciononostante, la dottrina tende a configurarle congiuntamente. Occorre a questo punto chiarire, secondo la tesi in esame, che il risarcimento è il rimedio al danno, mentre la pena è la reazione ad una condotta antigiuridica che prescinde dal danno (a differenza del risarcimento) ed è connessa alla norma violata. Ne consegue che se può esservi pena senza danno (per effetto della mera violazione di una norma), non può esservi risarcimento senza danno. Il punto centrale è quindi che *“il risarcimento non è il rimedio dell'illecito, ma del danno in quanto tale, quindi delle conseguenze dannose prodotte dall'atto illecito”*.⁶³

Le posizioni accennate dimostrano l'esistenza di due orientamenti: da un lato chi invoca la polifunzionalità per risolvere il problema dell'allocazione del *surplus* di ricchezza derivante dall'illecito, andando alla ricerca di norme del codice civile che potrebbero fungere da fondamento normativo. Sul fronte opposto si colloca chi invoca il complesso inquadramento dogmatico del rimedio.

1.2.2 L'evoluzione giurisprudenziale sul tema

La giurisprudenza è recentemente intervenuta in merito alla ammissibilità dei danni punitivi nel nostro ordinamento. La questione è emersa in sede di prassi applicativa a fronte della necessità di dare esecuzione alle sentenze straniere che comminano risarcimenti sanzionatori.

⁶³ G. SPOTO, *Risarcimento e sanzione*, op. cit., pp. 489 ss.

Il tema della delibazione delle sentenza straniere ha posto due questioni: la contrarietà con l'ordine pubblico, la ragionevolezza delle sanzioni comminate. L'articolo 9, lett. e) della Convenzione dell'Aia del 30 giugno 2005, approvata con Decisione 2009/397/CE del 26 febbraio 2009, stabilisce che il riconoscimento di una sentenza straniera può essere escluso solo per ragioni di "manifesta incompatibilità con l'ordine pubblico" dello Stato di arrivo. L'articolo 11 chiarisce che la delibazione può essere rigettata se eccessivamente sproporzionata. Ne consegue il riconoscimento in capo al giudice di un potere di indagine nel singolo caso concreto.⁶⁴

La questione è stata sottoposta al vaglio delle Sezioni Unite.⁶⁵ Secondo l'orientamento tradizionale, il giudice che procede alla delibazione della sentenza straniera, deve verificare la compatibilità della stessa con l'ordine pubblico interno.⁶⁶ Nel farlo deve individuare i criteri legali applicati nella pronuncia di provenienza, la qualificazione

⁶⁴ F. QUARTA, *Illecito civile, danni punitive e ordine pubblico*, in *Responsabilità civile e Previdenza*, vol. 4, 2016, pp. 1169-1170.

⁶⁵ Corte di Cassazione, ordinanza 16 maggio 2016, n. 9978 (con massima su *Ridare.it* 2016, 20 maggio, reperibile su *DeJure*): *"Deve essere rimessa al Primo Presidente, perché valuti l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, la questione relativa alla riconoscibilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi. L'attuale vigenza nell'ordinamento del principio di non delibabilità, per contrarietà all'ordine pubblico, delle sentenze straniere che riconoscano danni punitivi desta infatti perplessità, alla luce della progressiva evoluzione compiuta dalla giurisprudenza di legittimità nell'interpretazione del principio di ordine pubblico, originariamente inteso come espressione di un limite riferibile esclusivamente all'ordinamento giuridico nazionale, ma che è andato successivamente ad identificarsi con l'"ordine pubblico internazionale", da intendersi come complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, ma fondati su esigenze di tutela, comuni ai diversi ordinamenti, dei diritti fondamentali dell'uomo e desumibili dai sistemi di tutela approntati a livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria"*.

⁶⁶ Secondo parte della dottrina l'ordine pubblico svolge da un lato una funzione di garanzia dell'ordinamento e dall'altro di integrazione delle fonti interne. Trattasi di una nozione suscettibile di variazioni nello spazio e nel tempo. L'ordine pubblico internazionale rappresenta il limite di applicazione del diritto straniero, diversamente dall'ordine pubblico interno che funge da limite per l'autonomia privata.

G. SPOTO, *Risarcimento e sanzione*, op. cit., pp. 489 ss.

della responsabilità e le voci di danno ristorabili e deve ponderare la ragionevolezza e la proporzionalità del *quantum* liquidato non solo in base alle specificità del caso concreto, ma anche alla luce dei criteri risarcitori nazionali.⁶⁷ Il mero dubbio sulla sussistenza di una condanna al risarcimento di danni punitivi sarebbe pertanto sufficiente a non deliberare la sentenza.⁶⁸ Giacché il nostro ordinamento concepisce il risarcimento in chiave riparatoria e non sanzionatoria, deve escludersi secondo l'impostazione in esame, l'*exequatur* di sentenze che comminano danni punitivi perché la funzione sanzionatoria è contraria all'ordine pubblico interno. Il giudice nell'accertamento della responsabilità deve vagliare la sofferenza patita a fronte dell'illecito commesso, che non può conseguentemente essere considerata sussistente in *re ipsa*.

La progressiva autonomia della disciplina della responsabilità civile da quella penale ha comportato l'abbandono della funzione sanzionatoria e di deterrenza. In un precedente del 2007, la Suprema Corte ha escluso la natura di danno punitivo della clausola penale di cui all'articolo 1382 c.c..⁶⁹ Nell'inquadramento sistematico della stessa, la

⁶⁷ Corte di Cassazione, sentenza 8 febbraio 2012, n. 1781 (con massima su Giust. civ. Mass. 2012, 2, 139, reperibile su DeJure): “*In tema di riconoscimento di sentenze straniere, nel vigore della disciplina introdotta dagli art. 64 ss. l. 31 maggio 1995 n. 218, sebbene la mancanza della motivazione della sentenza straniera non costituisca causa ostativa al riconoscimento stesso, tuttavia tale vizio diviene rilevante quando la motivazione stessa sia indispensabile ai fini del riconoscimento di una sentenza, per valutarne la compatibilità con l'ordine pubblico interno. (Nella specie, la decisione impugnata aveva riconosciuto una sentenza statunitense, priva di motivazione, la quale aveva liquidato un'ingente somma a titolo di risarcimento del danno, senza precisare i criteri legali in concreto applicati per qualificare la responsabilità, né individuare le voci di pregiudizio risarcibile e la causa giustificatrice dell'attribuzione e senza ripartire le conseguenze riparatorie fra i più responsabili, onde evitare indebite duplicazioni e locupletazioni)*”.

⁶⁸ C. SCOGNAMIGLIO, *I danni punitivi e le funzioni della responsabilità civile*, op cit., p. 915

⁶⁹ Corte di Cassazione, sentenza 19 gennaio 2007, n. 1183 (con massima su Diritto di Famiglia e delle Persone (Il) 2010, 2, 547, reperibile su DeJure): “*Ritenuto che nell'ordinamento italiano alla responsabilità civile è estranea l'idea della punizione, fondandosi il risarcimento del danno sull'esistenza di una lesione e sulla*

giurisprudenza di legittimità ha osservato che pur essendo dovuta a prescindere dal danno cagionato, risponde a una logica di preventiva liquidazione del danno e di rafforzamento del vincolo negoziale. L'articolo 1382 c.c. non può conseguentemente essere assimilato ai *punitive damages*, che si caratterizzano per una ingiustificata sproporzione. Si segnala altresì una pronuncia del Tribunale di Trento nella quale si sottolinea la discriminazione che i creditori italiani potrebbero subire se si riconoscesse ai creditori stranieri di ottenere soddisfazione mediante la comminazione di danni punitivi.⁷⁰

prova delle conseguenze negative sofferte dal danneggiato, e rimanendo irrilevanti, ai fini del risarcimento, la condotta del danneggiante, lo stato di bisogno del danneggiato e la capacità patrimoniale dell'obbligato; ritenuto che la clausola penale non ha natura e finalità punitive, assolvendo alla funzione di rafforzare il vincolo contrattuale e di liquidare preventivamente la prestazione risarcitoria, tanto è vero che, se l'ammontare della clausola penale venga a configurare, secondo l'apprezzamento discrezionale del giudice, un abuso od uno sconfinamento dell'autonomia privata oltre determinati limiti di equilibrio contrattuale, può essere equamente ridotto; ritenuto che l'apprezzamento del giudice italiano, in sede di deliberazione di una sentenza straniera, sull'eccessività dell'importo liquidato per danni dal giudice estero, con finalità punitive, consiste e si risolve in un giudizio di fatto riservato al giudice della deliberazione, ed insindacabile, se congruamente e logicamente motivato, in sede di legittimità; ritenuto che è incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto nordamericano dei cc.dd. danni punitivi ("punitive damages"), istituito, fra l'altro, non riferibile alla risarcibilità dei danni non patrimoniali e morali; ritenuto che la clausola penale di cui all'art. 1382 c.c., istituito con scopi punitivi incompatibili con un sindacato discrezionale del giudice (italiano) della deliberazione sulla sproporzione tra l'importo liquidato ed il danno effettivamente subito; ritenuto, infine, conclusivamente, che nel nostro ordinamento la risarcibilità del danno è sempre condizionata all'accertamento delle sofferenze o delle lesioni inferte dall'illecita condotta altrui e non può considerarsi provata "in re ipsa"; ritenuto tutto quanto precede, non può essere delibata, perché contraria al nostro ordine pubblico, la sentenza nordamericana che, nel risarcire il danneggiato, abbia liquidato una somma ingiustificatamente sproporzionata (per eccesso) rispetto al danno subito. (Nella specie, era stata impugnata per cassazione la pronuncia di rigetto dell'istanza di deliberazione di una sentenza statunitense che aveva condannato il produttore di un casco protettivo utilizzato dalla vittima di un incidente stradale; la sentenza aveva accertato il difetto di progettazione e costruzione della fibbia di chiusura del casco ed aveva liquidato i danni secondo criteri che il giudice della deliberazione aveva ritenuto propri dell'istituto dei danni punitivi ("punitive damages") e, come tali, incompatibili con il nostro ordine pubblico)".

⁷⁰ App. Trento, sez. dist. Bolzano, 16 agosto 2008 (con massima su Redazione Giuffrè 2010, reperibile su DeJure): "È in contrasto con l'ordine pubblico e ad essa non può essere riconosciuta efficacia esecutiva, la sentenza straniera contenente l'obbligo di pagare il risarcimento danni di tipo punitivo".

Sul versante opposto si colloca una parte minoritaria della giurisprudenza alla quale l'ordinanza di rimessione ha inteso dare voce e che fornisce una chiave di lettura diversa, non solo con riguardo all'ordine pubblico, ma anche alla funzione della responsabilità.⁷¹

Si adotta quale parametro di riferimento l'ordine pubblico internazionale, da intendersi come *“complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, ma fondati su esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e desumibili, innanzi tutto, dai sistemi di tutela approntati a livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria”*.⁷² L'adesione a tale impostazione consente l'ingresso nel nostro ordinamento, di istituti provenienti da altre tradizioni giuridiche nei limiti della compatibilità con i valori fondamentali della nostra Costituzione. A sostegno di tale argomentazione si invoca non soltanto la normativa comunitaria⁷³ che esclude il riconoscimento delle sentenze straniere soltanto nei casi di manifesta contrarietà con l'ordine pubblico, ma anche i principi di diritto enunciati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia. Quest'ultima si appella all'ordine pubblico in presenza di una minaccia concreta e attuale ad un interesse fondamentale della collettività.⁷⁴

⁷¹ La nozione tradizionale di ordine pubblico contempla il complesso dei principi e delle norme inderogabili posti a fondamento dell'ordinamento giuridico e che concorrono a caratterizzarne la struttura etico-sociale. La successiva evoluzione giurisprudenziale ha seguito una sorta di doppio binario, ricorrendo all'ordine pubblico nazionale nei confronti di sentenze rivolte ai cittadini italiani, all'ordine pubblico internazionale negli altri casi. È del tutto evidente che un'impostazione simile è obsoleta nell'attuale contesto socio-politico-internazionale (Cass., sentenza 15 luglio 1982, n. 228).

⁷² Corte di Cassazione, ordinanza 16 maggio 2016, n. 9978

⁷³ L'ordinanza di rimessione richiama l'articolo l'art. 34 del Regolamento CE 22 dicembre 2001 n. 44, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale

⁷⁴ Corte Giust. UE, 4 ottobre 2012, C-249/11

L'ordinanza di rimessione osserva che l'istituto di origine nordamericana dei danni non risarcitori, aventi carattere punitivo, non viola astrattamente l'ordine pubblico internazionale. Profili di illegittimità potrebbero ravvisarsi solo qualora la liquidazione fosse giudicata effettivamente abnorme, in conseguenza di una valutazione delle circostanze fattuali, nel singolo caso concreto. La funzione riparatoria della responsabilità non può assurgere a valore fondamentale.

Il giudice rimettente aderisce alla teoria della polifunzionalità della responsabilità civile, evidenziando il superamento delle barriere tradizionali e conservatrici ed esaltando la prospettiva della *“globalizzazione degli ordinamenti giuridici transnazionali che invoca la circolazione delle regole giuridiche, non la loro frammentazione tra i diversi ordinamenti nazionali”*.⁷⁵

Con sentenza n. 16661 del 5 luglio 2017 le Sezioni Unite della Corte di Cassazione avallano la tesi della polifunzionalità della responsabilità civile prendendo atto dell'evoluzione normativa e

⁷⁵Nel commentare l'ordinanza di rimessione una parte della dottrina invoca un intervento normativo *ad hoc* volto a dare cittadinanza nel nostro ordinamento all'istituto dei danni punitivi. Si riporta un passaggio interessante dello scritto: “[...] Naturalmente, un altro discorso è quello attinente all'eventualità, indubbiamente assai più remota, che sia senz'altro introdotto, all'interno del nostro sistema normativo, e come rimedio generale, l'istituto dei danni punitivi: passaggio che richiederebbe certamente un intervento legislativo, già per la presenza della riserva di legge contenuta nell'art. 23 Cost. In questa sede, è possibile solo osservare che l'ipotetica generalizzazione del rimedio dei danni punitivi dovrebbe essere modulata, in ogni caso, tenendo conto dell'esigenza di effettività della tutela giurisdizionale e, dunque, riservata a quelle ipotesi in cui il rimedio sia funzionale ad assicurare una protezione piena ed appunto effettiva della situazione giuridica soggettiva della quale di volta in volta si tratti, fermo restando che, proprio alla luce delle considerazioni diffusamente svolte dall'ordinanza di rimessione qui commentata, non sembrano costituire ormai un ostacolo 'di sistema' al recepimento nel nostro ordinamento giuridico della categoria dei danni punitivi le premesse circa le funzioni della responsabilità civile, pure assunte dalla precedente giurisprudenza della Suprema Corte”.

C. SCOGNAMIGLIO, *I danni punitivi e le funzioni della responsabilità civile*, *Il Corriere Giuridico*, vol. 7, 2016, p. 915

giurisprudenziale degli ultimi anni, che non rendono più attuale una prospettiva monofunzionale. Il panorama normativo citato dalla pronuncia è il sintomo di una crisi esistenziale della funzione unicamente riparatoria. Si richiama sul punto l'azione di retroversione degli utili, la corrispondente disciplina in materia di diritto d'autore, l'articolo 709-ter c.p.c. in ordine al potere di infliggere una sanzione pecuniaria per la violazione delle prescrizioni sull'affidamento della prole, nonché diverse altre disposizioni che attribuiscono al giudice il potere di sanzionare l'autore dell'illecito, indipendentemente dalla posizione del danneggiato. Giova inoltre rammentare che l'ordinamento italiano conosce, a fronte dell'inadempimento di obblighi non coercibili in forma specifica, misure generali e speciali volte a ottenerne l'adempimento mediante minaccia di una sanzione pecuniaria, che cresce proporzionalmente con il protrarsi o il reiterarsi della condotta indesiderata.⁷⁶

A spianare la strada sono non soltanto i numerosi esempi normativi,⁷⁷ ma anche alcune statuizioni della giurisprudenza costituzionale che in materia lavoristica e con riferimento all'articolo

⁷⁶ La giurisprudenza ha osservato che sia le *astreintes*, sia i danni punitivi perseguono una finalità comune: l'adempimento nel primo caso della prestazione oggetto del rapporto obbligatorio, nel secondo del generico dovere di non ledere l'altrui sfera giuridica. La volontà è coartata al fine di imporre *ex ante* l'adempimento della prestazione ed *ex post* a sanzionare.

Corte di Cassazione, sentenza 15 aprile 2015, n. 7613

⁷⁷ Si riportano i passaggi della sentenza di seguito: “[...] Negli ultimi decenni sono state qua e là introdotte disposizioni volte a dare un connotato lato sensu sanzionatorio al risarcimento”. Nel punto 5.2 la Corte afferma: “Indispensabile riscontro di questa previsione è il panorama normativo che si è venuto componendo. Esso da un lato denota l'urgenza che avverte il legislatore di ricorrere all'armamentario della responsabilità civile per dare risposta a bisogni emergenti, dall'altro dimostra, con la sua vivacità, quanto sia inappagante un insegnamento che voglia espungere dal sistema, confinandole in uno spazio indeterminato e asfittico, figure non riducibili alla categoria”. La Corte afferma che l'elenco delle prestazioni sanzionatorie è lungo: “[...] Non è qui il caso di esaminare le singole ipotesi per dirimere il contrasto tra chi le vuol sottrarre ad ogni abbraccio con la responsabilità civile e chi ne trae, come le Sezioni Unite ritengono, il complessivo segno della molteplicità di funzioni che contraddistinguono il problematico istituto.”

96, comma 3, c.p.c. hanno riconosciuto la finalità ulteriormente sanzionatoria e deterrente della responsabilità. Si esclude la irragionevolezza di un sistema disancorato dall'unica prospettiva del danneggiato.⁷⁸

Ne consegue che esigenze di pienezza ed effettività della tutela impongono di ristabilire gli equilibri.⁷⁹

Le Sezioni Unite in relazione al contesto normativo, alla tenuta costituzionale, all'evoluzione socio-economica e a preminenti esigenze di effettività ammettono il risarcimento con funzione sanzionatoria e deterrente.⁸⁰ Il principio di diritto enunciato è il seguente: *“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. Il riconoscimento di una sentenza straniera che contenga una pronuncia di tal genere deve però*

⁷⁸ Corte Costituzionale, sentenza 9 novembre 2011, n. 303 e sentenza 23 giugno 2016, n. 152, richiamate dalla sentenza delle Sezioni Unite

⁷⁹ Parte della dottrina sostiene che il rigido ancoraggio al principio di indifferenza può precludere il ricorso a modalità alternative di quantificazione del danno, legittimate in virtù del principio costituzionale di effettività della tutela giurisdizionale.

Vedi A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità*, op. cit., p. 2638

⁸⁰ Una parte della dottrina osserva che il ricorso è stato dichiarato inammissibile, ma la Corte di Cassazione ha ritenuto di pronunciare il principio di diritto nell'interesse della legge a norma dell'articolo 363, comma 3, c.p.c. considerando l'esigenza di intervenire su un tema ormai da tempo in cerca di risposte. Una parte della dottrina ha mostrato perplessità su tale scelta. È stato in particolare evidenziato che per un *overruling* sarebbe più opportuno attendere un ricorso accoglibile, al fine di evitare che una pronuncia astratta sia difficilmente applicabile in concreto perché poco chiara o troppo generale. Sarebbe stato più utile con riferimento alla delibabilità dei danni punitivi, avendo l'opportunità di comprendere quando una somma può dirsi effettivamente sproporzionata.

A. BRIGUGLIO, *“Danni punitivi e delibazione di sentenza straniera: turning point nell'interesse della legge”*, in *Responsabilità civile e previdenza*, n. 5, 2017, pp. 1597-1698

corrispondere alla condizione che essa sia stata resa nell'ordinamento straniero su basi normative che garantiscano la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità della stessa ed i limiti quantitativi, dovendosi avere riguardo, in sede di delibazione, unicamente agli effetti dell'atto straniero e alla loro compatibilità con l'ordine pubblico.”

È opportuno tuttavia non cadere nell'equivoco di sovrapporre la funzione punitiva con quella più puramente equitativa o restitutoria che alcune norme richiamate dalla pronuncia perseguono. La comparazione con gli ordinamenti di *common law* dimostra che i presupposti si rinvergono nella riprovevolezza della condotta e nella intensità dell'elemento soggettivo, da ricondurre a logiche afflittive e non anche equitative. Inoltre, si esclude che il giudice sia stato investito di un potere indiscriminato. Nel nostro ordinamento qualunque prestazione patrimoniale deve essere sorretta dalla legge e, conseguentemente, il potere giudiziario incontra delle limitazioni.

Relativamente alla nozione di ordine pubblico, ostacolo alla delibazione delle sentenze straniere che comminano danni punitivi, la pronuncia si sofferma sulla sua evoluzione. Da “*complesso dei principi fondamentali che caratterizzano la struttura etico-sociale della comunità nazionale in un determinato periodo storico*”,⁸¹ si è addivenuti a una dimensione sovranazionale. Il processo di integrazione tra l'ordine pubblico dell'Unione e quello di fonte nazionale non ha determinato una *deminutio* di tutela, ma ha instaurato un rapporto di coesistenza, e al tempo stesso di autonomia.

Sulla base del modo di intendere questa relazione di interdipendenza la Corte ritiene necessario valutare la portata dell'istituto straniero non soltanto alla luce dell'ordine pubblico

⁸¹ Punto n. 6 della sentenza 5 luglio 2017, n. 16601

sovranaZIONALE, ma anche dei principi fondanti l'ordinamento costituzionale. Tale indagine, può essere condotta in una misura più flessibile relativamente all'ordine pubblico processuale (fermi i principi fondamentali del giusto processo), ma non con riguardo all'ordine pubblico sostanziale. In questo caso, invero, pur non negandosi l'effetto innovativo che le tradizioni giuridiche possono produrre e pur non essendo necessaria una piena corrispondenza tra istituti interni e stranieri, occorre garantire una verifica di conformità con i valori fondamentali. Applicando queste linee direttrici ai danni punitivi, le Sezioni Unite ritengono di impostare l'interrogativo nei seguenti termini: *“l'istituto che bussava alla porta è in piena contraddizione con l'intreccio di valori e norme che rilevano ai fini della delibazione?”*

Si invoca il principio di legalità. Sia i provvedimenti risarcitori a carattere sanzionatorio nazionali, sia le condanne straniere devono avere una copertura legislativa. Nell'ordinamento di provenienza la contestazione deve essere mossa alla stregua del principio di tipicità e di prevedibilità con riferimento all'*an* e alla perimetrazione quantitativa. Il controllo deve essere quindi indirizzato sulla proporzionalità del risarcimento punitivo, avendo riguardo sia alla dimensione unicamente compensativa, sia alla condotta del danneggiante.

Ne consegue che non esistono ragioni ostative alla delibazione delle sentenze straniere che comminano risarcimenti sanzionatori, fermo restando l'onere di verificare nel singolo caso concreto il rispetto dei principi di legalità e ragionevolezza dell'ordinamento di provenienza e la sussistenza di una intermediazione legislativa nel nostro ordinamento. La Suprema Corte risolve il contrasto invocando un contro-limite nel combinato disposto degli articoli 25, comma 2 e 23 Cost.: il recupero della funzione sanzionatoria rende doverosa la copertura legislativa.

Resta a questo punto da capire se i danni punitivi “tipici” ritenuti ammissibili dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, siano un punto di arrivo del dibattito, o semplicemente un segnale di apertura.

1.2.3 La pronuncia delle Sezioni Unite al vaglio della dottrina

Come è stato illustrato, il dibattito verte da tempo sulla possibilità di riconoscere alla responsabilità civile una funzione sanzionatoria e/o deterrente e in tale contesto si inserisce il tema della ammissibilità dei danni punitivi.

All’indomani della pronuncia la dottrina prevalente ha evidenziato la portata limitatamente innovativa del principio di diritto in essa pronunciato.

Al riguardo è stato sostenuto: “[...] *Poiché, infatti, la responsabilità non è altro che la traslazione di un rischio da un soggetto, l’autore del fatto illecito, ad un altro, il c.d. danneggiato, bisogna individuare i criteri che presiedono a tale operazione*”. La “prospettiva della illiceità” e la “natura degli interessi” guidano nella decisione sulla funzione della responsabilità e sulla condanna al pagamento di danni punitivi. La lesione di interessi della generalità dei soggetti può legittimare il ricorso ai danni punitivi, seppur nell’ambito di una cornice normativa. Tale ultimo elemento consente di evitare l’arbitrio dell’autorità giudiziaria e di dare ingresso ai danni punitivi non come “eccezione rispetto alla regola”, ma come “*risposta dell’ordinamento giuridico al fatto e agli interessi dallo stesso messi in gioco*”. Ne consegue che, secondo la suddetta impostazione, la responsabilità extracontrattuale può assolvere una pluralità di funzioni

in relazione ai bisogni da soddisfare.⁸² La categoria del danno non può essere considerata unitaria, potendo configurarsi diverse tipologie di danno. Il tutto porta a ritenere quanto segue: “*Il danno punitivo, quindi, in prospettiva rimediabile si pone come strumento necessario per consentire la piena attuazione della funzione sanzionatoria-deterrente che la responsabilità civile può e deve assolvere*”.⁸³

La suddetta teoria esalta il principio di diritto nella parte in cui ammette la polifunzionalità della responsabilità civile, ma ritiene necessario che tali funzioni siano ricondotte al sistema generale. Occorrerebbe quindi una selezione sotto il profilo della illiceità della condotta e degli interessi presidiati che possa legittimare la deterrenza e la sanzione. Giova sul punto osservare che tale selezione spetterebbe in prima istanza al legislatore, stando a quanto sostenuto dalla giurisprudenza di legittimità. Ne consegue che solo nei casi coperti da una intermediazione legislativa il giudice potrebbe procedere ad una liquidazione orientata a punire più che a riparare. Del resto, ciò è quanto accade con riferimento all’articolo 2059 c.c., che consente il risarcimento del danno non patrimoniale solo nei casi previsti dalla legge. L’autorità giudiziaria non potrebbe, al di fuori dei casi espressamente tipizzati, liquidare risarcimenti punitivi, sulla base della mera applicazione dell’articolo 2043 c.c.. Si rammenta tale norma opera per effetto della violazione della clausola generale del divieto del

⁸² Il rimedio risarcitorio si ispira principalmente ad un criterio compensativo volto ad assicurare al danneggiato un *quantum* corrispondente al danno subito. Il danneggiante non è tenuto ad attribuzioni maggiori di quelle cui deve far fronte la vittima. Ciò chiaramente incide sulla scelta di commettere la condotta causativa del danno. Si assiste da tempo al diffondersi di tecniche rimediali che assegnano alla responsabilità civile anche funzioni deterrenti e sanzionatorie.

M. ASTONE, *Responsabilità civile e pluralità di funzioni nella prospettiva dei rimedi. Dall’astreinte al danno punitivo*, in *Contratto e Impresa*, vol. 1, 2018, pp. 276-288

⁸³ M. ASTONE, *Responsabilità civile e pluralità di funzioni nella prospettiva dei rimedi. Dall’astreinte al danno punitivo*, op. cit.

neminem laedere in presenza di interessi giuridicamente e indipendentemente dalla violazione di una norma primaria proprio perché non assolve una funzione sanzionatoria.

C'è poi chi sostiene che la sentenza internazionale-privatistica produce inevitabili ripercussioni sul sistema della responsabilità civile: non introduce i danni punitivi nel nostro ordinamento, ma ammette la delibazione di sentenze straniere che comminano risarcimenti punitivi, seppur con le dovute ponderazioni del caso.⁸⁴ A prescindere dalla portata che si voglia riconoscere alla stessa, cade il dogma del divieto di risarcimenti ultra-compensativi. Si sostiene, in particolare, che la *ratio* sottesa alla funzione punitiva è il rapporto di proporzionalità diretta tra maggiore importo dovuto e maggiore effetto deterrente: al crescere del primo aumenta il secondo.⁸⁵

In ogni caso, la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione pone il limite della tipicità. Sul punto è evidenziato che una prima interpretazione “purista” esclude che il principio di legalità sia soddisfatto in presenza di una fonte diversa da quella legislativa, con conseguente esclusione del precedente giurisprudenziale. In alcuni passaggi sono, tuttavia, citate le “fonti normative” e ciò consentirebbe di valutare anche le fonti di natura giurisprudenziale. Negli ordinamenti che hanno comminato la condanna nella pronuncia da delibare probabilmente il referente normativo è un precedente giurisprudenziale.⁸⁶ Tale soluzione è ritenuta difficilmente praticabile

⁸⁴ R. CARLEO, *Punitive damages: dal common law all'esperienza italiana*, in *Contratto e Impresa*, vol. 1, 2018, pp. 259-275

⁸⁵ Si sostiene sotto il profilo funzionale che nel risarcimento si possono individuare oltre alla componente compensativa quella deterrente e quella punitiva sanzionatoria. La natura polifunzionale ingloba poi le misure di coercizione indiretta, il *disgorgement*, non sempre sovrapponibili.

R. CARLEO, *Punitive damages: dal common law all'esperienza italiana*, op. cit., pp. 259-275

⁸⁶ Sul punto è richiamata, tra gli altri, la posizione di parte della dottrina, secondo cui è difficilmente ipotizzabile che le corti di *civil law* possano delibare solo

nel nostro ordinamento, nel quale si richiede una intermediazione legislativa, con la conseguenza paradossale che i danni punitivi comminati possono essere considerati validi in sede di delibazione di sentenze straniere (le quali operano sulla base di un precedente), ma non possono mai essere stabilite da giudici italiani. Ne consegue che, secondo la tesi in esame, solo la legge potrebbe consentire alla responsabilità di assolvere una funzione sanzionatoria. Del resto, si osserva, i danni punitivi generano diversi dubbi interpretativi: prevedibilità, calcolabilità, tipicità della pena. Sarebbe auspicabile un intervento legislativo, il più possibile omogeneo su base nazionale.⁸⁷

Sempre in relazione al significato da attribuire alla riserva di legge contenuta negli articoli 23 e 25 Cost., è stato sostenuto che l'introduzione dei danni punitivi nel nostro ordinamento richiederebbe l'intervento del legislatore volto a fissare limiti e contenuti, nel rispetto dei principi di tassatività e prevedibilità.⁸⁸ Per quanto concerne la

le sentenze che abbiano un fondamento legislativo negli ordinamenti di *common law*. È alternano vero, tuttavia, che i giudici negli Stati Uniti godono di un elevato margine di discrezionalità, in contrasto con il principio di tipicità volto a delineare puntualmente la fattispecie. Ed è altresì evidenziato che le corti di *common law* enunciano principi di diritto nel contesto di singoli casi concreti alle stesse sottoposti. Il giudice è *ius dicere* nel contesto della sua attività giudiziaria di risoluzione di casi concreti e non svolge alcuna attività legislativa di creazione di norme generali e astratte. Si riporta un passaggio interessante del pensiero dell'autore citato: "*Si può quindi suggerire che i criteri di selezione delle sentenze riconoscibili in Italia non possano basarsi sul concetto di tipicità delle fattispecie (concetto che è intrasponibile, anche perché introducibile, nell'esperienza USA), ma su elementi attinenti ai principi fondamentali che reggono il procedimento di attribuzione dei risarcimenti alle vittime di condotte illecite. Questo approccio presenterebbe il vantaggio di porsi, a differenza del precedente, in consonanza con le tendenze della giurisprudenza americana e di common law in generale, ma consentirebbe di salvaguardare aspetti essenziali dei nostri meccanismi istituzionali in modo più fermo rispetto a quanto il sistema americano riesca concretamente a fare*".

A. GAMBARO, *Le funzioni della responsabilità civile tra diritto giurisprudenziale e dialoghi transnazionali*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2017, vol. 10, pp. 1405-1409

⁸⁷ R. CARLEO, *Punitive damages: dal common law all'esperienza italiana*, op. cit.

⁸⁸ È stato osservato che l'articolo 23 Cost si riferisce a qualsiasi "prestazione personale o patrimoniale imposta" ed avrebbe come precedente l'articolo 30 dello Statuto Albertino, il quale si riferisce ai tributi. L'ambito di applicazione della riserva

delibazione delle sentenze che comminano danni punitivi, nell'ordinamento straniero deve sussistere un ancoraggio normativo. Non risulterebbe chiaro, tuttavia, se una volta accertato il rispetto del principio di legalità nell'ordinamento di provenienza, debba essere accertato contestualmente anche nell'ordinamento interno. Secondo alcuni autori, la riserva di legge è soddisfatta quando la materia sia regolata nell'ordinamento interno conformemente a quanto previsto nella sentenza da delibare.⁸⁹

C'è chi ritiene sul punto che i danni punitivi possano essere previsti da una legge straniera, purché i relativi atti si integrino in forza di trattati e siano conseguentemente disciplinati anche nel nostro ordinamento. Il principio di legalità può dirsi rispettato solo in tal senso. Ne consegue che la sentenza delle Sezioni Unite è criticabile allorché equipara la legge straniera a quella nazionale e ritiene che l'intermediazione legislativa sussista se a regolare la fattispecie sia anche solo la legge straniera.⁹⁰

Occorre verificare caso per caso anche alla luce della eventuale sproporzione del *quantum liquidato*.

di legge contenuta nella suddetta norma costituzionale sarebbe relativo alle somme dovute allo Stato o ad altri enti pubblici.

P. PETRELLI, Verso i «danni punitivi»? , op. cit., p. 1214

⁸⁹ Secondo parte della dottrina occorre porre in essere una indagine sulla normativa in virtù della quale la sentenza è stata pronunciata. Tale requisito può dirsi oggi soddisfatto sia considerando che molti Stati americani hanno espressamente disciplinato i danni punitivi, sia con riferimento alla fattispecie residuale prevista dal *common law*, considerata dalla Corte di Cassazione come "altra fonte". La Corte richiede poi che sia soddisfatto il requisito della prevedibilità e cioè che l'autore della violazione sia in grado di conoscere ex ante l'ammontare massimo del danno che potrebbe essere condannato a pagare. La tesi in esame considera soddisfatto tale requisito per i danni punitivi previsti dalle singole legislazioni (che individuano un moltiplicatore massimo), sia per quelli riconducibili al *common law* che operano nei limiti fissati dalla Corte Suprema americana.

E. D'ALESSANDRO, *Riconoscimento di sentenze di condanna a danni punitivi: tanto tuonò che piovve*, in Foro it. anno 2017, parte I, col. 2639

⁹⁰ M. SESTA, *Risarcimenti punitivi e legalità costituzionale*, in Rivista di diritto civile, vol. 1, 2018, pp. 305-316

È stato infine sostenuto che le garanzie sostanziali (non anche processuali) previste nell'ordinamento penale sembrano dover sussistere anche per la comminazione di sanzioni para-penali. Il requisito della tipicità può essere escluso quando la sentenza straniera sia imprevedibile perché in contrasto con un consolidato orientamento sulla materia che ne forma oggetto, ovvero perché emanata in assenza di qualsivoglia orientamento consolidato in materia di *punitive damages* nel paese di provenienza. Relativamente al requisito della proporzionalità invocato dalla pronuncia, occorre stabilire se vada inteso con riguardo all'ordinamento di provenienza o a quello nel quale la sentenza deve essere riconosciuta. Sembra potersi affermare che la proporzionalità vada vagliata sotto entrambi i profili, in coerenza sia con l'impostazione della giurisprudenza americana, sia con l'esigenza che il giudice interno valuti nel singolo caso concreto. Si osserva poi che tale valutazione deve essere compiuta in primo luogo tra componente compensativa e sanzionatoria del risarcimento, in secondo luogo tra condotta e risarcimento, tenendo in considerazione l'elemento soggettivo. I suddetti criteri di valutazione della proporzionalità non sono gli unici, ben potendo il giudice indicarne altri nella motivazione.⁹¹

La Corte di Cassazione non specifica se il requisito della proporzionalità possa essere riconosciuto nel caso in cui la componente punitiva sia inferiore a quella compensativa, reputata prevalente nel nostro sistema della responsabilità civile, ovvero se sussista anche nel caso inverso. In tale ultimo caso potrebbe verificarsi una ipotesi di arricchimento del danneggiato.⁹²

⁹¹ M. TESCARO, *Il revirement "moderato" sui punitive damages*, in *Contratto e impresa/Europa* 2017, pp. 51-67

⁹² E. D'ALESSANDRO, *Riconoscimento di sentenze di condanna a danni punitivi: tanto tuonò che piovve*, op. cit., col. 2639

Rimane aperto il tema della delibabilità nel caso in cui il *quantum* liquidato sia eccessivo ed una porzione di esso sia devoluto a beneficio dello Stato. Si nota la difficoltà delle Corti statunitensi di adeguarsi ai criteri fissati dalla Corte Federale. In particolare, il primo di questi è rappresentato dalla gravità della condotta e si prendono in considerazione alcuni fattori quali il danno patrimoniale o non patrimoniale provocato, la condizione dell'attore, la noncuranza verso salute e sicurezza, e naturalmente l'elemento soggettivo. Non è chiaro il peso di ciascuno di tali fattori e spesso vengono interpretati estensivamente dalle Corti per poter applicare i danni punitivi. Infine, scarso rilievo ha assunto il rapporto rispetto ad altre sanzioni civili, penali o amministrative in fattispecie analoghe. Sembra corretto circoscrivere il riconoscimento dei danni punitivi "se e solo se" strettamente necessario perché il risarcimento compensativo risulta inadeguato.⁹³

Il suddetto atteggiamento di cautela è condiviso da chi⁹⁴ sostiene che la sentenza delle Sezioni Unite sia equilibrata perché si limita a riconoscere la delibabilità delle sentenze che comminano danni punitivi, ma non apre alla previsione di risarcimenti sanzionatori.⁹⁵ Le ragioni che hanno indotto la giurisprudenza a modificare il proprio

⁹³ F. BENATTI, *Benvenuti danni punitivi... o forse no!*, in (Nota a Cass. civ., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601), in Banca, borsa, titoli di credito, 2017, II, pp. 575-585

⁹⁴ In un diverso contributo l'autore afferma che le Sezioni Unite ammettono la polifunzionalità della responsabilità civile e questo rappresenta senz'altro una novità nel panorama civilistico. Ciò non significa che su tale assunto si debba riconoscere una generale applicabilità dei danni punitivi da parte del giudice. È solo il legislatore che può stabilire quando e in che modo il danneggiante deve pagare una somma superiore rispetto al danno sofferto dal danneggiato. È interessante notare inoltre che pur volendo rafforzare la capacità deterrente delle regole di responsabilità civile, tale sforzo era già stato compiuto analizzando l'imputazione soggettiva, essendo alcuni rimedi considerati più utili di altri in un'ottica preventiva.

G. PONZANELLI, *La decisione delle Sezioni Unite: cambierà qualcosa nel risarcimento del danno?*, in Rivista di diritto civile, vol. 1, 2018, p. 300-304

⁹⁵ G. PONZANELLI, *Danni punitivi: Oltre la delibazione di sentenze straniere*, juscivile, vol. 1, 2018, p. 42-46

orientamento - da sempre volto ad escludere la delibabilità - sono tre: l'ordine pubblico internazionale, i *punitive damages* di origine nordamericana, la polifunzionalità della responsabilità civile. Quanto al primo punto si segnala che il numero di casi in cui sussiste il contrasto con l'ordine pubblico internazionale tende a ridursi, dovendo il giudice limitarsi a verificare che la norma applicata nella sentenza da delibare non sia in contrasto con i principi costituzionali. Per quanto concerne il secondo profilo si osserva che i danni punitivi non sono più un istituto così incompatibile con l'ordinamento italiano, essendo venuta meno la possibilità che siano sproporzionati.⁹⁶ Relativamente al terzo aspetto esistono già degli istituti che consentono di stigmatizzare la condotta o di punire il danneggiante, in aggiunta alla funzione tipicamente riparatoria della responsabilità civile. Ne consegue che il profilo della compatibilità costituzionale è già superato. Secondo questa tesi, l'aver riconosciuto la polifunzionalità della responsabilità civile non significa modificare le regole della responsabilità civile. Non è posto in discussione il principio dell'integrale riparazione del danno, il quale non assurge a principio costituzionale ma può essere rivisto -

⁹⁶ L'autore osserva che la Corte Suprema degli Stati Uniti ha affermato la costituzionalità dei danni punitivi, analizzandoli sotto il profilo della compatibilità con l'VIII e con il XIV emendamento. Quanto al primo caso si è sostenuto che benché l'istituto assolva una funzione deterrente e punitiva, non si applica la clausola di eccessività prevista dall'VIII emendamento alle sanzioni pecuniarie comminate su iniziativa dello Stato. Nel secondo caso si esclude il contrasto con le garanzie del giusto processo. Del resto, i danni punitivi sono un istituto privatistico al quale si ricorre nel contesto di un processo civilistico, caratterizzato da garanzie diverse rispetto al processo penale. Affermare la violazione dei principi del giusto processo in virtù dell'eccessiva discrezionalità riconosciuta alla giuria avrebbe significato mettere in discussione il ruolo dalla stessa ricoperto. Orbene l'Autore osserva che la Corte avrebbe potuto cogliere l'occasione per dettare alcuni parametri e criteri anche al fine di non lasciare un eccessivo margine di discrezionalità alla giuria.

G. PONZANELLI, «*Punitive damages*» e «*due process clause*»: *l'intervento della Corte suprema Usa*, in *Foro italiano*, 1991, parte IV, p. 235

introducendo una riduzione o una maggiorazione - solo dal legislatore.⁹⁷

Maggioritaria sembra quindi essere la tesi secondo cui il principio della integrale riparazione non è stato scardinato e la responsabilità può assumere connotati deterrenti e sanzionatori solo nelle ipotesi previste dalla legge.

La soluzione individuata dalle Sezioni Unite è un compromesso tra due soluzioni estreme: riconoscere la totale polifunzionalità della responsabilità civile e conseguentemente i danni punitivi, escludere che l'articolo 2043 c.c. assolva funzioni diverse da quella meramente compensativa. La responsabilità civile può assolvere una funzione sanzionatoria e/o deterrente solo nei casi previsti dalla legge, essendo tali due funzioni assimilabili a funzioni penalistiche. La funzione riparatoria rimane prevalente, anche quando viene risarcito il danno non patrimoniale. È stato sostenuto che sono intrinseche alla funzione riparatoria sia la deterrenza, sia la sanzione, giacché il danneggiante è tenuto a riconoscere quanto necessario per reintegrare il danneggiato nella posizione precedente. Possono esistere risarcimenti sanzionatori, più correttamente assimilabili alle pene che devono essere comminate in presenza di una espressa disposizione di legge. Tali ipotesi specifiche possono essere trattate anche come fattispecie eccezionali di responsabilità civile o possono essere ricondotte all'alveo dell'articolo 2043 c.c., ma pur sempre reputando prevalente la funzione riparatoria.⁹⁸

⁹⁷ Occorre verificare se in Italia siamo di fronte ad una situazione di *undercompensation* legittimante l'applicazione dei danni punitivi. Secondo l'autore, no. E anche nelle ipotesi in cui poteva porsi tale problema è intervenuto il legislatore (ad esempio nel caso delle *class action*). Inoltre l'autore definisce la responsabilità civile come una responsabilità "assicurata" nella quale la garanzia non potrebbe certo estendersi al danno punitivo.

G. PONZANELLI, «*Punitive damages*» e «*due process clause*»: *l'intervento della Corte suprema Usa*, op. cit.

⁹⁸ M. TESCARO, *Le variazioni qualitative e quantitative del danno risarcibile*, in *Danno e responsabilità*, vol. 5, 2018, pp. 533-546

1.2.4 Esiste già un fondamento normativo per i danni punitivi?

L'intervento nomofilattico delle Sezioni Unite sembra aver semplicemente chiarito la legittimità delle ipotesi tipizzate di risarcimenti ultracompensativi.

Secondo parte della dottrina, la necessaria tipizzazione della funzione sanzionatoria della responsabilità civile comporta l'esclusione della stessa dall'alveo degli articoli 2043 e 2059 c.c., considerandola esterna al sistema.⁹⁹ Del resto, se si afferma la polifunzionalità occorre ricondurre tutto nel quadro delle norme generali.¹⁰⁰

Secondo un diverso orientamento il danno punitivo attiene al profilo della quantificazione in misura superiore alle componenti del danno emergente e del lucro cessante. Il *quid pluris* può essere qualificato in termini di pena privata. Diversamente, quando si parla di funzione punitiva si rimane nell'ambito del rimedio aquiliano. Ne consegue che, in quest'ottica, i danni punitivi devono necessariamente

⁹⁹ Nell'ordinanza di remissione (Ordinanza 16 maggio 2016, n. 9978) la Corte di Cassazione evidenzia che nel caso di lesione ai beni della persona la linea di confine tra riparazione e sanzione è labile perché il danno viene quantificato sulla base di criteri che prescindono dal pregiudizio subito dal danneggiato. Una parte della dottrina rileva sul punto, richiamando precedenti giurisprudenziali, che ogni qual volta il risarcimento è calcolato alla stregua della gravità della condotta e non del danno arrecato si può configurare un risarcimento punitivo. Considerando che alla responsabilità civile, accanto alla compensazione si è aggiunta la sanzione, si potrebbe recuperare l'originaria *ratio* assoluta dall'articolo 2059 c.c.

P. PETRELLI, Verso i «danni punitivi»? , op. cit., pp. 1187-1229

¹⁰⁰ In tal senso A. LAMORGESE, *Luci e ombre nella sentenza delle Sezioni Unite sui danni punitivi*, in *Rivista di Diritto Civile*, vol. 1, 2018, pp. 317-328

Si riporta quanto sostenuto sul punto: “*Tuttavia, se si afferma la intrinseca natura polifunzionale della responsabilità civile, la cui disciplina legale è già negli artt. 2043 e 2059 – che configurano il risarcimento del danno come rimedio a fronte di danni cagionati dall'autore (responsabile) dell'illecito –, non è chiaro perché occorra un'altra disposizione di legge per rendere operativa in concreto la funzione sanzionatoria-punitiva. Se tale funzione è interna al sistema della responsabilità civile, dovrebbero bastare le relative disposizioni del codice civile, altrimenti significa che quella funzione è estranea al sistema: tertium non datur.*”

essere tipici, mentre le ipotesi risarcitorie che presentano connotati sanzionatori sono riconducibili alle norme generali.¹⁰¹ La linea di confine sembra essere tuttavia labile, considerando che non ci sono parametri per il giudice.

Prevalente continua ad essere l'orientamento che esige una intermediazione legislativa, specie a presidio di un interesse pubblicistico.¹⁰² Alcuni autori richiamano l'articolo 23 Cost.: solo un intervento *de iure condendo* potrebbe legittimarne un'eventuale applicazione più diffusa. La pronuncia delle Sezioni Unite ha dettato, del resto, i presupposti per procedere alla delibazione delle sentenze straniere, ma non ha scardinato i tradizionali dogmi della responsabilità civile.¹⁰³

Sul punto, secondo un orientamento, il fondamento normativo generale esiste già ed è individuabile nell'articolo 2059 c.c., essendo il danno non patrimoniale ontologicamente non compensativo.¹⁰⁴

La liquidazione del danno non patrimoniale non biologico può celare un danno punitivo.¹⁰⁵ In particolare, a seguito delle sentenze gemelle del 2008, il danno non patrimoniale può essere liquidato nei casi di violazione dei diritti inviolabili dell'individuo. Negli anni si è

¹⁰¹ M. FRANZONI, *Danno Punitivo e Ordine Pubblico*, in *Rivista di Diritto Civile*, p. 295

¹⁰² G. PONZANELLI, *Le Sezioni Unite sui danni punitivi tra diritto internazionale privato e diritto interno*, op. cit., p. 1415

¹⁰³ G. SCARCHILLO, *La natura polifunzionale della responsabilità civile: dai punitive damages ai risarcimenti punitivi. Origini, evoluzioni giurisprudenziali e prospettive di diritto comparato*, in *Contratto e Impresa*, vol. 1, 2018, p. 327

¹⁰⁴ R. SIMONE, *La responsabilità civile non è solo compensazione: punitive damages e deterrenza*, in *il Foro Italiano*, vol. 9, 2017, p. 2647

¹⁰⁵ Si riporta un passaggio della tesi richiamata: “[...] l'ostracismo mantenuto per troppo tempo verso i danni punitivi ha concorso ad occultare (e non a stroncare) un fenomeno carsico di proliferazione di risarcimenti connotati in termini sanzionatori impedendone in tal modo la loro piena emersione (nascosti com'erano nelle pieghe di tanti ragionamenti “equitativi”) ed una franca e proficua discussione tra gli interpreti sulla loro praticabilità, limiti e portata.”

C. C. VIAZI, *L'ostracismo ai danni punitivi: ovvero come tenere la stalla chiusa quando i buoi sono scappati*, in *Rivista di diritto civile*, vol. 1, 2018, pp. 328-343

tuttavia assistito ad una tendenza alquanto espansiva e alla liquidazione di danni provocati a diritti “immaginari”. In questo contesto, considerando il catalogo aperto dell’articolo 2 Cost., non può negarsi lo spazio di discrezionalità riconosciuto al giudice nella individuazione delle posizioni giuridicamente rilevanti, tenuto conto del contesto storico e sociale di riferimento. Può quindi risultare contraddittorio risarcire in modo estensivo i danni morali e al tempo stesso escludere i danni punitivi. Si osserva, inoltre, che anche le tecniche di liquidazione possono indurre a “*forme sotterranee di risarcimenti punitivi, frutto di scelte giudiziarie non equitative ma veramente arbitrarie*”. La ragione è probabilmente rinvenibile nell’assenza di una nozione unitaria di danno non patrimoniale, diversamente dal danno patrimoniale che si traduce nelle voci del danno emergente e del lucro cessante ai sensi del combinato disposto degli articoli 2056 e 1223 c.c.. Molto spesso si assiste, invero, al risarcimento del danno morale indipendentemente dalle conseguenze morali dell’evento, per effetto della mera lesione del bene oggetto di tutela. Secondo tale impostazione la tutela dei beni della persona attribuisce alla responsabilità aquilana una funzione sanzionatoria/deterrente. Del resto, come è stato osservato, a seguito delle sentenze gemelle del 2008 è emerso un quadro nel quale il danno non patrimoniale “non biologico” ha subito una consistente espansione. In questo contesto, l’assenza di tabelle e il ricorso alle tecniche di liquidazione equitativa del danno hanno comportato l’applicazione di criteri che guardano alla condotta del danneggiante, alla gravità dell’offesa, molto più che alle conseguenze dell’illecito. Si richiama un passaggio significativo della tesi in esame: “[...] Sono quindi, secondo parte sempre più significativa della dottrina e in diffuse prassi giudiziarie dei giudici di merito, gli illeciti dolosi quelli che producono legittimamente condanne punitive in quanto, pur rimanendo ferma la funzione compensativa, appare giusto, anche per ragioni di ordine

costituzionale, che in relazione a determinati reati che compromettono diritti inviolabili delle persone, conseguano certi tipi di danni morali che non possono non esprimere una funzione deterrente e sanzionatoria della responsabilità civile”. I presupposti in presenza dei quali possono scattare le suddette condanne punitive sono: una condotta dolosa posta in essere in violazione di diritti della persona costituzionalmente tutelati, la gravità dell’offesa, l’onere della prova in capo alla vittima. Occorre chiedersi come deve essere letta la necessaria intermediazione legislativa invocata dalla pronuncia. Secondo l’orientamento in esame, sarebbe auspicabile un intervento legislativo volto a chiarire:

- le situazioni soggettive la cui tutela legittima il ricorso ai danni punitivi;
- i presupposti di operatività;
- i criteri di liquidazione.¹⁰⁶

Merita poi di essere menzionata la tesi secondo la quale occorre distinguere tra funzioni della responsabilità e funzioni del risarcimento.¹⁰⁷ È da tempo ormai affermata la concezione solidaristica e riparatoria della responsabilità, il cui limite risiede nella necessaria bilateralità. In particolare essa muove dall’assunto che il danno non sia eliminato, ma trasferito dal danneggiato al danneggiante. Affinché ciò avvenga è necessario che ricorra almeno uno dei criteri di imputazione perché solo così può essere giustificata detta traslazione. Tale tesi ritiene quindi che le funzioni della responsabilità (i.e. le ragioni per le quali si è tenuti a risarcire il danno) dipendono dai criteri di

¹⁰⁶ C. C. VIAZI, *L'ostracismo ai danni punitivi: ovvero come tenere la stalla chiusa quando i buoi sono scappati*, op. cit., pp. 328-343

¹⁰⁷ Circa la distinzione tra funzioni della responsabilità e funzioni del risarcimento è stato sostenuto in dottrina che tale differenza non ha ragion d’essere, essendovi totale coincidenza. La responsabilità si risolve nell’obbligo di risarcire il danno.

C. CASTRONOVO, *Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisprudenza a proposito di giustizia*, in *Europa e Diritto Privato*, vol. 3, 2017, pp. 765-799

imputazione. Il complesso della responsabilità aquilana non può quindi esaurirsi nella riparazione, connotandosi al contrario per una poliedricità di funzioni. Si osserva che il danno patrimoniale si regge attorno al principio di equivalenza alla cui stregua il danneggiato ottiene una somma di denaro corrispondente alla perdita subita. In questo meccanismo si riassume la funzione compensativa. In alcune fattispecie, come ad esempio quelle nelle quali la punibilità è subordinata alla presenza di dolo o colpa grave, la logica della responsabilità è sanzionatoria, pur non essendo in discussione la funzione compensativa del risarcimento, alla luce del principio di equivalenza. Quest'ultimo, non ha copertura costituzionale e può essere messo in discussione nei casi previsti dalla legge, ma non è applicabile per il danno non patrimoniale, ontologicamente insuscettibile di valutazione economica. Proprio nel danno non patrimoniale è evidenziata una pluralità di funzioni del risarcimento, risultando molteplici le ragioni che inducono il legislatore ad azionare tale rimedio. Si osserva quindi che con i danni punitivi il danno non patrimoniale condivide l'idea della sanzione e la difficoltà connessa alla loro quantificazione, data l'inapplicabilità del principio della integrale riparazione.¹⁰⁸

Sul versante opposto si colloca la posizione di chi esclude che il fondamento normativo dei danni punitivi sia rinvenibile nell'articolo 2059 c.c., giacché tale norma non risponde ai requisiti essenziali che la Costituzione assegna all'istituto della riserva di legge. Essa richiama, invero, a sua volta una necessaria intermediazione legislativa, ma non

¹⁰⁸ C. SALVI, *Le funzioni della responsabilità civile e il volto italiano dei danni punitivi*, in Foro it. anno 2018, parte I, col. 2504

fissa dei presupposti che consentirebbero di rispettare i principi di tassatività e prevedibilità.¹⁰⁹

Secondo parte della dottrina nel riconoscimento di una funzione sanzionatoria sottesa all'articolo 2059 c.c. si cade in un equivoco: non si è inteso attribuire una funzione diversa alla responsabilità civile, ma al contrario ricondurre il danno non patrimoniale all'interno dell'impianto generale della responsabilità civile.¹¹⁰

Sulla base di quanto premesso si rilevano posizioni contrastanti circa il fondamento normativo dei danni punitivi nel nostro ordinamento. Naturalmente è opportuno un chiarimento sul punto. I danni punitivi possono essere comminati, ma richiedono delle disposizioni *ad hoc* a fronte della complessità delle fattispecie che possono legittimare la condanna al pagamento di un risarcimento che supera la mera compensazione.

¹⁰⁹ M. SESTA, *Risarcimenti punitivi e legalità costituzionale*, in *Rivista di diritto civile*, vol. 1, 2018, pp. 305-316

¹¹⁰ C. CASTRONOVO, *op. cit.*, pp. 765-799

L'autore nel contributo ribadisce l'estraneità dei danni punitivi dal nostro impianto della responsabilità civile. Osserva, in particolare, che le difficoltà che emergono in tema di quantificazione del danno non patrimoniale non possono condurre a ritenere che quest'ultimo abbia natura sanzionatoria. Ne consegue che l'ultra-compensazione continua ad essere esclusa. In particolare, nel momento in cui essa va oltre la legge (che richiede solo la riparazione) si pone in contrasto con gli articoli 23 e 25 Cost..

II CAPITOLO: I rimedi tipici previsti dall'ordinamento tra risarcimento, sanzione e restituzione: alla ricerca di un minimo comun denominatore

2. Introduzione; 2.1 La responsabilità processuale aggravata; 2.2 Le sanzioni civili; 2.3 L'azione in materia familiare; 2.4 Il danno ambientale; 2.5 L'arricchimento da fatto ingiusto; 2.6 L'azione di retroversione degli utili; 2.6.1 Alla ricerca di una valorizzazione del rimedio.

2. Introduzione

Nel capitolo precedente è stato esplorato il rimedio risarcitorio al fine di verificare se il tema dell'allocazione del *surplus* di ricchezza derivante dall'illecito possa essere risolto attraverso il riconoscimento di danni punitivi. È emerso che, nonostante la polifunzionalità della responsabilità civile, non sia possibile liquidare risarcimenti sanzionatori al di fuori dei casi espressamente tipizzati. Ciò anche in sede di delibazione di sentenze straniere.

La sentenza delle Sezioni Unite richiama una pluralità di disposizioni che dimostrano l'esistenza nel nostro ordinamento di fattispecie ultra-compensative. Il panorama normativo richiamato è alquanto eterogeneo. Accanto a fattispecie che presentano una linea di continuità con la responsabilità aquiliana, vi sono ipotesi che rispondono a logiche equitative, restitutorie, nonché alcune forme di coercizione indiretta. La pronuncia rappresenta sicuramente un profilo di innovatività allorché riconosce la polifunzionalità della responsabilità civile.

Giova, tuttavia, osservare che le principali ipotesi tipiche di risarcimento ultra-compensativo mirano a tutelare interessi ulteriori e

anche diversi rispetto a quello del danneggiato. L'ordinamento, del resto, devolve il *surplus* di ricchezza in alcune ipotesi allo Stato.

Come è stato osservato, negli ultimi anni il legislatore ha introdotto una serie di misure a carattere sanzionatorio che guardano alla posizione del danneggiante più che a quella del danneggiato. Tali ipotesi vengono erroneamente ricondotte alla categoria dei danni punitivi, da cui tuttavia si differenziano, e sarebbe più corretto qualificarle come "sanzioni pecuniarie civili punitive o indirette" che mutuano dal diritto penale solo la funzione di garantire il rispetto delle norme poste a tutela di interessi generali.¹¹¹

Merita di essere menzionata l'azione di retroversione degli utili, prevista dall'articolo 125 c.p.i., mediante la quale l'autore della condotta causativa del danno può essere condannato alla restituzione del profitto realizzato. Il rimedio in questione è stato da alcuni qualificato come una norma con funzione sanzionatoria, da altri come rimedio con funzione restitutoria e ci si chiede se dallo stesso sia ricavabile un principio generale dell'ordinamento giuridico che consente di restituire al danneggiato il profitto indebitamente ottenuto dal danneggiante.

Occorre tuttavia verificare se le fattispecie richiamate dalle Sezioni Unite possano essere inquadrare nell'ambito del rimedio *aquiliano* o se le stesse siano più propriamente delle sanzioni o dei rimedi restitutori.

La riflessione tra sanzione e restituzione impone di soffermarsi sulla dicotomia tra regole di condotte e regole di spettanza, spostando l'indagine sui rimedi apprestati dall'ordinamento per restituire somme

¹¹¹ P. PETRELLI, *Verso i «danni punitivi»?», op. cit.*, pp. 1187-1229

indebitamente conseguite, indipendentemente dalla liceità o illiceità della condotta.

Nel presente capitolo sono pertanto oggetto di analisi alcune ipotesi nelle quali si assiste ad una combinazione tra restituzione/sanzione e compensazione. La premessa di fondo è che restituzione del profitto illecito non equivale necessariamente a sanzione.

2.1 La responsabilità processuale aggravata

L'articolo 96 c.p.c. disciplina la responsabilità processuale aggravata. La norma prevede al primo comma che su domanda si parte, il giudice possa condannare il soccombente, che abbia agito resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, a risarcire il danno oltre alle spese. Ai sensi del secondo comma, qualora sia accertata l'inesistenza del diritto in relazione al quale sia stata eseguito un provvedimento cautelare o trascritta domanda giudiziale o iscritta ipoteca giudiziale, oppure iniziata o compiuta l'esecuzione forzata, il giudice può condannare il creditore procedente o l'attore che abbia agito senza la normale diligenza, a risarcire il danno alla controparte lesa. In forza dell'ultimo comma dell'articolo 96 c.p.c.: *“In ogni caso, quando pronuncia sulle spese ai sensi dell'articolo 91, il giudice, anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata”*.¹¹²

¹¹² Si rammenta che il legislatore del 2006 (D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40) ha introdotto nell'articolo 385 c.p.c. una forma di responsabilità aggravata non risarcitoria della parte soccombente nel contesto del giudizio di cassazione. Nel 2009 (L. 18 giugno 2009, n. 69) tale comma è stato abrogato e con l'introduzione del terzo comma dell'articolo 96 c.p.c. la responsabilità in questione è stata estesa a tutti i gradi del giudizio.

Emerge la differenza tra i primi due commi, che presuppongono un obbligo risarcitorio la cui quantificazione avviene secondo i tradizionali paradigmi del danno emergente e del lucro cessante, e l'ultimo comma che rinvia alla liquidazione equitativa del giudice. Il presupposto di operatività del rimedio è l'abuso dello strumento processuale, impiegato per conseguire scopi estranei rispetto alla tutela dei propri diritti.

Parte della dottrina ha evidenziato il rapporto di specialità sussistente tra responsabilità aggravata enucleata nei primi due commi dell'articolo 96 c.p.c. e l'articolo 2043 c.c.: ciò implica la possibilità di rinviare al rimedio generale per tutto ciò che non sia espressamente disciplinato (si pensi all'applicabilità del rimedio in forma specifica di cui all'articolo 2058 c.c.).¹¹³ Del resto, non è revocata in dubbio la natura risarcitoria dei primi due commi della disposizione.

L'illecito è "proprio", ossia può essere posto in essere dalla parte costituita in giudizio.

Le voci del danno per i primi due commi della disposizione devono essere provate nel loro specifico ammontare, sia che si tratti di danno patrimoniale, sia che si tratti di danno non patrimoniale. Ciò risulta coerente con le regole di riparto dell'onere probatorio in materia di responsabilità extracontrattuale.¹¹⁴ La giurisprudenza di legittimità

¹¹³ E. ESPOSITO, *La responsabilità processuale*, in P. FAVA, *La responsabilità civile*, 2017, pp. 2262-2263

¹¹⁴ Trib. Modena, Sez. II, 13 aprile 2012, n. 620 (con massima su DeJure): *"L'affermazione di responsabilità processuale aggravata della parte soccombente, secondo la previsione dell'art. 96, 1 comma, c.p.c., richiede la sussistenza di tre presupposti: 1) il carattere totale e non parziale della soccombenza; 2) l'elemento soggettivo, consistente nell'aver l'opponente agito con mala fede (dolo) o colpa grave (cioè consistente nella consapevolezza, o nell'ignoranza derivante dal mancato uso di un minimo di diligenza, dell'infondatezza delle proprie tesi, ovvero del carattere irrituale o fraudolento dei mezzi adoperati per agire o resistere in giudizio); 3) l'elemento oggettivo, rappresentato dalla dimostrazione della concreta ed effettiva esistenza di un danno subito dalla controparte come conseguenza diretta ed immediata di un simile comportamento, ciò che si ha quando appunto controparte deduca e dimostri la concreta ed effettiva esistenza di un danno in conseguenza di*

ritiene comunque applicabile l'articolo 1226 c.c. sul presupposto della temerarietà della lite.¹¹⁵

Occorre, a questo punto, soffermarsi sul terzo comma dell'articolo 96 c.p.c., disposizione ricca di peculiarità. In primo luogo si osserva che non si richiede la prova circa la sussistenza di un danno e dell'elemento soggettivo del soggetto agente. In secondo luogo, è richiamata la disposizione sulla liquidazione delle spese. L'inciso iniziale "in ogni caso" lascia presumere un'applicazione generalizzata dell'istituto, anche se *ratione materiae* può ritenersi connesso alla condotta temeraria delle parti nel processo. La ragione della autonomia rispetto ai primi due commi risiede nelle diverse modalità di rappresentazione e liquidazione del danno.

Parte della dottrina ritiene che l'articolo 96, comma 3, c.p.c., non può prescindere dall'accertamento dell'elemento soggettivo (non configurando una ipotesi di responsabilità oggettiva) e non assolve finalità sanzionatorie, sia alla luce dell'inquadramento sistematico, sia tenuto conto dell'attribuzione della somma al danneggiato e non all'erario. È, in particolare, criticato l'orientamento secondo il quale la norma integra un'ipotesi di responsabilità oggettiva.¹¹⁶

detto comportamento processuale, sicché il giudice non può liquidare il danno, neppure equitativamente, se dagli atti non risultino elementi atti ad identificarne concretamente l'esistenza. Tuttavia, il danno nella sua concretezza deve essere comunque provato, e tale esigenza probatoria è ineludibile, non potendo nemmeno la liquidazione equitativa sostituire le deficienze istruttorie sull'esistenza (e non l'entità) del medesimo."

¹¹⁵ Cass. Civ., Sez. IV, 15 aprile 2013, n. 9080 (con massima su DeJure): "In tema di responsabilità aggravata per lite temeraria, che ha natura extracontrattuale, la domanda di cui all'art. 96, primo comma, cod. proc. civ. richiede pur sempre la prova, incombente sulla parte istante, sia dell'"an" e sia del "quantum debeatur", o comunque postula che, pur essendo la liquidazione effettuabile di ufficio, tali elementi siano in concreto desumibili dagli atti di causa."

¹¹⁶ Il precedente articolo 385, comma 4, c.p.c. recitava: "Quando pronuncia sulle spese, anche nelle ipotesi di cui all'articolo 375, la Corte, anche d'ufficio, condanna, altresì, la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma, equitativamente determinata, non superiore al doppio dei massimi tariffari, se ritiene che essa ha proposto il ricorso o vi ha resistito anche solo con colpa grave". La disposizione prevedeva espressamente la sussistenza dell'elemento

Da ultimo le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno preso posizione sul tema ritenendo necessario presupposto della responsabilità in questione l'accertamento della mala fede o della colpa grave.¹¹⁷

Il dibattito sull'elemento soggettivo è intimamente connesso alla funzione assolta dal rimedio.

È stata da alcuni sostenuta la tesi secondo cui la norma integra una ipotesi di pena privata, a fronte della possibilità riconosciuta al giudice di liquidare senza alcun riferimento al danno effettivamente patito, nonché del riconoscimento della suddetta somma al soggetto danneggiato e non all'erario, anche in virtù della funzione superindividuale di deflazione del contenzioso assolta.¹¹⁸ C'è altresì

soggettivo, diversamente dall'articolo 96, comma 3, c.p.c. nel quale ogni riferimento di tal genere è stato espunto.

Per un approfondimento sulla giurisprudenza in materia vedi C. ASPRELLA, *L'art. 96, comma 3, c.p.c. tra danni punitivi e funzione indennitaria*, in *Il Corriere Giuridico*, vol. 12, 2016, pp. 1586-1595

¹¹⁷ Cass., Sez. un., 13 settembre 2018, n. 22405 (Massima su DeJure): *“La condanna ex art. 96, comma 3, c.p.c. è volta a salvaguardare finalità pubblicistiche, correlate all'esigenza di una sollecita ed efficace definizione dei giudizi, nonché interessi della parte vittoriosa ed a sanzionare la violazione dei doveri di lealtà e probità sanciti dall'art. 88 c.p.c., realizzata attraverso un vero e proprio abuso della "potestas agendi" con un'utilizzazione del potere di promuovere la lite, di per sé legittimo, per fini diversi da quelli ai quali esso è preordinato, con conseguente produzione di effetti pregiudizievoli per la controparte. Ne consegue che la condanna, al pagamento della somma equitativamente determinata, non richiede né la domanda di parte né la prova del danno, essendo tuttavia necessario l'accertamento, in capo alla parte soccombente, della mala fede (consapevolezza dell'infondatezza della domanda) o della colpa grave (per carenza dell'ordinaria diligenza volta all'acquisizione di detta consapevolezza), venendo in considerazione, a titolo esemplificativo, la pretestuosità dell'iniziativa giudiziaria per contrarietà al diritto vivente ed alla giurisprudenza consolidata, la manifesta inconsistenza giuridica delle censure in sede di gravame ovvero la palese e strumentale infondatezza dei motivi di impugnazione”*.

¹¹⁸ Cass., 21 novembre, 2017, n. 27623 (con massima su DeJure): *“In sede di liquidazione delle spese processuali, la condanna della parte soccombente al pagamento di una somma equitativamente determinata, che è una nuova figura di responsabilità aggravata, prescinde dall'accertamento dell'elemento soggettivo della responsabilità e si fonda sul riscontro di una condotta oggettivamente valutabile alla stregua di abuso del processo, quale l'aver agito o resistito pretestuosamente.”*

chi, specie a seguito della pronuncia delle Sezioni Unite in materia, qualifica la fattispecie come danno punitivo.¹¹⁹

La dottrina prevalente tende, tuttavia, ad escludere che si tratti di una ipotesi di danno punitivo, ritenendo più opportuno inquadrarla nell'ambito della responsabilità civile, la quale assume una natura multiforme. Ciò sulla base del presupposto dell'applicazione di tale rimedio in presenza dell'elemento soggettivo.¹²⁰ A differenza dei primi due commi, il giudice è destinatario del potere di condannare d'ufficio la parte soccombente al pagamento di una somma equitativamente determinata e svincolata dall'onere di provare il danno.¹²¹

Al riguardo, merita di essere menzionata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 96, comma 3, c.p.c. per contrasto con gli articoli 24, 3 e 111 Cost. In particolare, secondo il Tribunale di Firenze, la norma contempla un'ipotesi di condanna afflittiva e in quanto tale dovrebbe essere devoluta allo Stato e non alla controparte.¹²² Secondo il giudice delle leggi la decisione di devolvere il *quantum* al danneggiato mira a garantire maggiore effettività al rimedio ed assolve anche una funzione indennitaria nei confronti della

¹¹⁹ È richiamato l'orientamento dottrinale secondo il quale l'assenza di prova circa il danno subito, nonché l'elemento psicologico consentono di qualificare la disposizione in commento in termini di danno punitivo. Ciò troverebbe conferma nella pronuncia con la quale la Corte Costituzionale (chiamata a vagliare la legittimità della norma che devolve la somma al danneggiato e non allo Stato) ha affermato che la *ratio* sottesa è la sanzione di condotte abusive dello strumento processuale. Del resto, si parla di "somma" e non di risarcimento del danno ed è prevista l'azionabilità del rimedio anche d'ufficio per tutelare un interesse pubblicistico.

Per ogni approfondimento vedi P. PETRELLI, *Verso i «danni punitivi»?*, op. cit.

¹²⁰ Per un approfondimento sul rimedio vedi E. ESPOSITO, *La responsabilità processuale*, in P. FAVA, *La responsabilità civile*, op. cit.

¹²¹ Cass., 30 marzo 2018, n. 7901 (con massima su DeJure): "In tema di responsabilità aggravata, la condanna ex art. 96, comma 3, c.p.c. presuppone l'accertamento di un fatto illecito, qual è l'"abuso del processo", e richiede, pertanto, il necessario riscontro dell'elemento soggettivo della mala fede o della colpa".

¹²² Trib. Firenze, Sez. II, 16 dicembre 2014, ord. di rimessione.

vittima che non abbia potuto ottenere soddisfazione ai sensi dei primi due commi dell'articolo 96.¹²³

Alla norma l'orientamento prevalente tende a riconoscere natura sanzionatoria, essendo una forma di responsabilità collegata alla condotta abusiva e che prescinde dal danno subito.¹²⁴ In questo senso si è orientato anche il Tribunale di Firenze nell'ordinanza di rimessione.

È stato tuttavia evidenziato che ciò può creare problemi di inquadramento sistematico, in quanto la parte può agire a prescindere dai presupposti connessi alla lite temeraria, anche solo allorché l'agire in giudizio si sia rivelato infondato e non temerario. Se invece si riconduce nell'alveo della responsabilità processuale aggravata, devono sussistere i presupposti soggettivi della mala fede e della colpa grave. È stato conseguentemente sostenuto che la sentenza della Corte Costituzionale sembra aver dato “*un colpo al cerchio ed uno alla botte*” nella parte in cui afferma la natura afflittiva, ma poi ne riconosce una *ratio* indennitaria allorché la parte non sia in grado di fornire prova dell'*an* e del *quantum* ai sensi dei primi due commi. Si osserva altresì

¹²³ Corte costituzionale 23 giugno 2016, n. 152, (con massima pubblicata in Il Corriere Giuridico, vol. 12, 2016, pp. 1586-1595): “*Non è fondata la questione di costituzionalità dell'art. 96, comma 3, c.p.c. nella parte in cui prevede che la condanna dell'opponente al pagamento, oltre che delle spese di lite, di una ulteriore “somma equitativamente determinata”, sia pronunciata in favore dell'altra parte e non dello Stato. La novella del 2009 che ha esteso, con marginali varianti, a tutti i gradi di giudizio lo strumento deflattivo prima dettato per la sola fase di legittimità, non ha connotati di irragionevolezza ma riflette una delle possibili scelte del legislatore che non è costituzionalmente vincolato nella sua discrezionalità nell'individuare la parte beneficiaria di una misura che sanziona un comportamento processuale abusivo e che funga da deterrente al ripetersi di siffatta condotta*”

¹²⁴ In tal senso c'è chi sostiene che la norma assolve una funzione sanzionatoria e risarcitoria. Si tratta di una sanzione civile indiretta mediante la quale lo Stato scoraggia dall'utilizzo pretestuoso dello strumento processuale. Del resto, alcuni sostengono che si applichi cumulativamente e non alternativamente rispetto ai primi due commi dell'articolo 96 c.p.c. La natura sanzionatoria si riflette sulla quantificazione, giacché il giudice, una volta accertata la mala fede, provvede a liquidare la somma tenendo conto di quanto sia necessario per sanzionare la condotta abusiva e inibire la reiterazione della stessa in futuro.

M. FRANZONI, *La lite temeraria e il danno punitivo*, in Responsabilità Civile e Previdenza, fasc.4, 2015, pag. 1063B

che la tesi della natura risarcitoria e non sanzionatoria troverebbe conferma nella devoluzione della somma al danneggiato e non all'erario. Secondo la posizione in esame per poter ricondurre la norma a sistema non è possibile cumulare le somme dovute ai sensi dell'articolo 96, comma 1 e 96, comma 3, c.p.c.: “*si potrebbe ricorrere alla condanna ex art. 96, comma 3, c.p.c., soltanto in caso di difficoltà nella prova del danno e, quindi, in mancanza di liquidazione del risarcimento ex art. 96, comma 1, c.p.c.*”.¹²⁵

Circa il cumulo con le somme riconosciute ai sensi dei primi due commi della disposizione potrebbe invocarsi in senso contrario alla tesi esposta l'inciso “altresì” contenuto nell'articolo 96, comma 3, c.p.c. In particolare, allorché si afferma che il giudice può *altresì* condannare la parte soccombente al pagamento di una somma equitativamente determinata, si può riconoscere implicitamente il cumulo con quanto attribuito ai sensi dei primi due commi. Tale eventuale cumulo potrebbe indurre a riconoscere natura punitiva alla disposizione in commento, considerando altresì che la somma liquidata non sembra guardare al danno, ma alla condotta, a fronte della lesione di un diritto non solo individuale. Potrebbe apparire coerente una qualificazione in termini di risarcimento sanzionatorio tipico, liquidato equitativamente dal giudice.¹²⁶

¹²⁵ C. ASPRELLA, *L'art. 96, comma 3, c.p.c. tra danni punitivi e funzione indennitaria*, in *Il Corriere Giuridico*, vol. 12, 2016, pp. 1586-1595

¹²⁶ Come è stato correttamente osservato in dottrina, diverse sono le strade seguite dalla giurisprudenza in sede di liquidazione del danno. Sono stati presi in considerazione la gravità della condotta, il valore della controversia, gli interessi coinvolti e in alcuni casi anche il profitto realizzato dall'autore della violazione. L'impiego di tali parametri è connesso alla natura mista del rimedio, volto a sanzionare o ad indennizzare la parte vittoriosa. Parametrando in tal modo il *quantum* dovuto si supera il rigore dei primi due commi dell'articolo 96, c.p.c. e si impedisce al tempo stesso una indebita locupletazione della vittima, esaltando la portata elastica del rimedio previsto dal comma terzo della disposizione in commento. Il fatto che si prendano in considerazione tali criteri di quantificazione non implica, peraltro, la sussistenza di un danno *in re ipsa* (è richiamata a supporto la pronuncia Trib. Roma, 1 luglio 2017, n. 1338) essendo in questo caso configurabile una perdita economica e

La norma offre alcuni spunti: in presenza di una condotta inquadrabile nella lite temeraria che può ledere un interesse privato e un interesse pubblico il giudice può liquidare d'ufficio una somma equitativamente, prescindendo dalle componenti del danno emergente e del lucro cessante. Da ciò non si desume necessariamente che il *quantum* sia punitivo, salvo si voglia accogliere la tesi del cumulo con il danno riconosciuto ai sensi dei primi due commi. Aderendo tuttavia alla tesi che riconduce il rimedio in questione a sistema (e quindi ritiene necessario l'elemento psicologico), non può che trarsi un profilo di innovatività consistente nella possibilità di procedere ad una tecnica di liquidazione sganciata dalle componenti del danno emergente e del lucro cessante.

Ne consegue che l'articolo 96, comma 3, c.p.c. ben potrebbe configurare non un danno punitivo in senso stretto, ma il referente normativo di una tecnica di liquidazione del danno, che guarda all'attore e non alla parte, venendo in considerazione un interesse pubblico, ma senza al tempo stesso mettere in discussione i paradigmi della responsabilità civile.

I paragrafi seguenti possono corroborare tale tesi dimostrando che le sanzioni sono devolute allo stato e quindi tale non può essere l'articolo 96, comma 3, c.p.i. e che altri eventuali rimedi che guardano al danneggiante più che al danneggiato, pur essendo ispirati da logiche sanzionatorie o deterrenti, assolvono una funzione più propriamente restitutoria.

un danno psicologico per la parte vittoriosa, nonché un danno indiretto per la corretta amministrazione della giustizia.

S. DE LUCIA, *La lite temeraria tra indennità e sanzione*, in *Giurisprudenza Italiana* - Gennaio 2019, pp. 212-217

2.2 Le sanzioni civili

Con il D.Lgs. 7/2016, attuativo della Legge 28 aprile 2014, n. 67 è stato introdotto nel nostro ordinamento l'istituto delle c.d. sanzioni civili. Il processo di riforma del sistema delle pene ha comportato la trasformazione di alcune fattispecie delittuose in illeciti civili sottoposti a sanzioni pecuniarie civili. L'articolo 3 del decreto in esame prevede che i fatti compresi nel successivo articolo 4 (lesivi dell'onore, del patrimonio, della pubblica fede, ecc.) siano sottoposti "*oltre che alle restituzioni e al risarcimento del danno secondo le leggi civili, anche al pagamento della sanzione pecuniaria civile ivi stabilita*", se dolosi. Il secondo comma della disposizione rinvia all'articolo 2947, comma 1, c.c. circa il termine quinquennale di prescrizione. Tra i criteri impiegati ai fini della commisurazione si richiamano, ai sensi dell'articolo 5, la gravità della violazione, l'arricchimento del danneggiante, la personalità dell'agente e le sue condizioni economiche. Da ciò si desume la sussistenza di criteri che guardano al danneggiante più che al danneggiato. Pur essendo la somma in esame devoluta allo Stato, peculiare è il rinvio al termine prescrizione previsto in materia di responsabilità extracontrattuale.

Secondo parte della dottrina non è revocabile in dubbio, *prima facie*, l'intenzione del legislatore di introdurre una pena privata.¹²⁷ Il principale argomento a supporto è il dato letterale, in quanto nella relazione di accompagnamento sono espressamente richiamate le pene private.¹²⁸ Ciò non deve indurre, tuttavia, a confondere l'istituto di

¹²⁷ C. FAONE, *Le sanzioni civili previste dal D.Lgs. n. 7/2016 tra responsabilità e danno*, in *Responsabilità civile e previdenza*, n. 5, 2017, p. 1724

¹²⁸ Nel nostro ordinamento non è rintracciabile una definizione di pena privata e gli interpreti ne hanno individuato alcuni tratti caratterizzanti. Trattasi di sanzioni che vengono comminate in favore di un soggetto privato, indipendentemente dal pregiudizio sofferto da quest'ultimo.

nuova introduzione con i danni punitivi e con altre figure previste da leggi speciali: secondo la tesi in esame si configura uno strumento nuovo, di natura ibrida e di difficile collocazione sistematica. L'accessorietà rispetto al risarcimento depotenzia la funzione sanzionatoria (confermata dalla intrasmissibilità agli eredi) e anzi rende lo strumento inidoneo al fine. Ciò in quanto, nel nostro ordinamento, sono risarcibili i danni che superano una certa soglia di rilevanza.¹²⁹

Orbene le sanzioni in esame si riferiscono ai delitti contro l'onore, nonché a figure criminose (punibili su querela della parte offesa) poste a tutela del patrimonio nei rapporti interprivati.

Secondo autorevole dottrina la “chiave di volta” per comprendere l'istituto di nuova introduzione è l'articolo 3 del D.lgs. n. 7/2016, ai sensi del quale, come anticipato, la sanzione è dovuta oltre al risarcimento del danno e alle restituzioni..¹³⁰ Occorre, inoltre, volgere lo sguardo all'elemento soggettivo, essendo espressamente richiesto il

¹²⁹ Secondo la tesi in questione l'intervento di depenalizzazione ha prodotto l'introduzione di una nuova ipotesi tipizzata di danno non patrimoniale. Non occorre, invero, accertare la meritevolezza del bene protetto, in quanto le sanzioni pecuniarie civili scaturiscono da un intervento di depenalizzazione. Ciò presuppone, quindi, che l'indagine sia stata compiuta a monte dal legislatore.

Vedi C. FAONE, *Le sanzioni civili previste dal D.Lgs. n. 7/2016 tra responsabilità e danno*, op. cit.

¹³⁰ Si riporta un passaggio rilevante: “Non vi è dunque alcun utilizzo del diritto punitivo civile in chiave di complementarietà allo strumento penale – coerentemente del resto con la strada seguita in questo caso dal legislatore che è quella di un suo impiego parallelo alla depenalizzazione –, ma neppure un ricorso ad esso in ragione di una sua maggiore duttilità o capacità di attrarre condotte anche colpose. Ma è soprattutto la evidente natura punitiva dei nuovi illeciti a risaltare: la loro funzione generalpreventiva, dunque, e non certo di composizione interprivata del conflitto; e così pure il loro essere un quid che ben si differenzia dal risarcimento del danno – ad esso geneticamente legati, se ne distaccano poi quanto a caratteristiche e presupposti applicativi. Insomma, come ricordavamo prima, una pena che sottrae contenuti all'aggettivo privata – che di solito accompagna, come abbiamo visto, queste tipologie sanzionatorie – a favore della sua connotazione in chiave pubblicistica – confermata chiaramente dalla destinazione in via esclusiva allo Stato delle sanzioni irrogate”.

Vedi 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*, 29.07.2016

dolo. Secondo la tesi in esame il legislatore ha attinto dal sistema penalistico nella costruzione del nuovo istituto, come si evince chiaramente dalle norme contenute nel decreto, mutuando alcuni tratti dalla responsabilità civile, probabilmente a fronte della pregiudizialità dell'azione civilistica.¹³¹

Si considera rilevante un dato: la commissione di condotte dolose tipiche, lesive di beni inerenti rapporti interprivati, comporta la possibilità di incorrere non solo nel risarcimento del danno, ma anche nel pagamento di un *quantum* ulteriore volto probabilmente a riequilibrare l'insufficienza del danno emergente e del lucro cessante e ad inibire la reiterazione di condotte analoghe in futuro. Considerata la devoluzione allo Stato della relativa somma si considera prevalente la componente sanzionatoria.

Le sanzioni civili, che possono essere comminate unitamente al rimedio aquiliano dimostrano che nel nostro ordinamento alla responsabilità è affidata la compensazione e che le sanzioni, calcolate sulla base di una serie di parametri che guardano al danneggiante più che al danneggiato, sono devolute allo Stato e sono tipizzate.

2.3 L'azione in materia familiare

Una delle fattispecie richiamate dalla pronuncia delle Sezioni Unite del 2017 in materia di danni punitivi è l'articolo 709-ter c.p.c., introdotto dalla Legge 8 febbraio 2006, n. 54. La norma individua preliminarmente il giudice competente a decidere sulle controversie insorte in relazione alla potestà genitoriale e alle modalità

¹³¹ A. GULLO, *La depenalizzazione in astratto tra vecchi e nuovi paradigmi. Un'analisi dei decreti legislativi 7 e 8 del 15.1.2016*, op. cit.

dell'affidamento. Il secondo comma prevede che *“in caso di gravi inadempienze o di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore o ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento”* il giudice possa condannare il genitore responsabile al risarcimento del danno in favore del minore, o dell'altro genitore, nonché al pagamento di una sanzione amministrativa (compresa tra un minimo di 75 euro e un massimo di 5000) in favore della Cassa delle Ammende.

Una parte della dottrina richiama la disposizione sulle *astreintes*, ritenendola incompatibile con l'articolo 709-ter c.p.c.¹³²

Secondo la giurisprudenza di legittimità, il giudice ha la facoltà di disporre il rimedio risarcitorio e la sanzione amministrativa, senza dover compiere un accertamento specifico sul danno cagionato. Si osserva, invero, che la condanna si giustifica anche in relazione al pregiudizio arrecato al corretto adempimento delle prescrizioni giudiziali, coerentemente con la funzione sanzionatoria della norma.¹³³

La responsabilità in esame scatta allorché siano elusi i provvedimenti del giudice e sia al contempo arrecato un danno all'altro genitore o al minore. Ne consegue che i beni tutelati sono da un lato la genitorialità e dall'altro l'interesse pubblico all'adempimento dei provvedimenti giurisdizionali. La finalità sanzionatoria è riconosciuta dalla prevalente dottrina.

¹³² M. P. MANNI, *La responsabilità per violazione degli obblighi familiari*, in P. FAVA, *La responsabilità civile*, Giuffrè ed., II ed., 2018, p. 2225-2226

¹³³ Cass. Civ., Sez. I, Ord. 27 giugno 2018, n. 16980 (con massima in Giustizia Civile Massimario 2018, reperibile su DeJure): *“Le misure sanzionatorie previste dall'art. 709-ter c.p.c. e, in particolare, la condanna al pagamento di sanzione amministrativa pecuniaria, sono suscettibili di essere applicate facoltativamente dal giudice nei confronti del genitore responsabile di gravi inadempienze e di atti “che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento”; esse, tuttavia, non presuppongono l'accertamento in concreto di un pregiudizio subito dal minore, poiché l'uso della congiunzione disgiuntiva “od” evidenzia che l'aver ostacolato il corretto svolgimento delle prescrizioni giudiziali è un fatto che giustifica di per sé l'irrogazione della condanna, coerentemente con la funzione deterrente e sanzionatoria intrinseca alla norma richiamata”*.

Secondo una tesi, a differenza dell'illecito endofamiliare che richiede una prova specifica del danno cagionato, l'articolo 709-ter c.p.c. conferisce rilievo alla gravità della condotta posta in essere (per quanto concerne l'*an*) e al patrimonio del genitore danneggiante (per quanto concerne il *quantum*). La rilevanza del bene leso legittima il ricorso ad un rimedio che supera i confini della funzione compensativa per approdare a quella sanzionatoria. Ne consegue che la linea di confine rispetto ai danni punitivi è molto sottile.¹³⁴

Si osserva sul punto, che l'ordinamento intende lasciare inalterato lo statuto della responsabilità civile e, pur sanzionando la condotta, prevede che la relativa somma sia devoluta alla Cassa delle Ammende. Si tratta anche in questo caso di una sanzione che trascende il danno.¹³⁵

La norma parla letteralmente di sanzione amministrativa pecuniaria a carico del genitore "responsabile" e ne fissa il tetto. Non si intravedono meccanismi moltiplicatori. Ciò in quanto lo Stato ripudia forme di arricchimento senza causa, ma non è indifferente all'esigenza di introdurre meccanismi di deterrenza.

¹³⁴ A. MENDOLA, *Il danno da privazione del rapporto genitoriale e le nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, fasc.2, 2019, p. 905

¹³⁵ Si riporta quanto sostenuto da parte della dottrina circa la natura della disposizione in commento: "[...]Dall'esame delle pronunce si evince che la condanna prevista all'art. 709 ter, comma 2, nn. 2 e 3 c.p.c. viene configurata in termini di danno punitivo con la conseguenza che la valutazione del giudice prescinde dall'accertamento dell'effettiva sussistenza degli elementi richiesti dall'art. 2043 c.c. e deve essere improntata a criteri equitativi e che il meccanismo sanzionatorio previsto dall'art. 709 ter c.p.c. è applicabile d'ufficio in ragione della funzione punitiva o comunque improntata, sotto forma di dissuasione indiretta, alla cessazione del protrarsi dell'inadempimento degli obblighi familiari che, attesa la loro natura personale, non sono di per sé coercibili né suscettibili di esecuzione diretta."

Vedi P. PETRELLI, *Verso i «danni punitivi»?*, op. cit., p. 1220

2.4 Il danno ambientale

La risarcibilità del danno ambientale è un tema relativamente recente e caratterizzato da una continua evoluzione. Nel silenzio dei costituenti i primi interventi sul punto sono riconducibili ad alcune pronunce giurisprudenziali volte a riconoscere la tutela dell'ambiente in virtù degli articoli 2, 3 e 32 Cost. In alcune successive sentenze è stata affermata la natura di bene immateriale unitario, scomponibile in vari segmenti suscettibili anche di fruizione individuale, con la conseguente esigenza di uniformità sotto il profilo della tutela. Ciò trova conferma nella competenza esclusiva dello Stato, ai sensi dell'articolo 117, comma 2, lett. s) della Costituzione, a seguito della riforma del Titolo V.¹³⁶

Con l'articolo 174 del Trattato di Maastricht è stato per la prima volta codificato il principio "chi inquina paga" volto a garantire che i costi ricadano su chi ha prodotto il danno e non sulla collettività.¹³⁷

Nel nostro ordinamento occorre attendere la legge istitutiva del Ministero dell'ambiente per un riferimento specifico al danno

¹³⁶ C. BOVINO, B. BIANCANELLO, *Il danno all'ambiente dalla normativa alle corti*, in *Il Corriere Giuridico*, 2017, vol. 3, pp. 397-409

¹³⁷ Una parte della dottrina chiarisce che attorno al suddetto principio ruota l'intero tema della responsabilità ambientale. È, in particolare, evidenziata la sua portata precettiva e non meramente programmatica. La *ratio* sottesa è evitare che i costi gravino sulla collettività, a fronte delle peculiarità del bene ambiente. Si vuole al tempo stesso garantire una internalizzazione dei costi per l'impresa che, essendo chiamata a rispondere, agirà preventivamente cercando di evitare la produzione di un danno. Per questa ragione, il principio "chi inquina paga" non ha solo una finalità repressiva, ma anche di prevenzione. Sul punto, si richiamano anche i principi di prevenzione e precauzione, individuati dall'articolo 191, paragrafo 2, T.F.U.E., ai sensi del quale: "*La politica dell'Unione in materia ambientale mira a un elevato livello di tutela, tenendo conto della diversità delle situazioni nelle varie regioni dell'Unione. Essa è fondata sui principi della precauzione e dell'azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché sul principio chi inquina paga*". Si registra una anticipazione della soglia di tutela.

Vedi M. FRATINI, *Il sistema del diritto civile*, vol. 2, Dike giuridica editrice, pp. 142-143

ambientale. In particolare, l'articolo 18 della Legge 8 luglio 1986, n. 349, ha previsto che chi cagiona un danno violando disposizioni di legge o di regolamenti è tenuto a risarcirlo.¹³⁸ Originariamente è prevalsa la c.d. concezione normativa del danno ambientale secondo la quale il legislatore ha attribuito rilevanza al danno evento, ossia alla lesione al bene ambiente in sé, giacché le conseguenze potrebbero giungere ad una situazione di irreversibilità. In una pronuncia relativa alla individuazione del giudice competente, le Sezioni Unite hanno sottolineato la specialità del rimedio e hanno qualificato l'ambiente come bene immateriale unitario.¹³⁹ Il tutto risultava coerente con la

¹³⁸ Articolo 18 della Legge 8 luglio 1986, n. 349: “1. Qualunque fatto doloso o colposo in violazione di disposizioni di legge o di provvedimenti adottati in base a legge che comprometta l'ambiente, ad esso arrecando danno, alterandolo, deteriorandolo o distruggendolo in tutto o in parte, obbliga l'autore del fatto al risarcimento nei confronti dello Stato.

2. Per la materia di cui al precedente comma 1 la giurisdizione appartiene al giudice ordinario, ferma quella della Corte dei conti, di cui all'articolo 22 del Decreto del Presidente della Repubblica 10 gennaio 1957, n. 3.

3. L'azione di risarcimento del danno ambientale, anche se esercitata in sede penale, è promossa dallo Stato, nonché dagli enti territoriali sui quali incidano i beni oggetto del fatto lesivo.

4. Le associazioni di cui al precedente articolo 13 e i cittadini, al fine di sollecitare l'esercizio dell'azione da parte dei soggetti legittimati, possono denunciare i fatti lesivi di beni ambientali dei quali siano a conoscenza.

5. Le associazioni individuate in base all'articolo 13 della presente legge possono intervenire nei giudizi per danno ambientale e ricorrere in sede di giurisdizione amministrativa per l'annullamento di atti illegittimi.

6. Il giudice, ove non sia possibile una precisa quantificazione del danno, ne determina l'ammontare in via equitativa, tenendo comunque conto della gravità della colpa individuale, del costo necessario per il ripristino, e del profitto conseguito dal trasgressore in conseguenza del suo comportamento lesivo dei beni ambientali.

7. Nei casi di concorso nello stesso evento di danno, ciascuno risponde nei limiti della propria responsabilità individuale.

8. Il giudice, nella sentenza di condanna, dispone, ove possibile, il ripristino dello stato dei luoghi a spese del responsabile.

9. Per la riscossione dei crediti in favore dello Stato risultanti dalle sentenze di condanna si applicano le norme di cui al testo unico delle disposizioni di legge relative alla riscossione delle entrate patrimoniali dello Stato, approvato con Regio Decreto 14 aprile 1910, n. 639”.

¹³⁹ Cass., Sez. Un., 25 gennaio 1989, n. 440 (con massima su Diritto e Fiscalità dell'assicurazione 1989, 529, reperibile su *De Jure*): “L'art. 18 L. 8 luglio 1986 n. 349 istitutiva del Ministero dell'ambiente, che, dopo aver previsto la responsabilità risarcitoria nei confronti dello Stato a carico degli autori di fatti illeciti che compromettano l'ambiente (arrecandovi danni, alterandolo, deteriorandolo o

legittimazione riservata allo Stato e agli enti pubblici sui quali il bene insisteva.

Successivamente è stata sostenuta la sussistenza di un sistema misto derivante dall'innesto dell'articolo 18 nell'articolo 2043 c.c.: dal primo è mutuato l'autonomo rilievo del danno evento e dal secondo il sistema della responsabilità oggettiva in presenza di attività pericolose.¹⁴⁰

La giurisprudenza di legittimità ha tuttavia riconosciuto la peculiarità del danno ambientale, considerando che il bene oggetto di tutela è una realtà immateriale, espressione di un autonomo "valore collettivo" suscettibile di tutela. Le peculiarità del suddetto bene immateriale portano al superamento della funzione compensativa.¹⁴¹

A ben vedere, una logica velatamente sanzionatoria della norma si poteva desumere dal comma 6 che attribuiva al giudice la facoltà di liquidare il danno considerando la gravità della colpa, il profitto ottenuto dall'autore della violazione, e altri parametri tesi a punire più che a compensare.

Il suddetto impianto è stato, comunque, messo in discussione a seguito della adozione della Direttiva 2004/35/CE del Parlamento

distruggendolo in tutto o in parte), stabilisce, per tale materia, la giurisdizione del giudice ordinario, facendo salva quella della corte dei conti solo per il caso di cui all'art. 22 D.P.R. 10 gennaio 1957 n. 3 (giudizio di rivalsa per le ipotesi nelle quali l'amministrazione, a seguito di lesioni di diritti del terzo, provocate dal proprio dipendente in connessione con un danno ambientale, abbia provveduto a risarcire detto terzo), trova immediata applicazione nelle controversie in corso, ove sia ancora in discussione la giurisdizione. Pertanto in applicazione di detta norma, la quale, peraltro, non si pone in contrasto con gli art. 103 e 25 Cost., ed è coerente con la delimitazione del danno cosiddetto erariale a quello che si traduca in una accertata perdita di tipo finanziario per la P.A., deve negarsi la giurisdizione contabile della corte dei conti, per pretese risarcitorie nei confronti di funzionari che abbiano dolosamente o colposamente cagionato pregiudizio all'ambiente (nella specie, inquinamento delle acque del Tirreno, in relazione all'indebita autorizzazione di scarichi industriali di imprese private), trattandosi di azioni devolute alla cognizione del giudice ordinario".

¹⁴⁰ Cass. Sez. I, 1 settembre 1995, n. 9211

¹⁴¹ Cass. Pen., Sez. III, 2 maggio 2007, n. 16575

Europeo e del Consiglio che ha lasciato ampio spazio agli Stati Membri, limitandosi a definire solo gli aspetti essenziali. I criteri ispiratori sono due: rimane fermo il principio “chi inquina paga”; assumono preminente rilievo le misure riparatorie e di prevenzione. Come si legge nel secondo *Considerando* della Direttiva: “*La prevenzione e la riparazione del danno ambientale dovrebbero essere attuate applicando il principio «chi inquina paga», quale stabilito nel Trattato e coerentemente con il principio dello sviluppo sostenibile. Il principio fondamentale della presente Direttiva dovrebbe essere quindi che l'operatore la cui attività ha causato un danno ambientale o la minaccia imminente di tale danno sarà considerato finanziariamente responsabile in modo da indurre gli operatori ad adottare misure e a sviluppare pratiche atte a ridurre al minimo i rischi di danno ambientale*”.¹⁴² Digni di menzione sono anche i principi di sussidiarietà, proporzionalità e necessità, quest'ultimo inteso come livello minimo di tutela che deve essere garantito al bene ambiente. Giova precisare che l'ambito di operatività della Direttiva è la tutela dell'ambiente, inteso come interesse diffuso. La conferma si desume anche dal secondo paragrafo dell'articolo 16, ai sensi del quale: “*La presente Direttiva non preclude l'adozione da parte degli Stati membri di idonee misure, come il divieto di doppio recupero, quando un doppio recupero dei costi potrebbe verificarsi come conseguenza di un'azione concorrente da parte di un'autorità competente a norma della presente*

¹⁴² La Direttiva circoscrive la nozione di danno ambientale. Il Considerando n. 13 chiarisce sul punto: “*A non tutte le forme di danno ambientale può essere posto rimedio attraverso la responsabilità civile. Affinché quest'ultima sia efficace è necessario che vi siano uno o più inquinatori individuabili, il danno dovrebbe essere concreto e quantificabile e si dovrebbero accertare nessi causali tra il danno e gli inquinatori individuati. La responsabilità civile non è quindi uno strumento adatto per trattare l'inquinamento a carattere diffuso e generale nei casi in cui sia impossibile collegare gli effetti ambientali negativi a atti o omissioni di taluni singoli soggetti*”.

Direttiva e di una persona la cui proprietà abbia subito un danno ambientale”.

A fronte del bene preso in considerazione la Direttiva predilige forme di riparazione volte a ripristinare lo *status quo ante*. La prospettiva di un'azione risarcitoria speciale rispetto all'articolo 2043 c.c., che guarda anche al danneggiante e a legittimazione riservata, delineata dall'articolo 18, sembra essere stata superata. Il legislatore ha quindi recepito la disciplina europea con il Codice dell'ambiente, introdotto mediante D.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, che ha ridisegnato il tema della responsabilità ambientale. In primo luogo per danno ambientale si intende “[...] qualsiasi deterioramento significativo e misurabile, diretto o indiretto, di una risorsa naturale o dell'utilità assicurata da quest'ultima” (articolo 300, comma 1). La nozione adottata contiene un riferimento alla “significatività”, non presente nella definizione della Direttiva.¹⁴³ Rimangono escluse le ipotesi di inquinamento graduale che raggiungono la soglia di rilevanza solo nel lungo periodo.¹⁴⁴ L'articolo 318 ha inoltre abrogato l'articolo 18 della Legge 8 luglio 1986, n. 349. Coerentemente con l'impianto delineato dalla Direttiva, si considera il danno arrecato dagli operatori, ossia coloro che svolgono attività dalle quali possa derivare un pregiudizio. Ai sensi dell'articolo 311 la legittimazione a chiedere il risarcimento spetta al Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio. Il secondo comma della disposizione prevede poi che gli operatori appartenenti a determinati settori indicati nell'allegato 5 al decreto, siano tenuti all'adozione delle misure di ripristino tempestivamente, individuando

¹⁴³ Ai sensi dell'articolo 2, comma 2 della Direttiva, per danno si intende “*un mutamento negativo misurabile di una risorsa naturale o un deterioramento misurabile di un servizio di una risorsa naturale, che può prodursi direttamente o indirettamente*”

¹⁴⁴ D. BARBIERATO, *Il risarcimento de danno e le sue funzioni*, Jovene 2012, p. 69.

quella che in dottrina è considerata una responsabilità oggettiva.¹⁴⁵ Negli altri casi operano i criteri di imputazione di dolo e colpa. Quando il responsabile non provvede ad adottare le misure riparatorie, il Ministero dell'ambiente agisce per recuperare i costi sostenuti. In deroga al tradizionale regime della responsabilità risarcitoria, il risarcimento in forma specifica è il primo rimedio azionato: l'articolo 311, comma 1 del codice dell'ambiente consente di ricorrere al risarcimento per equivalente monetario solo "se necessario".¹⁴⁶

Per quanto concerne la quantificazione di quest'ultimo, una parte della dottrina ha osservato che con l'abrogazione dell'articolo 18 della Legge istitutiva del Ministero dell'ambiente, sono venuti meno i criteri para-sanzionatori e la responsabilità per danno ambientale si avvicina al tradizionale impianto dell'articolo 2043 c.c.: si prende in considerazione il danno accertato.¹⁴⁷

Con l'articolo 5-bis del Decreto Legge 25 settembre 2009, n. 135 (Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee) convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, Legge 20 novembre 2009, n. 166, si è inteso stabilire che il danno all'ambiente si risarcisce mediante misure di riparazione primaria, complementare e compensativa e con l'articolo art. 25, comma 1, lett. f), Legge 6 agosto 2013, n. 97, è stato addirittura espunto il riferimento al risarcimento per equivalente monetario nella rubrica dell'articolo 311. Il rimedio permane, pur essendo una *estrema ratio*. Si osserva, peraltro, che ai sensi dell'articolo 311, comma 3: "*Con decreto del Ministro*

¹⁴⁵ Vedi sull'argomento del danno ambientale anche P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno* op. cit., p. 270

¹⁴⁶ Si rammenta che, invece, ai sensi dell'articolo 2058 c.c. la reintegrazione opera su richiesta del danneggiato, ove non risulti eccessivamente onerosa secondo la valutazione del giudice.

¹⁴⁷ D. MORGANTE, G. MACCARRONE, *La responsabilità per danno all'ambiente*, in P. FAVA, *La responsabilità civile*, II ed., 2018, p. 2176

dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, sentito il Ministro dello sviluppo economico, da adottare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della Legge 23 agosto 1988, n. 400, sono definiti, in conformità a quanto previsto dal punto 1.2.3 dell'allegato 3 alla presente parte sesta i criteri ed i metodi, anche di valutazione monetaria, per determinare la portata delle misure di riparazione complementare e compensativa”.

Emerge la differenza tra il risarcimento per equivalente e le misure riparatorie complementari e compensative. La logica della normativa è la eliminazione del danno, non la sua compensazione. Le misure di riparazione complementari e compensative sono volte ad assicurare il ripristino dello *status quo ante* in un sito diverso rispetto a quello danneggiato. Ne consegue che nella individuazione dei costi per la riparazione del danno ambientale si considerano parametri che non guardano al bene leso, ma a quanto necessario per la bonifica. In ciò risiede la specialità di questo tipo di illecito rispetto al tradizionale regime della responsabilità aquiliana.¹⁴⁸

Il Ministro dell'ambiente può agire in sede amministrativa o giurisdizionale: nel primo caso invita il responsabile a ripristinare lo stato dei luoghi entro un termine stabilito. In caso di inadempimento, lo Stato ingiunge il pagamento dei relativi costi. Allorché il responsabile del danno non sia individuabile o, in caso di suo inadempimento, il proprietario del sito inquinato (se diverso dal danneggiante) è tenuto al rimborso delle spese sostenute dallo Stato nei limiti del valore del bene, ai sensi dell'articolo 253 del codice dell'ambiente.¹⁴⁹ Si configura un

¹⁴⁸ M. FRATINI, *Il sistema del diritto civile*, op. cit., pp. 145-146

¹⁴⁹ Articolo 253 del codice dell'ambiente: “1. Gli interventi di cui al presente titolo costituiscono onere reale sui siti contaminati qualora effettuati d'ufficio dall'autorità competente ai sensi dell'articolo 250. L'onere reale viene iscritto a

onere reale che opera in relazione alle utilità ricavate dal proprietario del fondo a fronte della bonifica dello stesso. Per il proprietario il ripristino costituisce una facoltà, ai sensi dell'articolo 245 del codice dell'ambiente.¹⁵⁰ Né tanto meno sussiste un obbligo di ripristino in assenza del nesso di causalità tra la mera titolarità del fondo e il danno provocato da terzi.¹⁵¹ Il Consiglio di Stato ha riconosciuto sul punto “[...] la legittimità, alla luce dei principi desumibili dal diritto Europeo di matrice unionale, dell'impianto del Codice dell'ambiente che esclude l'imposizione, a carico del proprietario estraneo all'inquinamento del sito, di misure di prevenzione o di riparazione, fatta eccezione per quelle che il soggetto intraprenda spontaneamente ai sensi dell'art. 245 [...]” e ha concluso che “[...] Al più tale soggetto, in qualità di proprietario dell'area, potrà essere chiamato, nel caso, a rispondere sul piano patrimoniale e a tale titolo potrà essere tenuto al rimborso

seguito della approvazione del progetto di bonifica e deve essere indicato nel certificato di destinazione urbanistica.

2. Le spese sostenute per gli interventi di cui al comma 1 sono assistite da privilegio speciale immobiliare sulle aree medesime, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 2748, secondo comma, del codice civile. Detto privilegio si può esercitare anche in pregiudizio dei diritti acquistati dai terzi sull'immobile.

3. Il privilegio e la ripetizione delle spese possono essere esercitati, nei confronti del proprietario del sito incolpevole dell'inquinamento o del pericolo di inquinamento, solo a seguito di provvedimento motivato dell'autorità competente che giustifichi, tra l'altro, l'impossibilità di accertare l'identità del soggetto responsabile ovvero che giustifichi l'impossibilità di esercitare azioni di rivalsa nei confronti del medesimo soggetto ovvero la loro infruttuosità”.

¹⁵⁰ L'articolo 245, comma 2, del codice dell'ambiente recita: “È comunque riconosciuta al proprietario o ad altro soggetto interessato la facoltà di intervenire in qualunque momento volontariamente per la realizzazione degli interventi di bonifica necessari nell'ambito del sito in proprietà o disponibilità”.

¹⁵¹ Occorre chiarire alcuni passaggi. Il proprietario non può essere chiamato a rispondere ai sensi dell'articolo 2051 c.c., non potendo essere necessariamente considerato custode. Né tanto meno sussiste una lacuna normativa legittimante il rinvio al rimedio generale previsto dal codice civile, potendosi applicare gli articoli 240 ss. del codice dell'ambiente. Non può neanche ipotizzarsi una responsabilità oggettiva perché nel nostro ordinamento non esistono forme di responsabilità in assenza del nesso di causalità, ossia di mera posizione, ma soltanto ipotesi in cui si presume l'elemento soggettivo e ciò conduce ad una inversione dell'onere della prova. Il tema è stato affrontato da M. FRATINI, *Il sistema del diritto civile*, vol. 2, op. cit., pp. 147-148 (nota n. 14).

*delle spese relative agli interventi effettuati dall'autorità competente nel limite del valore di mercato del sito determinato dopo l'esecuzione di tali interventi, secondo quanto desumibile dal contenuto dell'art. 253 del Codice dell'ambiente [...]”.*¹⁵²

Rimane, tuttavia, la peculiarità di alcune disposizioni. L'articolo 313 pone al settimo comma il divieto del doppio recupero dei costi, ossia se è stato risarcito il danno, non possono essere recuperati altri costi a seguito di azioni concorrenti di altre autorità amministrative. È fatto salvo il diritto di agire in giudizio per coloro che abbiano subito un danno patrimoniale (e non) ai propri beni, in conseguenza della condotta illecita.¹⁵³

Da alcuni è stato osservato che la decisione di porre un tetto massimo mediante il divieto di cumulo sia sintomatica della funzione compensativa e non sanzionatoria della responsabilità ambientale, giacché il danneggiante non può pagare in misura superiore all'integrale risarcimento spettante al danneggiato. Non si comprende se il cumulo si riferisca solo alle azioni risarcitorie o anche alle sanzioni pecuniarie. Secondo un orientamento, fedelmente al dato testuale che rinvia alle azioni proposte da altre autorità diverse dal Ministro

¹⁵² Cons. St., Sent. 7 novembre 2016, n. 4647. Si richiama inoltre la pronuncia della Corte di Giustizia, 2015 n. 534 in C- 534/13 secondo cui: “[...] la direttiva 2004/35 deve essere interpretata nel senso che non osta a una normativa nazionale come quella di cui trattasi nel procedimento principale, la quale, nell'ipotesi in cui sia impossibile individuare il responsabile della contaminazione di un sito o ottenere da quest'ultimo le misure di riparazione, non consente all'autorità competente di imporre l'esecuzione delle misure di prevenzione e di riparazione al proprietario di tale sito, non responsabile della contaminazione, il quale è tenuto soltanto al rimborso delle spese relative agli interventi effettuati dall'autorità competente nel limite del valore di mercato del sito, determinato dopo l'esecuzione di tali interventi [...]”.

¹⁵³ La norma recita: “Nel caso di intervenuto risarcimento del danno, sono esclusi, a seguito di azione concorrente da parte di autorità diversa dal Ministro dell'ambiente e della tutela territorio e del mare, nuovi interventi comportanti aggravio di costi per l'operatore interessato. Resta in ogni caso fermo il diritto dei soggetti danneggiati dal fatto produttivo di danno ambientale, nella loro salute o nei beni di loro proprietà, di agire in giudizio nei confronti del responsabile a tutela dei diritti e degli interessi lesi”.

dell'ambiente, la disposizione esclude il cumulo tra sanzione pecuniaria e risarcimento per equivalente.¹⁵⁴ Del resto, l'unico legittimato a richiedere il risarcimento è il Ministero dell'ambiente. I poteri sanzionatori sono invece riconosciuti in materia penale all'autorità giudiziaria e in materia amministrativa agli enti locali, ai sensi dell'articolo 262 del codice. Una tale interpretazione conduce a ritenere che il legislatore abbia inteso surrogare la sanzione amministrativa.

Giova, infine, richiamare la pronuncia della Corte Costituzionale, intervenuta sul tema della legittimazione ad agire per la tutela del danno ambientale, nella quale si legge che a seguito dell'entrata in vigore del codice dell'ambiente la funzione è la riparazione del bene pregiudicato, a differenza del modello precedente, inquadrabile nell'ambito della responsabilità extracontrattuale per lesione di un qualsiasi interesse giuridicamente rilevante.¹⁵⁵ La tutela

¹⁵⁴D. MORGANTE, G. MACCARRONE, *La responsabilità per danno all'ambiente*, op. cit., p. 2181

¹⁵⁵ Corte Cost., 1 giugno 2016, n. 126 (con massima su Giurisprudenza Costituzionale 2016, 3, 1018, reperibile De Jure): “*Non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 311, comma 1, d.lg. 3 aprile 2006, n. 152, censurato, per violazione degli artt. 2, 3, 9, 24 e 32 Cost., nonché del principio di ragionevolezza, nella parte in cui attribuisce al Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, e per esso allo Stato, la legittimazione all'esercizio dell'azione per il risarcimento del danno ambientale, escludendo la legittimazione concorrente o sostitutiva della Regione e degli enti locali sul cui territorio si è verificato il danno. Infatti, la nuova disciplina del potere di agire in via risarcitoria contenuta nella disposizione censurata si inserisce coerentemente nel nuovo contesto normativo e giurisprudenziale che, in attuazione della direttiva comunitaria CE 21 aprile 2004 n. 35, colloca il profilo risarcitorio in una posizione accessoria rispetto alla riparazione. Emerge così l'esigenza di una gestione unitaria, alla quale non può sottrarsi la fase risarcitoria, essendo volta a garantire alla istituzione su cui incombe la responsabilità del risanamento, la disponibilità delle risorse necessarie che hanno questa specifica ed esclusiva destinazione. Ciò non esclude che ai sensi della norma censurata sussista il potere di agire di altri soggetti, comprese le istituzioni rappresentative di comunità locali, per i danni specifici da essi subiti, ulteriori e diversi rispetto a quello, generico, della lesione dell'ambiente come bene pubblico e diritto fondamentale di rilievo costituzionale. Quanto al paventato rischio di una inazione statuale, specie nel caso di sovrapposizione tra danneggiato e danneggiante, il sistema è idoneo a scongiurarlo, posto che, da un lato, la proposizione della domanda nel processo penale è solo una delle opzioni previste dal legislatore, potendo lo Stato agire direttamente in sede civile, o in via amministrativa, e, dall'altro, il codice dell'ambiente prevede che le Regioni, le Province autonome e gli*

risarcitoria è complementare con la funzione amministrativa di ripristino delle risorse ambientali ed è coerente con la legittimazione riservata allo Stato.¹⁵⁶

Sulla base di quanto premesso, in relazione ai principali caratteri della responsabilità ambientale, emerge che la caratteristica di bene immateriale a fruizione collettiva tende a connotare gli strumenti di tutela. I punti da attenzione sono riassuntivamente i seguenti:

enti locali, anche associati, possono, a tutela dell'interesse alla tempestività ed effettività degli interventi di risanamento, presentare al Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, denunce e osservazioni, corredate da documenti ed informazioni, concernenti qualsiasi caso di danno ambientale o di minaccia imminente di danno ambientale e chiedere l'intervento statale a tutela dell'ambiente. Di tale interesse — suscettibile di tutela giurisdizionale già secondo principi generali — è espressamente prevista l'azionabilità dinanzi al giudice amministrativo”.

¹⁵⁶ Parte della dottrina ha osservato che la suddetta funzione conservativa non implica necessariamente il diritto di agire dello Stato. Si riporta quanto sostenuto sul punto: *“In linea di principio, la correlazione con la funzione conservativa e ripristinatoria, non deve necessariamente comportare la limitazione della legittimazione ad agire alla sola autorità governativa (Ministero dell'ambiente e/o Ministero per i beni culturali), poiché non si può escludere che la funzione di conservare le risorse naturali e di ripristinarle sia affidata ad altri soggetti pubblici: si pensi agli enti preposti alla tutela delle aree protette, che peraltro mantengono il diritto a fare valere una specifica disciplina risarcitoria; ovvero agli enti deputati alla conservazione e al miglioramento dei profili qualitativi e quantitativi dei corpi idrici; o ancora agli enti territoriali, competenti a disporre le riparazioni previste dalla materia della bonifica dei suoli e delle acque contaminate. Si può quindi interpretare il dato normativo – e l'orientamento giurisprudenziale conseguente – nel senso che sia venuta meno la legittimazione degli enti territoriali quali soggetti esponenziali delle collettività, senza escludere che taluni enti, per continuare a svolgere efficacemente le proprie funzioni di conservazione delle risorse, siano comunque legittimati ad agire per il risarcimento del danno ambientale.*

L'idea che sia venuta meno la legittimazione ad agire degli enti territoriali nella qualità di soggetti esponenziali della collettività trova una precisa conferma nelle voci di danno ambientale oggetto della diversa disciplina risarcitoria prevista dal codice dell'ambiente: danno ambientale non è considerato soltanto il danno alle risorse naturali, ma anche il danno alle utilità che tali risorse conferiscono alla collettività. Utilità ambientali che ove siano oggetto di perdite, anche di natura temporanea, vanno reintegrate, secondo la disciplina della responsabilità ambientale, principalmente attraverso quelle che sono definite misure compensative. Le misure compensative non sono elargizioni di denaro alle collettività, o a quelle parti di collettività, che siano state lese dalla perdita delle utilità derivanti dall'ambiente: piuttosto sono misure di riparazione volte a introdurre nell'ambiente utilità sostitutive di quelle temporaneamente perdute”.

Vedi U. SALANITRO, *Il danno ambientale tra interesse collettivi e interessi individuali*, in *Rivista di diritto civile*, vol. 1, 2018, p. 256

- la legittimazione compete unicamente al Ministero dell'ambiente;
- la *ratio* sottesa è riparatoria;
- la quantificazione per equivalente avviene considerando i costi necessari per il ripristino. In virtù del principio chi inquina paga può accadere che sia collocata in secondo piano l'eventuale eccessiva onerosità;
- il divieto del cumulo sovrappone le sanzioni amministrative con la responsabilità civile (secondo parte della dottrina);
- nel caso di mancata individuazione del responsabile, il danno è ripristinato dallo Stato, ma i costi sono a carico del proprietario incolpevole del sito, nei limiti del valore dello stesso;
- la soglia di tutela è anticipata in connessione con il principio "chi inquina paga".

Ci possono essere due chiavi di lettura. La prima muove dalla qualificazione di una responsabilità che, pur essendo calibrata sull'articolo 2043 c.c. presenta caratteri di peculiarità. In questo senso, si osserva che se il costo del ripristino del luogo è superiore all'entità del danno cagionato, la responsabilità assume una finalità sanzionatoria. Si osserva, inoltre, che oltre al rimedio delineato dal codice dell'ambiente operano le sanzioni amministrative. Ne consegue che la sanzione e la deterrenza sono affidate al combinato disposto del *private* e del *public enforcement*.

Sembra interessante richiamare la distinzione elaborata da parte della dottrina ed esposta nel primo capitolo tra funzione della responsabilità e funzione del risarcimento: la prima, nel settore in esame, assume un connotato sanzionatorio, ma non anche la seconda

che rimane nell'alveo della compensazione o più correttamente del ripristino. Una chiave di lettura innovativa può sussistere se si considera che i costi del ripristino, se maggiori all'entità del danno provocato, possono assumere una curvatura sanzionatoria.

2.5 L'arricchimento da fatto ingiusto

Nel nostro ordinamento l'azione di arricchimento senza causa riveste un ruolo secondario rispetto alla responsabilità aquiliana e alla ripetizione di indebito oggettivo e soggettivo.

Ai sensi dell'articolo 2041 c.c. il soggetto che senza giusta causa si arricchisce a danno di un'altra persona, è tenuto ad indennizzare la correlativa perdita patrimoniale. Il limite è rappresentato dalla misura dell'arricchimento. La norma chiarisce, inoltre, che se il suddetto spostamento patrimoniale è consistito nell'attribuzione di una cosa determinata, si procede alla relativa restituzione in natura, ove esistente al tempo della domanda.¹⁵⁷

A differenza dell'articolo 2043 c.c., l'articolo 2041 c.c. non esige la sussistenza del dolo o della colpa, rilevando su un piano oggettivo l'arricchimento e il correlativo impoverimento. È altresì opportuno rammentare che la norma mira a inibire spostamenti patrimoniali privi di causa. Il soggetto che si arricchisce è tenuto ad indennizzare non a risarcire l'impoverito, con ciò dimostrando l'indifferenza rispetto all'ingiustizia della *deminutio patrimonii*

¹⁵⁷ Secondo parte della dottrina, analizzando l'azione di arricchimento senza causa, la gestione di affari altrui, la ripetizione di indebito, è possibile individuare cinque moduli restitutori: la restituzione in natura, l'attribuzione dell'intero equivalente monetario, la restituzione dell'equivalente monetario nei limiti dell'arricchimento, la restituzione dell'equivalente nei limiti della minor somma tra lucro e perdita, l'attribuzione dell'arricchimento in relazione alla maggior somma tra lucro e perdita.

Vedi P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti: rimedi restitutori*, in *Rivista di diritto civile*, 1998, fasc. 4, pp. 413-422

(diversamente dal danno ingiusto presente nell'articolo 2043 c.c.), nonché rispetto alla condotta *contra ius*.

Proprio la nozione di “perdita patrimoniale” assume portata centrale nelle riflessioni di seguito riportate.

Sul punto, un primo orientamento aderisce ad un'impostazione più restrittiva tendente a considerare la effettiva perdita registrata nel patrimonio dell'impovertito. La tesi più dinamica ritiene esperibile l'azione allorché un soggetto abbia realizzato un profitto ledendo una posizione giuridica altrui. In quest'ottica, parte della dottrina considera opportuno ricorrere alla nozione di “pregiudizio”, adattabile sia alle ipotesi in cui sussista una perdita patrimoniale, sia ai casi di lesione dell'altrui sfera giuridica.¹⁵⁸

Secondo un orientamento dottrinale l'azione di ingiustificato arricchimento assume portata di principio generale, autonomo rispetto al rimedio aquiliano, con la conseguenza che la quantificazione dello spostamento patrimoniale è orientata al profitto dell'autore della condotta, più che alla diminuzione patrimoniale subita dalla controparte. Si ricostruiscono alcuni passaggi rilevanti della tesi in esame. In primo luogo si osserva che l'articolo 2043 c.c. non può essere chiamato in causa se manca l'elemento soggettivo (salvi i casi di responsabilità oggettiva tipizzati), nonché in assenza di un danno, circostanza che può ricorrere nelle ipotesi di illegittima interferenza nella sfera giuridica altrui. Nelle tradizionali interpretazioni della norma, l'equivoco di fondo risiede nell'aver ricondotto la nozione di danno di cui all'articolo 2041 c.c. a quella di danno ingiusto contemplata dall'articolo 2043 c.c., nonché nell'aver ritenuto che la “correlativa diminuzione patrimoniale” corrisponda al nesso causale.

¹⁵⁸ P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti: rimedi restitutori*, op. cit., pp. 413-422

La tesi in esame evidenzia, inoltre, che il rimedio aquiliano si dimostra insufficiente nei casi in cui la condotta consiste nell'invasione della altrui sfera giuridica alla quale non faccia seguito un danno concreto e attuale. Nell'articolo 2041 c.c. sono individuabili due distinte azioni: la prima è utilizzata quando lo spostamento patrimoniale sia conseguenza di un fatto imputabile all'impovertito; si ricorre, viceversa, alla seconda nei casi di arricchimento ingiusto per fatto dell'arricchito.¹⁵⁹ In particolare in questa seconda categoria rientrerebbero tutte le circostanze di indebita ingerenza nella sfera giuridica altrui, a prescindere se commessa in buona o cattiva fede e ciò anche a prescindere dalla *deminutio patrimonii*. Ne consegue che oggetto di restituzione sarà l'integrale arricchimento.¹⁶⁰ Giova sul punto rilevare che l'arricchimento a danno di una persona può essere calcolato in relazione all'arricchimento più che all'impovertimento se il fatto costitutivo è rappresentato dall'invasione dell'altrui sfera giuridica. In questo caso l'ingiustizia è connessa alla suddetta invasione più che alla *deminutio patrimonii*. Si riporta un passaggio rilevante: “*La responsabilità da arricchimento non consegue al danno o alla lesione, ma ai riflessi economici di un fatto la cui liceità o illiceità non ha alcuna rilevanza nella qualificazione della fattispecie: importa soltanto che l'arricchimento, ossia l'effetto economico che deriva dal comportamento abusivo, è ingiusto. Dal punto di vista giuridico l'arricchimento può essere l'effetto economico di un fatto qualunque,*

¹⁵⁹ Secondo la tesi prevalente rientrano in questa categoria i fatti ingiusti, commessi in buona fede. Se fossero illeciti, commessi con dolo o colpa, sarebbero riconducibili all'articolo 2043 c.c..

Vedi A. ALBANESE, *Fatto illecito, fatto ingiusto e restituzione dell'arricchimento in assenza di danno*, Resp. civ. e prev., fasc.2, 2004, pag. 538 e ss.

¹⁶⁰ Secondo Albanese, le due azioni integrerebbero, in questo modo, correttivi del sistema contrattuale (azione restitutoria conseguente ad arricchimento per fatto dell'impovertito) ed extracontrattuale (arricchimento da fatto ingiusto).

Vedi A. ALBANESE, *Fatto illecito, fatto ingiusto e restituzione dell'arricchimento in assenza di danno*, op. cit., pag. 538 e ss.

*che il legislatore non ha avuto interesse a qualificare, perché una sua qualificazione sarebbe stata irrilevante ai fini della reazione approntata dalla legge.”*¹⁶¹ Erroneo sembra essere anche il riferimento al nesso causale tra fatto e danno, perché vengono in considerazione due fatti, l’arricchimento e l’impoverimento, dai quali discende l’obbligo restitutorio. Nel caso in esame la fonte dell’obbligazione è direttamente l’effetto di arricchimento e conseguente impoverimento. La “correlazione” richiesta dall’articolo 2041 c.c. è espressione del collegamento tra il soggetto che ha subito lo spostamento patrimoniale e colui che lo ha causato, ma ciò non implica che debba essere intesa come necessaria sussistenza di un nesso causale. Per ritenere ammissibile questa tesi si cerca di superare il dato normativo che esige la diminuzione patrimoniale osservando che già da tempo è prevalente la relativa interpretazione in termini di risparmio di spesa. Si ritiene irrilevante anche l’insussistenza della buona fede, perché la logica del rimedio è il riequilibrio dei patrimoni. L’elemento soggettivo o la buona fede possono rilevare ai fini della quantificazione.¹⁶² Secondo la tesi in esame, coerentemente al principio di autonomia delle fonti e in considerazione alla diversa *ratio* sottesa agli articoli 2041 e 2043 c.c., il risarcimento del danno e l’arricchimento ingiustificato sono distinti e non sovrapponibili. L’articolo 2042 c.c. nel sancire il principio della sussidiarietà dell’azione di arricchimento può applicarsi solo con riferimento al caso di arricchimento per fatto dell’impoverito, allorché la quantificazione sia ragionevolmente effettuata in funzione della

¹⁶¹ A. ALBANESE, *Fatto illecito, fatto ingiusto e restituzione dell’arricchimento in assenza di danno*, op. cit., pag. 538 e ss.

¹⁶² Secondo l’autore la rilevanza della buona fede può influire sulla restituzione del profitto netto. Fermo restando che l’arricchimento è un evento e che occorre valutarlo sulla base di elementi obiettivi, è evidente che imporre la retroversione dell’utile netto ad un soggetto che ha agito in buona fede potrebbe contrastare con la teoria dell’adempimento efficiente elaborata dai cultori dell’analisi economica del diritto.

diminuzione patrimoniale. Diverso è il caso in cui vi sia una intromissione nella altrui sfera giuridica, allorché si riconosce all'attore la possibilità di richiedere l'arricchimento e in aggiunta l'eventuale maggior danno da provare ai sensi dell'articolo 1223 c.c.. Sussiste, in questo caso, non un cumulo, ma un concorso integrativo tra i due rimedi, legittimato dal principio di autonomia delle fonti.¹⁶³

Sulla portata dell'articolo 2042 c.c., altra parte della dottrina avalla la nozione di sussidiarietà in concreto, ammettendo l'esperimento dell'azione di arricchimento ingiustificato allorché non siano esperibili in concreto e non in astratto altri rimedi (ad esempio in seguito al decorso del termine di prescrizione). In secondo luogo, si propone una lettura della norma in combinato disposto con l'articolo 1344 c.c., consentendo di escludere il rimedio ogni qualvolta sia finalizzato ad eludere o ad aggirare norme imperative. Ne deriva che l'obiettivo non è escludere il cumulo delle azioni, ma evitare un abuso.¹⁶⁴

Si riporta poi un interessante spunto di riflessione: *“L'espressione illeciti che non producono depauperamenti patrimoniali, ma solo arricchimenti sintetizza un'intuizione e insieme un momento di incompiutezza evolutiva della cultura giuridica dell'epoca”*. Occorre distinguere tra lesione che determina la distruzione di un bene, e lesione che comporta l'invasione della sfera

¹⁶³ In un successivo scritto Albanese è tornato sul tema riprendendo le conclusioni tratte dalla sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, 11 settembre 2008, n. 23385. È in particolare riconosciuta la portata di clausola generale dell'articolo 2041 c.c., ma nel ragionamento si fa un passo ulteriore: nel caso di indebita ingerenza della propria sfera giuridica l'impovertito richiede la restituzione del profitto in autonomia rispetto al danno.

Vedi A. ALBANESE, *L'arricchimento senza causa è, dunque, una clausola generale, autonoma dalla clausola di ingiustizia del danno*, in *Contratto e Impresa*, 2009, pp. 822-829

¹⁶⁴ P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti: rimedi restitutori*, op. cit.

giuridica altrui. Il rimedio aquiliano è attivabile quando è pregiudicato il potere di godimento. Differentemente, il rimedio restitutorio consente di reagire alle lesioni del potere di disposizione. Del resto, i casi di “arricchimento senza depauperamento” devono essere distinti dalla gestione di affari altrui c.d. “impropria”, che ricorre quando il gerente opera usurpando il bene del gerito e non perseguendone i suoi interessi. Tale fattispecie non dovrebbe essere ricompresa nella *negotiorum gestio*, in quanto tale rimedio non può comprendere fenomeni in contraddizione tra loro (sotto la stessa disciplina non possono trovarsi ipotesi di gestione nell’interesse del gerito e gestione a suo svantaggio). In definitiva, secondo questa tesi, le ipotesi in esame devono potersi ricondurre alla generale disciplina dell’arricchimento senza causa.¹⁶⁵

Le posizioni esposte presentano il pregio di devolvere il corretto spazio di applicazione all’azione di arricchimento senza causa, dalla quale si desume l’esigenza di evitare spostamenti patrimoniali di ricchezza privi di giusta causa. La struttura della norma permetterebbe, inoltre, di desumere una logica restitutoria di portata generale.

Potrebbe, tuttavia, costituire una forzatura l’interpretazione dell’articolo 2042 c.c., dalla quale si ricava l’esclusione di cumuli di indennizzi. A ben vedere, il concorso delle due azioni rischia un “arricchimento al contrario”. Questa è la principale argomentazione opposta da chi contesta la possibilità di declinare l’articolo 2041 c.c. nell’ottica della restituzione dell’arricchimento. Del resto, anche a voler affermare che l’articolo 2041 c.c. guarda all’arricchimento, non si può trascurare il dato normativo che impone una restituzione nei limiti della *deminutio patrimonii*.

¹⁶⁵ A. NICOLUSSI, *Le restituzioni de iure condendo*, in Europa e Diritto Privato, fasc. 3, 2012, pp. 783 ss.

2.6 L'azione di retroversione degli utili

L'intero impianto di tutela previsto in materia di proprietà industriale si caratterizza per la natura immateriale del bene presidiato e per lo *ius excludendi alios*, ossia il diritto di opporsi all'altrui ingerenza.¹⁶⁶ Il settore si contraddistingue per la convergenza tra danno aquiliano e danno derivante da conflitti di attribuzione circa la spettanza degli utili realizzati dall'autore della condotta illecita.

Giova premettere che, secondo parte della dottrina, si parla di contraffazione quando è lesa un diritto titolato, di "semplice" violazione negli altri casi.¹⁶⁷ Degna di menzione è poi la distinzione tra contraffazione e usurpazione: la prima fattispecie ricorre nel caso in cui si realizza un prodotto con caratteristiche simili rispetto a quanto forma oggetto di un diritto di privativa; la seconda presuppone una vera e propria "appropriazione" delle caratteristiche del bene (l'usurpatore agisce come se fosse il titolare). Diversi sono gli effetti giuridici scaturenti dalle due ipotesi: con l'usurpazione si realizza una vera e propria lesione del potere di disposizione, mentre con la contraffazione del mero godimento.¹⁶⁸ Del resto, rammenta l'autore, anche l'arricchimento senza causa previsto dall'articolo 2041 c.c. ha fondamento nel danno che non si sostanzia solo in una perdita

¹⁶⁶ G. RATTI, *La responsabilità per violazione dei diritti di proprietà intellettuale e per concorrenza sleale*, in P. CENDON, *La Responsabilità civile*, vol. I, Utet giuridica ed., 2017, p. 1222

¹⁶⁷ Le controversie in materia di proprietà intellettuale sono devolute alla competenza funzionale della Corte d'Appello, sezione specializzata in materia di impresa. Ciò vale anche per le controversie in materia di concorrenza sleale che intersecano i diritti di proprietà intellettuale. La concorrenza sleale pura, negli altri casi, è devoluta al giudice ordinario.

¹⁶⁸ C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, III ed., Giuffrè editore, 2006, pp. 639-648

patrimoniale, ma sussiste anche nel caso di lesione del potere di disposizione.¹⁶⁹

Il merito della tesi in esame è la presa di coscienza della inefficacia del rimedio risarcitorio. La distinzione tra contrattazione e usurpazione dimostra che non sempre può farsi questione di risarcimento del danno.

La conferma di questo ragionamento si rinviene dell'articolo 45 dell'accordo *Trade-Related aspects of Intellectual Property rights*, c.d. "TRIP's" (l'accordo adottato nel 1994 con il fine di armonizzare la disciplina in materia di proprietà intellettuale tra i paesi aderenti alla *World Trade Organization*)¹⁷⁰, ai sensi del quale: "*L'autorità giudiziaria ha la facoltà di ordinare all'autore della violazione di pagare al titolare del diritto una somma adeguata per risarcire i danni che quest'ultimo ha subito a causa della violazione di un suo diritto di proprietà intellettuale da parte di un soggetto che ha proceduto a detta violazione consapevolmente o avendo ragionevoli motivi per esserne consapevole. L'autorità giudiziaria ha altresì la facoltà di ordinare all'autore della violazione di pagare al titolare le spese, che possono comprendere anche un appropriato onorario per l'avvocato. Ove opportuno, i Membri possono autorizzare le autorità giudiziarie a ordinare il recupero degli utili e/o il pagamento di somme prestabilite anche se l'autore della violazione non ha proceduto a violazione consapevolmente o avendo motivi ragionevoli per esserne consapevole*". Nell'ottica della disposizione in esame, la restituzione

¹⁶⁹ Secondo la tesi riportata, il fatto che nell'arricchimento il danno non sia qualificabile come ingiusto non significa che non presupponga una lesione del potere di disposizione. Ciò è tanto più vero se si considera lo scarso rilievo attribuito all'elemento soggettivo e la sussistenza di un danno in *re ipsa*. Del resto l'articolo 2038 c.c. ricorre alla restituzione del bene indebitamente ricevuto. Qui sussiste la lesione del potere di disposizione cui fa seguito l'arricchimento e la reazione allo stesso è la restituzione.

¹⁷⁰ www.treccani.it

dei profitti può essere disposta dal giudice su base obiettiva, anche allorché la violazione non sia consapevole.

Successivamente, è stata emanata la Direttiva 2004/48/CE, c.d. “*Enforcement*” che, nel trattare il tema dei diritti di proprietà intellettuale, ha affrontato il profilo del risarcimento del danno.¹⁷¹ Come previsto dal Considerando n. 3 occorre garantire misure efficaci che consentano di tutelare l’innovazione e la creazione. Si legge testualmente: “*In proposito, gli strumenti per assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale rivestono un’importanza capitale per il successo del mercato interno*”.¹⁷² La disposizione dedicata al

¹⁷¹ Il Considerando n. 26 della Direttiva recita: “*Allo scopo di rimediare al danno cagionato da una violazione commessa da chi sapeva, o avrebbe ragionevolmente dovuto sapere, di violare l’altrui diritto, è opportuno che l’entità del risarcimento da riconoscere al titolare tenga conto di tutti gli aspetti pertinenti, quali la perdita di guadagno subita dal titolare dei diritti o i guadagni illeciti realizzati dall’autore della violazione e, se del caso, eventuali danni morali arrecati. In alternativa, ad esempio, qualora sia difficile determinare l’importo dell’effettivo danno subito, l’entità del risarcimento potrebbe essere calcolata sulla base di elementi quali l’ammontare dei corrispettivi o dei diritti che l’autore della violazione avrebbe dovuto versare qualora avesse richiesto l’autorizzazione per l’uso del diritto di proprietà intellettuale (il fine non è quello di introdurre un obbligo di prevedere un risarcimento punitivo, ma di permettere un risarcimento fondato su una base obiettiva, tenuto conto delle spese sostenute dal titolare, ad esempio, per l’individuazione della violazione e relative ricerche)*”.

¹⁷² Si riporta il contenuto dell’articolo 13 della Direttiva, rubricato “Risarcimento del danno”:

“1. Gli Stati membri assicurano che, su richiesta della parte lesa, le competenti autorità giudiziarie ordinino all’autore della violazione, implicato consapevolmente o con ragionevoli motivi per esserne consapevole in un’attività di violazione di risarcire al titolare del diritto danni adeguati al pregiudizio effettivo da questo subito a causa della violazione. Allorché l’autorità giudiziaria fissa i danni: a) tiene conto di tutti gli aspetti pertinenti, quali le conseguenze economiche negative, compreso il mancato guadagno subito dalla parte lesa, i benefici realizzati illegalmente dall’autore della violazione, e, nei casi appropriati, elementi diversi da quelli economici, come il danno morale arrecato al titolare del diritto dalla violazione; b) oppure in alternativa alla lettera a) può fissare, in casi appropriati, una somma forfettaria in base ad elementi quali, per lo meno, l’importo dei diritti che avrebbero dovuto essere riconosciuti qualora l’autore della violazione avesse richiesto l’autorizzazione per l’uso del diritto di proprietà intellettuale in questione.

2. Nei casi in cui l’autore della violazione è stato implicato in un’attività di violazione senza saperlo o senza avere motivi ragionevoli per saperlo, gli Stati membri possono prevedere la possibilità che l’autorità giudiziaria disponga il recupero dei profitti o il pagamento di danni che possono essere predeterminati.”

risarcimento del danno è l'articolo 13, ai sensi del quale la quantificazione tiene conto non solo delle conseguenze economiche negative subite (comprendendo in questa voce anche il mancato guadagno), ma anche dei benefici realizzati dall'autore della violazione, nonché dell'eventuale danno morale. La liquidazione può inoltre essere forfettaria ed essere parametrata al corrispettivo dell'eventuale autorizzazione ad utilizzare il bene oggetto di privativa.¹⁷³

Nel nostro ordinamento, con il Decreto Legislativo 10 febbraio 2005, n. 30 (come modificato dal Decreto Legislativo, 16 marzo 2006 n. 140, di recepimento della Direttiva *Enforcement*) è stato emanato il codice della proprietà industriale, il quale dedica l'intero *Capo III* alla tutela giurisdizionale dei diritti di proprietà industriale. Merita di essere analizzato l'articolo 125, il quale si occupa espressamente dell'azione di retroversione degli utili. La norma chiarisce al primo comma che il risarcimento è liquidato secondo le disposizioni di cui agli articoli 1223, 1226 e 1227 c.c.. L'elemento di novità si può rinvenire nel fatto che tale liquidazione avviene tenuto conto: “[...] tenuto conto di tutti gli aspetti pertinenti, quali le conseguenze economiche negative, compreso il mancato guadagno, del titolare del diritto leso, i benefici realizzati dall'autore della violazione e, nei casi appropriati, elementi diversi da quelli economici, come il danno morale arrecato al titolare del diritto dalla violazione”. Il secondo comma legittima la liquidazione forfettaria, prevedendo però come tetto minimo per il calcolo del lucro

¹⁷³ La Corte di Giustizia si è pronunciata sulla compatibilità con la Direttiva c.d. *Enforcement* della Legge Polacca sul diritto d'autore del 4 febbraio 1994, il cui articolo 79 comminava risarcimenti multipli nel caso di violazione dei relativi diritti. Ha escluso il contrasto, considerando la Direttiva in questione uno *standard* minimo di tutela, suscettibile di rafforzamento nell'ambito dell'autonomia riconosciuta a ciascuno Stato membro. Il Considerando n. 26, pur escludendo l'intenzione di introdurre risarcimenti punitivi, non rappresenta un divieto alla loro introduzione. Vedi M. L. DE GONZALO, *Proprietà intellettuale e danni punitivi di fronte alla Corte di Giustizia Europea*, in *Diritto del Commercio internazionale*, fasc. 2, 2017, pp. 435 ss.

cessante, il c.d. “prezzo del consenso”, ossia il corrispettivo dell’eventuale utilizzazione del diritto. Infine, l’ultimo comma dell’articolo 125 c.p.i. disciplina l’azione di retroversione degli utili che consente al danneggiato di ottenere il danno emergente, il lucro cessante e la restituzione dei profitti realizzati dall’autore della violazione se eccedenti il mancato guadagno o in alternativa ad esso.¹⁷⁴ Come è stato correttamente osservato, il legislatore rende opportunamente alternativi il lucro cessante e la restituzione dei profitti facenti capo rispettivamente al guadagno del danneggiato e dell’autore della violazione.¹⁷⁵

Il primo comma della norma in commento introduce una nozione di lucro cessante, orientata non solo al mancato guadagno, ma anche al beneficio conseguito dall’autore della condotta illecita. Allo stesso modo, il secondo comma, commisura il lucro cessante alla equa

¹⁷⁴ Parte della dottrina ha analizzato il numero di procedure relative a casi di infrazione dei diritti di proprietà intellettuale e il numero complessivo di prodotti sequestrati nel periodo intercorrente tra il 2005 e il 2010. È emerso che l’Italia, rispetto agli altri paesi dell’Unione Europea, è il terzo paese per numero di procedure di infrazione e il secondo per numero di prodotti sequestrati. La violazione dei diritti di proprietà intellettuale risulta essere fortemente radicata. Secondo l’autore diversi sono i fattori alla base: la disponibilità di manodopera clandestina, la delocalizzazione di alcune fasi dei processi produttivi, l’aumento della domanda di prodotti di marca, la facilità nel reperimento di macchinari da utilizzare nell’attività di contraffazione, ecc.. Ai nostri fini rileva indubbiamente il rapporto costi/benefici. In particolare, le sanzioni per i reati di contraffazione risultano eccessivamente blande e ciò induce a reputare più conveniente commettere la contraffazione che rischiare di essere condannati. Correttamente il legislatore ha quindi introdotto il rimedio della retroversione degli utili.

M. RUTIGLIANO, L. FACCINCANI, *Risarcimento del danno per lucro cessante e restituzione dei profitti dell’autore della violazione di diritti di proprietà industriale*, in Riv. dottori comm., fasc.4, 2012, pp. 833 ss.

¹⁷⁵ L’autore osserva, inoltre, che si assiste ad una oggettivizzazione della colpa nel settore in esame, essendo ormai identificabile non più in senso soggettivo, ma in termini di lesione del diritto che viene di volta in volta in considerazione. Anche il danno è considerato in diversi passaggi giurisprudenziali in *re ipsa*. Ne consegue che ormai l’accertamento della condotta che sia fonte di responsabilità e del danno che integra la fattispecie, si esaurisce nell’accertamento della contraffazione del diritto.

C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, IV ed., Giuffrè editore, 2018, p. 701-703.

royalty nel caso di liquidazione equitativa. Il diritto leso è considerato in questo caso come bene suscettibile di produrre reddito, il cui utilizzo illecito legittima la richiesta risarcitoria. Quest'ultima deve essere parametrata almeno alla mancata *royalty* nel caso di liquidazione forfettaria, intesa quale “*indicatore equitativo della perdita di valore capitale del bene, a seguito dell'uso fattone dal contraffattore che ne limita la redditività*”.¹⁷⁶

Dubbi sorgono circa le difficoltà di quantificazione del diritto in questione, dovendosi considerare secondo un giudizio ipotetico, quale sarebbe stato il canone applicato dalle parti. Secondo alcuni occorre procedere ad una maggiorazione per evitare di equiparare l'utilizzatore legittimo a quello illegittimo. Tale ultima soluzione potrebbe stridere con la *ratio* restitutoria sottesa al rimedio, rischiando di giungere ad una forma di arricchimento ingiustificato.¹⁷⁷

Ai sensi del terzo comma dell'articolo 125 c.p.i. il titolare del diritto leso può chiedere oltre al risarcimento del danno la restituzione degli utili realizzati dall'autore della violazione, in alternativa al lucro cessante e se eccedenti rispetto a quest'ultimo. Parte della dottrina, sposando un approccio economico-aziendale, ritiene che per la nozione di utile, non può che farsi riferimento al “*margin di contribuzione al lordo delle imposte*”. In particolare, si ritiene opportuno sottrarre solo quei costi che incidono sulla variazione dei volumi di beni e servizi

¹⁷⁶ G. RATTI, *La responsabilità per violazione dei diritti di proprietà intellettuale e per concorrenza sleale*, in P. CENDON, *La Responsabilità civile*, op. cit., p. 1222

¹⁷⁷ Giova sul punto rilevare che la giurisprudenza francese e quella tedesca applicano una *royalty* maggiorata, ma senza stravolgere la funzione restitutoria. Si sostiene, invero, che l'utilizzatore legittimo negozia il *quantum*, a differenza di quello non legittimo che deve adeguarsi alle condizioni imposte dal titolare danneggiato. Vedi sul punto G. RATTI, *La responsabilità per violazione dei diritti di proprietà intellettuale e per concorrenza sleale*, in P. CENDON, *La Responsabilità civile*, op. cit., p. 1223 (nota n. 49).

venduti. I costi fissi che il contraffattore avrebbe sostenuto a prescindere dalla condotta illecita devono rimanere a carico dello stesso; sottraendoli dall'ammontare complessivo degli utili da restituire ai sensi dell'articolo 125, comma 3, c.p.c. si riconoscerebbe un indebito vantaggio. In particolare, secondo la tesi in esame, affinché il rimedio in esame sia efficace, dai ricavi devono essere sottratti i costi sostenuti per commercializzare e produrre il bene, con esclusione sia dei costi fissi, sia di quelli che non hanno inciso sulla produzione. La giurisprudenza ha chiarito a più riprese che non si può prendere in considerazione l'intero utile di esercizio che può essere determinato anche alla luce di investimenti finanziari o immobiliari che non hanno nulla a che vedere con la produzione di beni.¹⁷⁸

Giova sul punto osservare che la nozione di utile da prendere in considerazione assume un certo rilievo se si considera che l'utile netto potrebbe favorire l'usurpatore, il quale sottrae dalla somma da restituire i costi fissi sostenuti a prescindere dal bene o servizio prodotto o venduto in violazione dei diritti di privativa.

2.6.1 Alla ricerca di una valorizzazione del rimedio

L'articolo 125 c.p.i. merita alcune riflessioni ulteriori che presuppongono il richiamo alla giurisprudenza e ad alcune posizioni della dottrina.

Come è stato correttamente osservato, l'articolo 45 del TRIPS ha delineato un doppio binario in relazione al quale nel caso di violazione colpevole opererà il rimedio risarcitorio, mentre nel caso di

¹⁷⁸ M. RUTIGLIANO, L. FACCINCANI, *Risarcimento del danno per lucro cessante e restituzione dei profitti dell'autore della violazione di diritti di proprietà industriale*, op. cit., pp. 833 ss.

violazione incolpevole si ricorre al rimedio della restituzione degli utili. Tale sistema è confluito nell'articolo 13 della Direttiva c.d. *enforcement*, ma non nel codice della proprietà industriale italiano.¹⁷⁹ Il legislatore non ha espressamente preso posizione sul punto e ciò ha indotto la dottrina a valutare la natura giuridica del rimedio.

In giurisprudenza si registrano due orientamenti circa la necessaria sussistenza dell'elemento soggettivo al fine di esperire l'azione di retroversione degli utili. Secondo un primo orientamento il rimedio opera nel caso di illecito e conseguentemente richiede l'imputazione soggettiva della condotta causativa del danno. L'incipit "in ogni caso" dovrebbe essere letto nel senso di riconoscere al danneggiato il lucro cessante o in alternativa la restituzione degli utili. In senso opposto si orienta quella parte della giurisprudenza che vuole riconoscere un volto autonomo alla disposizione, in quanto assolve una funzione restitutoria e in parte anche deterrente e sanzionatoria. Ne consegue che il rimedio opererebbe a prescindere dall'elemento soggettivo.¹⁸⁰

Parte della dottrina, esalta la portata sistematica della disposizione e ritiene che la domanda di parte, così come il dolo o la

¹⁷⁹ Si richiama sul punto la relazione Illustrativa del testo del "Codice della Proprietà Industriale" redatto dalla Commissione Ministeriale all'uopo costituita: "*Le norme degli articoli da 133 a 135 sono dedicate alla disciplina delle sanzioni civili dell'inibitoria, della pubblicazione della sentenza e del risarcimento del danno in relazione al quale la Commissione ha ritenuto di colmare una vistosa lacuna segnalata dalla dottrina e dalla giurisprudenza disponendo esplicitamente che il titolare del diritto di proprietà industriale può altresì chiedere che gli vengano attribuiti gli utili realizzati dal contraffattore: disposizione questa la cui rilevanza si manifesta soprattutto quando una massiccia contraffazione sia posta in essere ai danni di un soggetto, titolare del diritto di proprietà industriale, che, per le più varie ragioni quivi compresa eventualmente la sua ridotta dimensione, non sia in grado di dimostrare di avere subito perdite e mancati guadagni a causa della contraffazione posta in essere.*"

¹⁸⁰ E. BERTI ARNOALDI, *La retroversione degli utili "in ogni caso": la previsione dell'articolo 125, comma 3, c.p.i.*, in *Rivista di diritto industriale*, fasc. 4-5, 2019, pp. 292 ss.

colpa rappresentano un presupposto per l'applicazione della disposizione.¹⁸¹

Si sostiene inoltre che i benefici realizzati dall'autore della violazione e la restituzione dei profitti, sotto un profilo sistematico, ripristinano la concorrenza sul mercato. La logica differenziale, consentendo di procedere ad una quantificazione commisurata a cosa sarebbe accaduto se il danno non si fosse verificato, dovrebbe applicarsi anche in sede di individuazione del danno emergente. Del resto, è stato evidenziato che il principio indennitario deve ritenersi ormai da tempo superato nella materia. Si invoca a sostegno di tale teoria l'articolo 124, comma 4, c.p.i., ai sensi del quale: *“Con la sentenza che accerta la violazione dei diritti di proprietà industriale, può essere ordinato che gli oggetti prodotti importati o venduti in violazione del diritto e i mezzi specifici che servono univocamente a produrli o ad attuare il metodo o processo tutelato siano assegnati in proprietà al titolare del diritto stesso, fermo restando il diritto al risarcimento del danno”*. L'articolo 125 c.p.i. prevede al primo comma che la liquidazione del danno avviene tenendo in considerazione i benefici o gli utili realizzati dall'autore della violazione e non solo le conseguenze subite dal danneggiato. In ciò risiede il superamento di una logica indennitaria che

¹⁸¹ In tal senso Galli: *“[...] non pare possa essere valorizzato l'inciso «in ogni caso» per sostenere che la retroversione degli utili possa essere disposta anche in caso di contraffazione incolpevole, come pure alcune decisioni hanno ritenuto, giacché la norma prevede la retroversione degli utili come alternativa o complementare al risarcimento del lucro cessante, di cui implicitamente richiede comunque la sussistenza, così indicando che la norma si pone pur sempre all'interno del sistema che abbiamo sin qui delineato: anche la funzione di deterrenza cui la norma, al di là del suo discusso inquadramento dogmatico, è pacificamente preordinata, non avrebbe modo di manifestarsi rispetto alla contraffazione incolpevole. Dunque l'inciso «in ogni caso» sta piuttosto ad indicare che la domanda di reversione degli utili non è soggetta a presupposti ulteriori da quelli risultanti dai primi due comma della norma, ed è in particolare compatibile anche con la richiesta di liquidazione equitativa del danno emergente.”*

C. GALLI, *Il risarcimento del danno e la retroversione degli utili nel diritto della concorrenza e della proprietà intellettuale*, in *Rivista di Diritto Industriale*, fasc.2, 1 aprile 2019, pp. 57 ss.

trova la sua *ratio* nel ripristino delle corrette condizioni di svolgimento della concorrenza. L'orientamento in esame enfatizza la portata sistematica della disposizione che consente al titolare del diritto leso di ottenere soddisfazione anche nelle ipotesi in cui gli utili realizzati siano conseguenza di attività che non avrebbe mai posto in essere e rispetto alle quali sarebbe difficile ipotizzare il risarcimento del lucro cessante.¹⁸²

Autorevole dottrina ha analizzato l'azione di retroversione degli utili come possibile versione italiana del *disgorgement* previsto nei sistemi contrattuali. È stato in particolare evidenziato che l'introduzione dell'azione di retroversione degli utili consente di far conseguire alla vittima non già solo una compensazione del danno subito, ma anche la restituzione dei profitti indebitamente realizzati. Tale valutazione risulterà un passaggio obbligato per il giudice in sede di quantificazione del danno. Si configura pertanto un risarcimento di matrice punitiva che consente da un lato di superare le difficoltà nella determinazione del danno e dall'altro di superare la concezione tipicamente differenziale. Prosegue sul punto: “[...] *ancora una volta potremmo dire che il varco è stato aperto; nondimeno, solo gli sviluppi futuri consentiranno di verificare se la nostra realtà giuridica sarà davvero matura per conferire allo strumento rimediabile della retroversione degli utili il ruolo di legal response che il disgorgement occupa nei sistemi di common law*”.¹⁸³

Al riguardo, secondo parte della dottrina, il legislatore nazionale confonde il profilo restitutorio con quello risarcitorio nella parte in cui consente di calcolare il lucro cessante, tipica componente del danno

¹⁸² C. GALLI, *Il risarcimento del danno e la retroversione degli utili nel diritto della concorrenza e della proprietà intellettuale*, op. cit., pag. 57 ss.

¹⁸³ P. PARDOLESI, *Risarcimento del danno, reversione degli utili e deterrence: il modello nord-americano e quello europeo*, in *Il diritto industriale* 2/2012, pp. 133-145

risarcibile, in relazione al compenso dovuto in caso di lecito utilizzo del bene. Si riporta di seguito un interessante passaggio: “*I c.d. compensi non sono altro, infatti, che il corrispettivo dell’acquisto o della costituzione di una c.d. licenza che ne consenta l’utilizzazione. Non più che di questo si tratta, infine, di prendere atto: [...] le violazioni dei diritti di proprietà intellettuale vanno prese per quello che sono, facendone spiccare i termini strutturali e riferendo poi a questi così come messi in luce la disciplina quando specificamente prevista e quando ricavabile dai modelli del diritto privato*”.¹⁸⁴ Il medesimo autore, a distanza di anni è ritornato sul tema, ribadendo che il problema permane nei casi in cui il vantaggio del danneggiante sia superiore rispetto al danno provocato e ciò ha indotto la dottrina a qualificare queste fattispecie in termini di lesione del potere di disposizione e a ricondurle all’arricchimento ingiustificato con conseguente applicazione dei rimedi restitutori. Degno di menzione è il richiamo alla teoria elaborata da Calabresi e Malamed sulla distinzione tra *property rule* e *liability rule*, adattata al contesto continentale, secondo la quale la prima tutela il diritto sotto il profilo del potere di disposizione, mentre la seconda sul lato del godimento e solo nel primo caso compete al danneggiato la restituzione degli utili che sarebbero derivati al titolare se il suo potere di disporre liberamente non fosse stato leso.¹⁸⁵ Ne consegue che, seguendo tale impostazione, la lesione del potere di disposizione legittima l’azionabilità del rimedio di natura restitutoria, mentre la lesione del potere di godimento legittima il risarcimento del danno che andrebbe valutato secondo i paradigmi tradizionali, giacché

¹⁸⁴ C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, III ed., Giuffrè editore, 2006, pp. 647, 648

¹⁸⁵ C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, IV ed., Giuffrè editore, 2018, p. 708

la quantificazione che tiene conto della *royalty* si riferisce ad una utilizzazione legittima.

Giova sul punto osservare che la questione si inserisce nel più ampio tema, sorto anche in materia di proprietà industriale prima dell'entrata in vigore del codice, della individuazione di strumenti che si affianchino alla responsabilità civile allorché questa non sia idonea a ripristinare l'equilibrio. Prima della entrata in vigore del codice, si era pervenuti in via interpretativa alla devoluzione del giusto prezzo del consenso al danneggiato. L'articolo 125 c.p.i. sembra aver fornito una soluzione al problema conferendo rilievo autonomo all'azione restitutoria. Rimane aperto il problema della natura speciale del rimedio o dell'eventuale possibilità di ricondurlo a principi generali già presenti nel nostro ordinamento che ne consentano una applicazione anche in altre ipotesi.

Secondo una prima impostazione l'azione di retroversione degli utili è espressione dell'azione di arricchimento senza causa. Altra parte della dottrina ritiene non percorribile questa strada perché l'articolo 2041 c.c. richiede espressamente la *deminutio patrimonii* e non guarda invece all'arricchimento conseguito. Si ritiene inoltre che la retroversione degli utili si configura come rimedio cumulativo con l'azione risarcitoria prevista dai primi due commi dell'articolo 125 c.p.i., essendo alternativa solo rispetto al lucro cessante. A sostegno della suddetta impostazione si invoca la diversità ontologica dei due strumenti.¹⁸⁶

A ben vedere, una diversa interpretazione dell'articolo 2041 c.c. può indurre a concludere che l'azione di retroversione degli utili ne sia espressione.

¹⁸⁶ I. GARACI, *La reversione degli utili tra tecniche risarcitorie e restitutorie*, in *Rivista di diritto industriale*, fasc. 6, 2017, pp. 313 ss.

Si evidenzia che la restituzione dei profitti prescinde da ogni valutazione relativa al danno, il quale non funge neanche da parametro oggettivo di quantificazione.¹⁸⁷ Mentre il risarcimento guarda alla sfera del danneggiato, la retroversione guarda al danneggiante e prescinde dal limite della compensazione. Inoltre, la responsabilità civile presuppone un fatto *contra ius* e *non iure*, ossia posto in essere ledendo un interesse meritevole di tutela e in assenza di cause di giustificazione. Nel caso invece della retroversione non sussiste necessariamente tale doppio giudizio, in quanto rileva unicamente la violazione dei diritti di proprietà intellettuale e non anche eventuali esimenti. Secondo la tesi in esame, tale diversità strutturale incide sulla funzione.¹⁸⁸

Giova sul punto osservare che i sostenitori della natura sanzionatoria del rimedio si distinguono in due categorie: chi ritiene che l'azione di retroversione degli utili sia un rimedio autonomo e chi lo inquadra nel contesto del rimedio risarcitorio, seppur con una curvatura sanzionatoria. In senso contrario parte della dottrina esclude che possa

¹⁸⁷ G. REMOTTI, *La retroversione degli utili quale sanzione restitutoria: nessun ristoro, nessuna pena*, op. cit., pp. 410-417

¹⁸⁸ Il commento in esame verte su una pronuncia del Tribunale di Torino (Tribunale di Torino, Sezione Specializzata in materia di impresa, 18 maggio 2018) che esclude la natura risarcitoria dell'azione di retroversione degli utili. Si riporta un passaggio della pronuncia: “[...] *In altri termini, le misure del risarcimento e della retroversione sono diverse perché la prima espone il contraffattore ad un rischio potenziale globale superiore rispetto alla seconda, della quale si può in effetti dire che non incide negativamente sul patrimonio dell'autore della violazione nel senso del depauperamento ma unicamente nel senso del mancato arricchimento. In definitiva, a giudizio della seconda tesi dottrinarica citata, l'art. 125, comma 3, c.p.i. introdurrebbe espressamente la previsione di un meccanismo restitutorio, che opererebbe quindi a prescindere dallo stato soggettivo dell'autore della violazione, meccanismo che prima era previsto solo come rimedio residuale, incardinando così la percorribilità di due strade: quella risarcitoria in senso stretto (rappresentata dai commi 1 e 2 della norma) e quella restitutoria di cui appunto al comma 3 (strada che comunque deve porsi a contatto con quella risarcitoria, ed in modo particolare con la quantificazione del lucro cessante, per espressa disposizione normativa, all'evidente fine di evitare indebite duplicazioni del danno). [...]*”

G. REMOTTI, *La retroversione degli utili quale sanzione restitutoria: nessun ristoro, nessuna pena*, op. cit., pp. 410-417

esservi una contaminazione tra funzione sanzionatoria e compensativa, posto che nel caso in esame la funzione è restitutoria e solo eventualmente punitiva. In particolare, l'unico elemento che integra la fattispecie è la violazione delle norme in materia di proprietà intellettuale e non sono richiesti criteri di imputazione soggettiva. La tesi opposta che ascrive il rimedio alla responsabilità civile (seppur con una finalità sanzionatoria) individua il dolo o colpa come presupposti della condotta illecita. Al riguardo, è stato evidenziato che nonostante la tesi prevalente sia quella volta a riconoscere natura restitutoria al rimedio, si è molto dibattuto sull'inquadramento dogmatico. Un primo orientamento muove dall'idea secondo la quale chiunque si arricchisce deve restituire l'indebita locupletazione a chi ne è titolare, prescindendo dall'eventuale danno. Ancora si richiama la tesi che riconduce la norma all'articolo 2041 c.c.. In senso contrario si osserva che l'azione di arricchimento senza causa, diversamente dall'azione di retroversione degli utili, è sussidiaria e non cumulabile. Inoltre consente di conseguire la minor somma tra arricchimento e impoverimento a differenza dell'azione prevista dall'articolo 125, comma 3, c.p.i. che non contiene alcuna parametrizzazione al danno (anzi in teoria prescinde da esso secondo la tesi in esame). Tali tesi non soddisfano le esigenze dogmatiche attese e conseguentemente sembra essere più accreditata la tesi dell'autonomia del rimedio, inquadrabile nel novero delle obbligazioni da atto illecito non necessariamente dannoso. L'azione può essere esperibile per porre fine ad un conflitto attributivo e non si esclude l'assolvimento di una funzione deterrente.¹⁸⁹

¹⁸⁹ G. REMOTTI, *La retroversione degli utili quale sanzione restitutoria: nessun ristoro, nessuna pena*, op. cit., pp. 410-417

III CAPITOLO: Il danno antitrust tra *private* e *public enforcement*

SOMMARIO: 3.1 Il risarcimento del danno da concorrenza sleale; 3.2 Condotte illecite e violazione di norme antitrust; 3.3 Il dibattito sorto in ordine alla risoluzione dei conflitti di attribuzione della ricchezza derivante dall'illecito; 3.4 Il problema della legittimazione dei consumatori e i riflessi sulla quantificazione del danno; 3.5 Il superamento della prospettiva restitutoria: la Direttiva 2014/104/UE relativa alle azioni per il risarcimento del danno derivante dalla violazione del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea; 3.5.1 L'attuazione della Direttiva 2014/104/UE nel nostro ordinamento; 3.5.2 L'onere della prova; 3.5.3 Risarcimento e prescrizione; 3.5.4 La responsabilità solidale; 3.5.5 Rilievi critici del decreto di recepimento della Direttiva Comunitaria in punto di quantificazione del danno; 3.6 La cessione del credito risarcitorio; 3.7 Considerazioni conclusive e prospettive *de iure condendo*.

3.1 Il risarcimento del danno da concorrenza sleale

La violazione delle norme sulla concorrenza determina un conflitto tra imprese, i cui effetti si possono estendere al pubblico dei consumatori o utenti finali. Il codice civile ha predisposto degli strumenti di tutela che guardano con l'occhio dell'imprenditore e non quello del consumatore, diversamente dalla normativa antitrust. In particolare, l'articolo 2595 individua nella legge e negli interessi dell'economia nazionale i limiti legali alla libera concorrenza, l'articolo 2596 detta i vincoli legali ai patti limitativi della concorrenza, l'articolo 2597 impone al monopolista un obbligo di contrarre in condizioni di parità di trattamento..

Assume un certo rilievo la concorrenza sleale, disciplinata dall'articolo 2598 c.c., che legittima l'attivazione di un rimedio

risarcitorio *ad hoc*.¹⁹⁰ In particolare, ai sensi dell'articolo 2599 c.c. se gli atti di concorrenza sleale sono compiuti con dolo o colpa il

¹⁹⁰ Secondo l'articolo 2598 c.c., integrano concorrenza sleale l'utilizzo di nomi o segni distintivi legittimamente usati da altri, nonché gli "atti idonei a creare confusione con i prodotti e con l'attività di un concorrente". Rientra inoltre nella nozione di confusione anche l'imitazione servile, consistente nell'impiego delle forme e dell'involucro esterno che caratterizzano un prodotto altrui. Si considera sleale anche la denigrazione del concorrente, ossia la diffusione di notizie suscettibili di generare discredito. E' discusso se integri la fattispecie solo la divulgazione di informazioni false o anche vere. Quest'ultimo caso potrebbe implicare un onere della prova particolarmente complesso per la vittima danneggiata, la quale dovrà dimostrare che la notizia, pur essendo vera, sia stata falsamente rappresentata. Integrano discredito sia gli atti di denigrazione, sia quelli di vanteria: i primi implicano esternazioni suscettibili di compromettere la reputazione commerciale; nel secondo caso il concorrente sleale si appropria di pregi appartenenti ad altri (P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, op. cit., p. 234).

L'articolo 2568 c.c. contiene al terzo comma una clausola aperta, ritenendo *contra ius* il comportamento di chi "si vale direttamente o indirettamente di ogni altro mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui azienda". Gli interpreti si sono soffermati sulla disposizione in esame, nel tentativo di fornire indicazioni sulle condotte annoverabili nella clausola aperta, ma alcune di esse continuano a rimanere dubbie. Vi rientra, ad esempio, l'ipotesi del boicottaggio, consistente nel rifiuto di più imprenditori di intraprendere rapporti contrattuali con un'impresa al fine di escluderla dal mercato di riferimento. La concorrenza parassitaria ricorre, invece, nel caso di ripetuta imitazione delle pratiche commerciali di un *competitor*. La giurisprudenza annovera altresì l'indebita percezione di Aiuti di Stato, in violazione della normativa europea. Si consideri sul punto che anche la violazione di norme pubblicistiche, se idonea a creare un vantaggio competitivo, può rientrare nell'ambito di operatività dell'articolo 2598, comma 3, c.c. (R. NEVOLA, *La concorrenza sleale e il danno antitrust tra imprese*, in P. FAVA, *La responsabilità civile*, op cit., p. 2552-2553).

Con riferimento al rapporto tra le fattispecie tipiche e quelle atipiche di cui al terzo comma della disposizione in commento, sussistono diverse scuole di pensiero. Secondo un orientamento, le prime danno luogo ad una presunzione di contrarietà alla correttezza professionale. Se, invece, la condotta ricade nell'articolo 2598, comma 3, c.c., occorre provare la non conformità alla correttezza professionale e l'idoneità a danneggiare l'altrui attività d'impresa. Secondo parte della dottrina la violazione dei canoni di correttezza professionale e l'idoneità a danneggiare l'altrui azienda sono elementi caratterizzanti la concorrenza sleale, anche nell'ambito delle ipotesi tipizzate dalla norma. La differenza risiede nel fatto che nelle ipotesi tipiche il danneggiato non deve fornire prova della potenzialità lesiva e al tempo stesso il giudice non dovrà verificare la violazione del dovere di correttezza, essendo entrambe valutazioni compiute a monte dal legislatore (G. F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale*, Vol. I, *Diritto dell'impresa*, VI ed., Torino, UTET, 2008, p. 249). C'è invece chi sostiene che l'onere probatorio deve essere completo in entrambi i casi: l'articolo 2598, comma 3, c.c. costituisce un limite di operatività dei primi due commi, non applicabili se la condotta non è comunque contraria ai principi della correttezza professionale (R. FRANCESCHELLI, *Concorrenza - II) Concorrenza sleale*, in Enc. Giur., VII, Roma, Treccani, 1981, p. 9).

danneggiante è tenuto al risarcimento del danno e la sentenza di condanna può essere pubblicata. Inoltre, accertati gli atti di concorrenza sleale, la colpa è presunta.

La giurisprudenza chiarisce che il presupposto di applicazione degli articoli 2598 e ss. c.c., è il c.d. rapporto di concorrenzialità tra le imprese.¹⁹¹ Dal novero dei soggetti legittimati ad agire ai sensi dell'articolo 2600 c.c. si escludono i consumatori, i quali ricevono dal codice civile una tutela riflessa.

Ne consegue che se la condotta lede i diritti di soggetti non concorrenti (tra cui anche i consumatori), questi devono invocare la disciplina generale di cui all'articolo 2043 c.c., con le relative conseguenze in punto di onere della prova.¹⁹² Qualche dubbio sussiste sulla posizione del danneggiante perché l'articolo 2598 c.c. contiene la locuzione aperta “*chiunque*”. La dottrina e la giurisprudenza prevalenti, sul presupposto del rapporto di concorrenzialità, annoverano tra i soggetti autori dell'illecito (soggetti passivi di una richiesta risarcitoria) solo gli imprenditori “concorrenti” della vittima dell'illecito.¹⁹³ Allorché, l'autore dell'atto anti-concorrenziale sia un

¹⁹¹ Cass. Civ., Sez. III, 9 agosto 2007, n. 17459 (con massima su Giust. civ. Mass. 2007, 7-8, reperibile su DeJure): “*La concorrenza sleale deve ritenersi fattispecie tipicamente riconducibile ai soggetti del mercato in concorrenza, non configurabile, pertanto, ove manchi il presupposto soggettivo del cosiddetto "rapporto di concorrenzialità"; tuttavia, non è esclusa la configurabilità dell'illecito concorrenziale anche quando l'atto lesivo del diritto del concorrente venga compiuto da un soggetto (il cosiddetto terzo interposto) il quale, pur non possedendo egli stesso i necessari requisiti soggettivi (non essendo cioè concorrente del danneggiato), agisca per conto di (o comunque in collegamento con) un concorrente del danneggiato stesso, nel qual caso il terzo va legittimamente ritenuto responsabile, in solido, con l'imprenditore che si sia giovato della sua condotta.*”

¹⁹² R. NEVOLA, *La concorrenza sleale e il danno antitrust tra imprese*, in P. FAVA, *La responsabilità civile*, op. cit., 2018, p. 2557-2558

¹⁹³ Si richiama il principio di ragionevolezza di cui all'articolo 3 Cost. osservando che la disciplina codicistica sia applicabile in virtù del rapporto di concorrenzialità tra gli imprenditori che esercitano attività omogenee. Integreerebbe una disparità di trattamento l'applicazione della disciplina speciale in luogo di quella generale sulla responsabilità civile qualora il soggetto fosse privo della qualifica

terzo, si ricorrerà alla norma generale sulla responsabilità extracontrattuale. In questo caso, non sussistendo un rapporto tra imprese concorrenti, è lesa la libertà di iniziativa economica privata di cui all'articolo 41 Cost.¹⁹⁴ Si richiama, in particolare, una recente pronuncia che, allineandosi ad un orientamento consolidato, ammette l'applicabilità della tutela prevista dal codice civile nel caso di condotta posta in essere da un terzo, a vantaggio dell'imprenditore.¹⁹⁵ Il rapporto di concorrenzialità rende il rimedio speciale rispetto alla disciplina generale e giustifica non solo la ristretta platea di soggetti che possono azionarlo, ma anche il diverso regime probatorio.

Al riguardo si discute sul rapporto di genere a specie sussistente tra l'articolo 2600 c.c. da un lato, e l'articolo 2043 c.c. dall'altro. Le norme rispondono sicuramente a diverse *ratio*: l'atto *contra ius* legittima il risarcimento aquiliano solo allorché cagioni un danno ingiusto, a differenza degli atti di concorrenza sleale che rilevano già sotto il profilo della antigiuridicità della condotta e che qualificano di ingiustizia il danno. Si osserva inoltre che il rimedio speciale è ascrivibile al modello della colpa presunta che determina una inversione dell'onere probatorio. La specialità del rimedio comporta l'applicazione analogica delle norme sulla responsabilità extracontrattuale ex articolo 2043 c.c. per tutto quanto non

soggettiva. Vedi R. NEVOLA, *La concorrenza sleale e il danno antitrust tra imprese*, in P. FAVA, *La responsabilità civile*, op. cit. 2018, p. 2539

¹⁹⁴ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XVII ed., Edizioni scientifiche italiane, 2015, op. cit., p. 1388-1389

¹⁹⁵ In questo caso la giurisprudenza ritiene addirittura non necessaria la prova del c.d. "*pactum sceleris*", essendo sufficiente l'oggettiva sussistenza di una relazione tra l'imprenditore avvantaggiato e il terzo danneggiante. La carenza del presupposto soggettivo comporta l'applicazione del rimedio generale previsto dall'articolo 2043 c.c.. Vedi Cass. Civ., Sez. I, Sent., 12 luglio 2019, n. 18772.

espressamente previsto dall'articolo 2600 c.c., ovvero in assenza dei presupposti della disciplina speciale.¹⁹⁶

Si rileva l'assenza di richiami all'articolo 2059 c.c. circa la ristorabilità del danno morale. In virtù del rapporto di genere a specie intercorrente con il rimedio risarcitorio generale, la lacuna potrebbe essere colmata mediante applicazione analogica. Autorevole dottrina esclude questa opzione, essendo difficilmente riscontrabile un diritto inviolabile della persona, legittimante l'applicazione dell'articolo 2059 c.c. secondo l'interpretazione ormai prevalente dell'istituto. Né tanto meno si può applicare analogicamente l'articolo 125 c.p.i. che legittima la compensazione del danno morale derivante dalla lesione di un diritto di proprietà industriale, non sussistendo una identità di *ratio*.¹⁹⁷ Non si comprende se la scelta del legislatore sia frutto di una svista o di una espressa esclusione. Si può optare per tale ultima soluzione, in applicazione del principio *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, ma ciò dovrebbe valere anche nel caso in cui il danno derivi dalla violazione della Legge antitrust. Diversamente opinando si correrebbe il rischio di incorrere in una irragionevolezza.

Si segnala che il numero di sentenze in materia di concorrenza sleale registrato nel tempo è esiguo. Parte della dottrina ha parlato di "sottoutilizzazione" del rimedio risarcitorio, nonostante le agevolazioni in punto di onere della prova.¹⁹⁸ Diverse possono essere le ragioni sottese, tra cui fattori culturali e difficoltà in sede di quantificazione del danno (alla luce della delimitazione dell'articolo 1223 c.c.). Ciò accade nonostante si configuri un modello di responsabilità per colpa presunta

¹⁹⁶ R. NEVOLA, *La concorrenza sleale e il danno antitrust tra imprese*, in P. FAVA, *La responsabilità civile*, op. cit., p. 2563

¹⁹⁷ M. LIBERTINI, A. GENOVESE, *Commento sub art. 2600*, in *Commentario al codice civile*, Utet giuridica, vol. 5, 2014, p. 640-641

¹⁹⁸ A. GENOVESE, *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2005, p. 18

attraverso il quale se sussiste l'accertamento della violazione, la colpa si presume. La prova contraria può essere fornita con ogni mezzo e consiste nella dimostrazione circa l'adozione delle cautele necessarie ad evitare la condotta lesiva. Ne consegue che, coerentemente con la struttura aquiliana della responsabilità, l'elemento soggettivo è una *condicio sine qua non*, ma con una semplificazione probatoria.

Per quanto concerne la quantificazione, il risarcimento ha ad oggetto la perdita patrimoniale subita, causalmente riconducibile all'illecito. Si rinvia all'articolo 2056 c.c. e alle norme sul danno emergente e sul lucro cessante. Come è stato correttamente osservato, *“queste voci di danno peraltro non andrebbero intese, anche in considerazione della vocazione produttiva specifica del patrimonio aziendale, come entità patrimoniali negative date, ma come criteri complementari utilizzabili per la valutazione, integrale e senza duplicazioni, delle conseguenze patrimoniali negative di una condotta antigiuridica a cui l'ordinamento riconnette la sanzione risarcitoria”*.¹⁹⁹ Secondo la tesi in esame, si potrebbero considerare anche voci ulteriori in sede di liquidazione e si richiamano quelli utilizzati dallo stesso articolo 125 c.p.i..

3.2 Condotte illecite e violazione di norme antitrust

Le prime forme di tutela della concorrenza risalgono al 1958, con l'entrata in vigore del Trattato di Roma. Gli articoli 101 e 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (“TFUE”) vietano le intese restrittive della concorrenza e gli abusi di posizione dominante.

¹⁹⁹ M. LIBERTINI, A GENOVESE, *Commento sub art. 2600*, op. cit., p. 650-651

La rilevanza del *private enforcement* in materia antitrust ha indotto il legislatore Europeo ad adottare il Regolamento n. 1/2003, il Libro Verde del 2005 e il Libro Bianco del 2008.

Nel nostro ordinamento, il primo intervento legislativo risale agli anni 90': ai sensi dell'articolo 1 della Legge 10 ottobre 1990 n. 187 *“le disposizioni della presente legge in attuazione dell'articolo 41 della Costituzione a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica, si applicano alle intese, agli abusi di posizione dominante e alle concentrazioni di imprese”*.

Ricorre una intesa restrittiva della concorrenza, ai sensi dell'articolo 2 della Legge antitrust, quando due o più imprese si accordano per limitare la concorrenza sul mercato, ad esempio coordinandosi sui prezzi da applicare o stipulando accordi di esclusiva.²⁰⁰ Nel caso dell'abuso di posizione dominante non è vietata la posizione di forza in sé, ma il suo impiego distorto e volontariamente diretto a ledere l'altrui libertà di iniziativa economica privata.²⁰¹

²⁰⁰ Ai sensi dell'articolo 2, comma 2 della Legge Antitrust: *“Sono vietate le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, anche attraverso attività consistenti nel:*

a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali;

b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, gli investimenti, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico;

c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento;

d) applicare, nei rapporti commerciali con altri contraenti, condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza;

e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun rapporto con l'oggetto dei contratti stessi.”

²⁰¹ Ai sensi dell'articolo 3 della Legge Antitrust: *“È vietato l'abuso da parte di una o più imprese di una posizione dominante all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, ed inoltre è vietato:*

a) imporre direttamente o indirettamente prezzi di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose;

b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico, a danno dei consumatori;

La reazione alla restrizione della concorrenza, posta in essere attraverso la violazione delle norme della Legge antitrust, può essere rilevante sia sotto il profilo pubblicistico, sia sotto quello privatistico. In sede amministrativa è possibile rivolgersi all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("AGCM"), la quale in presenza dei presupposti previsti dalla legge e all'esito di un procedimento amministrativo volto ad accertare l'infrazione, potrà comminare sanzioni amministrative. Al *public enforcement* si affianca poi la tutela privatistica: ai sensi dell'articolo 33 della Legge antitrust, si propongono dinanzi le sezioni specializzate l'azione risarcitoria e le domande dirette ad ottenere provvedimenti cautelari, o la declaratoria di nullità degli atti lesivi della concorrenza. Il legislatore non qualifica l'azione risarcitoria che può pertanto essere ricondotta al rimedio generale di cui all'articolo 2043 c.c.. Ne consegue che non è sufficiente la sussistenza di una condotta antigiuridica, essendo necessario ricorrano gli altri elementi costitutivi della fattispecie aquiliana (danno ingiusto, nesso di causalità tra condotta e danno ed elemento soggettivo).

Si distingue tra azioni *follow on* e azioni *stand alone*: le prime seguono un procedimento di infrazione azionato dinanzi all'autorità indipendente nazionale o comunitaria, la quale ha già accertato la violazione con un provvedimento definitivo; le seconde sono indipendenti. Detta distinzione può avere effetto sull'assolvimento dell'onere della prova. Nelle azioni *follow on*, l'accertamento compiuto

c) *applicare nei rapporti commerciali con altri contraenti condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza;*

d) *subordinare la conclusione dei contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura e secondo gli usi commerciali, non abbiano alcuna connessione con l'oggetto dei contratti stessi."*

dall’Autorità può legittimare l’inversione dell’onere della prova.²⁰² In entrambi i casi, risulta particolarmente complesso dimostrare il danno subito e ciò è stato un fattore disincentivante l’esperienza delle azioni risarcitorie. Si osserva, sul punto, che anche il meccanismo della presunzione semplice non esonera dalla prova del nesso di causalità tra violazione delle norme antitrust e danno.

Il risarcimento del danno derivante dalla violazione di norme antitrust ha posto una serie di interrogativi. In primo luogo, la difficoltà di individuare le conseguenze dirette e immediate della condotta influisce sulla complessa quantificazione. Al riguardo, si segnala che il danno alla libera concorrenza è spesso connesso ad un danno alla proprietà intellettuale e la dottrina si è interrogata sulla conformazione dello stesso, anche al fine di fornire risposte in sede di quantificazione. In secondo luogo, la dottrina e la giurisprudenza hanno analizzato la possibilità di estendere la legittimazione attiva all’azione, in considerazione della rilevanza pubblicistica del bene tutelato, ossia la libera concorrenza sul mercato. Il quadro che emerge merita una riflessione approfondita.

3.3 Il dibattito sorto in ordine alla risoluzione dei conflitti di attribuzione della ricchezza derivante dall’illecito

La quantificazione del danno antitrust si è spesso rivelata molto complessa. Si legge nel Libro Bianco della Commissione sul risarcimento del danno: *“Il calcolo può diventare eccessivamente difficile o essere addirittura praticamente impossibile, se viene applicato rigorosamente il principio del calcolo dell’importo esatto del*

²⁰² M. BELLOFIORE, F. FILIPPI, *La tutela risarcitoria antitrust del consumatore*, in P. FAVA, *La responsabilità civile*, op. cit., p. 2596

*danno subito. Disposizioni molto complesse relative al calcolo possono inoltre essere sproporzionate rispetto all'entità del danno subito".*²⁰³ I fattori disincentivanti possono essere distinti in tre categorie:

- la difficoltà di quantificare il vantaggio economico conseguito dall'autore della violazione;
- l'onere probatorio particolarmente complesso da assolvere;
- il rapporto costi/benefici per chi subisce il pregiudizio e chiede di essere risarcito è spesso negativo.

Con riferimento al primo punto, si osserva che non è facilmente dimostrabile l'effetto che la violazione dell'altrui vantaggio competitivo ha prodotto sul mercato. Per quanto concerne la posizione del danneggiato, è stato rilevato che gli strumenti posti dall'ordinamento risultano poco soddisfattivi e disincentivanti. In primo luogo, intraprendere un'azione legale è sempre un'operazione il cui risultato è aleatorio; in secondo luogo, agire nei confronti di fornitori o acquirenti può rivelarsi strategicamente pericoloso per una piccola e media impresa (considerando che il tessuto economico del nostro ordinamento è in prevalenza rappresentato da PMI).

È stato altresì evidenziato che, con particolare riferimento ai casi di difficile quantificazione, la giurisprudenza procede per categorie di perdite economiche e tipi di risarcimento, con evidenti ripercussioni in termini di effettività della tutela giurisdizionale nel singolo caso concreto.²⁰⁴

²⁰³ Libro bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, COM (2008) 165, 2 aprile 2008, par. 2.5

²⁰⁴ L. BIAMONTI, *Considerazioni sulla quantificazione del risarcimento del danno nel processo antitrust*, in *Persona e attività economica tra libertà e regole*, Studi dedicati a Diego Corapi, Editoriale Scientifica Napoli, 2016, p. 2157

La perdita subita in seguito ad una condotta lesiva della concorrenza è difficilmente riscontrabile, non essendo possibile procedere ad una ricostruzione di quanto si sarebbe verificato sul mercato. Dovrebbero prendersi in considerazione il mancato guadagno e le perdite subite in termini di costo-opportunità. Nello specifico, il pregiudizio non attiene solo alla sfera patrimoniale, ma anche alla possibilità di conseguire un più altro grado di soddisfazione mediante libere scelte.

Nel nostro ordinamento si ricorre spesso a criteri di liquidazione equitativa, i quali possono essere utili in sede di quantificazione, ma presuppongono la prova e la rappresentazione del danno. Una parte della dottrina parla di standardizzazione, cioè di un procedimento che consente di omogeneizzare le valutazioni compiute in sede di quantificazione. Tale procedimento permetterebbe di ricostruire la situazione della vittima dell'illecito prima e dopo lo stesso, mediante l'inquadramento in un dato modello probabilistico. Si precisa che la standardizzazione interverrebbe in sede di accertamento del *quantum*, ma non dell'*an*.²⁰⁵

Secondo parte della dottrina ciò che nominalisticamente è risarcitorio può in realtà celare problemi di spettanza di nuova ricchezza generata dall'illecito concorrenziale.²⁰⁶ Tradizionalmente l'impianto della responsabilità civile esclude che nel danno risarcibile possa essere computato l'arricchimento conseguito dal danneggiato. Sussiste semmai un rapporto qualificabile in termini di concorso apparente tra rimedio risarcitorio (del danno) e rimedio restitutorio (del profitto).²⁰⁷

²⁰⁵ L. BIAMONTI, *Considerazioni sulla quantificazione del risarcimento del danno nel processo antitrust*, op. cit., p. 2162-2163

²⁰⁶ A. GENOVESE, *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale*, op. cit., pp. 113 ss.

²⁰⁷ Autorevole dottrina ha analizzato la conformazione dell'illecito industriale. È stato, in particolare, evidenziato che la struttura della responsabilità dipende dal settore di riferimento delle norme violate. Nel caso in cui l'illecito

È contestata la tesi secondo la quale i conflitti di concorrenza debbano essere risolti come conflitti di spettanza. Non c'è necessariamente una correlazione diretta tra illecito concorrenziale e profitto conseguito dal soggetto agente, in quanto quest'ultimo può essere la conseguenza di una pluralità di fattori. Non è detto che il profitto realizzato da chi abbia commesso la condotta illecita spetti al titolare della prerogativa

consegue al mancato rispetto di un diritto di privativa, lo schema è quello tipico del danno cagionato dalla lesione di un diritto soggettivo di spettanza, con le relative ripercussioni in punto di quantificazione. L'illecito sarà, invece, atipico in caso di violazione di una norma antitrust o nelle ipotesi di concorrenza sleale, nelle quali il danno è meramente patrimoniale. Risulta interessante esplorare l'interazione tra i tre regimi giuridici. Secondo la tesi del "doppio regime di tutela" occorre distinguere tra diritto antitrust (e disciplina sulla concorrenza sleale) da un lato e proprietà intellettuale dall'altro: il primo elimina ogni fattore che altera la libertà di iniziativa economica privata, il secondo favorisce la tutela individuale dell'innovazione (che si riflette poi sul mercato). Emerge la dicotomia tra il sistema delle privative e quello che impone regole di condotta a tutela del mercato e indirettamente dell'imprenditore. Al riguardo si osserva che la tutela della concorrenza dinamica è il minimo comune denominatore tra proprietà intellettuale, concorrenza sleale e norme antitrust. Il secondo assunto è il riconoscimento delle diverse modalità di tutela approntata, con l'obiettivo ultimo di individuare un principio cardine che consenta di risolvere i conflitti e le sovrapposizioni. Ne deriva che mentre la proprietà intellettuale riconosce diritti, la legislazione antitrust rimuove gli ostacoli al libero esercizio degli stessi, attraverso strumenti che variano in relazione alle circostanze del caso concreto. È stato pertanto evidenziato il rapporto di sussidiarietà intercorrente tra le discipline: regole concorrenti che tendono al medesimo obiettivo possono essere applicate alternativamente, in ragione delle peculiarità del singolo caso concreto. I regimi sono complementari sotto il profilo della integrazione e applicazione di regole comuni. Questo implica che il modello di illecito antitrust delineato dall'articolo 33 della Legge n. 287/1990 è generale rispetto alla disciplina sulla concorrenza sleale di cui all'articolo 2597 ss. c.c. ed a quella sulla proprietà intellettuale. La conclusione cui giunge la tesi in esame è che il concorso tra le discipline e tra le giurisdizioni competenti (innanzi le quali sono state proposte le azioni) genera un conflitto apparente di norme, che si risolve in favore di quella speciale su quella generale. Il bene giuridico tutelato è unico e non si può attribuire all'illecito concorrenziale carattere plurioffensivo con conseguente cumulo di rimedi. In particolare, non sussistono diversi beni oggetto di tutela cui ciascuna disciplina si riferisce, ma una pluralità di discipline che convergono, completandosi vicendevolmente, verso la tutela del mercato (categoria che ricomprende in modo onnicomprensivo i consumatori e le imprese). Ne consegue che, secondo la dottrina in esame, gli illeciti concorrenziali lesivi di regole di libertà e lealtà e quelli lesivi della proprietà intellettuale presentano una struttura omogenea, caratterizzata dalla comparazione di interessi in gioco. Ciò che cambia è il modo in cui quest'ultimi vengono comparati e quindi la struttura dell'illecito.

A. GENOVESE, *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale*, op. cit., pp. 87 ss.

concorrenziale violata.²⁰⁸ Il plusvalore è assegnato in relazione all'organizzazione dei fattori produttivi. Questa regola ha valenza generale. Per le medesime ragioni non può ritenersi applicabile l'articolo 2041 c.c.. Il profitto discende non dall'illecito concorrenziale, ma dall'esercizio dell'impresa: non è quindi indebito arricchimento nella logica dell'articolo 2041 c.c.. L'impostazione in esame esclude che vi sia trasferimento di ricchezza.

Diverso è l'orientamento secondo il quale il *discrimen* tra articolo 2041 e 2043 c.c. è rinvenibile nell'ingiustizia del danno, nonché nell'elemento soggettivo. Allorché sia compromesso il potere di disporre di un soggetto, l'oggetto della lesione passa dal titolare all'usurpatore e occorre individuare un rimedio che ne consenta il ritrasferimento. Quest'ultimo esce dall'ambito della responsabilità e approda nel rimedio avverso l'indebito arricchimento. Quando l'arricchimento discende da fatto illecito e sussiste l'elemento soggettivo, si tende erroneamente a ricorrere alla responsabilità civile.²⁰⁹

Si contendono il campo due tesi: la tesi del concorso alternativo e quella del concorso cumulativo tra l'articolo 2043 e l'articolo 2041 c.c. In caso di concorso cumulativo prevale il rimedio della responsabilità, computando nel danno risarcibile l'arricchimento

²⁰⁸ Secondo l'Autrice in esame: “[...] *L'esercizio dell'impresa è regola speciale di acquisto del plusvalore che essa produce e trova giustificazione non nell'esistenza di un diritto soggettivo d'impresa, né nel rischio che assume l'imprenditore, e nemmeno nel lavoro che egli svolge, o nelle esternalità generiche che possono derivare dall'attività. Questa regola trova giustificazione nel rapporto fra l'iniziativa economica di cui l'imprenditore si fa carico e incremento di nuova ricchezza che ne consegue per il mercato.*” Per un esame più approfondito vedi A. GENOVESE, *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale*, op. cit., p. 131

²⁰⁹ L'autore recita testualmente: “[...] *In realtà si fa parola di responsabilità, ma contro le parole, si fa capo all'arricchimento, cioè a un parametro di danno diverso da quello che concerne la responsabilità, muovendo da una sorta di idea prima secondo cui se il fatto di arricchimento è imputabile a colpa, in maniera del tutto ovvia si tratta di un fatto illecito.*” Vedi C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, op. cit., 2006, p. 631

conseguito dall'autore. La tesi del concorso alternativo trova un ostacolo nell'articolo 2042 c.c. (ai sensi del quale l'azione di ingiustificato arricchimento non è proponibile se l'attore può ricorrere ad altri rimedi), salvi i casi in cui il rimedio restitutorio sia espressamente previsto dalla legge. L'autore sostiene pertanto che la soluzione possa essere ritrovata nel cumulo tra responsabilità e risarcimento per le parti di rispettiva competenza. Ciò che è arricchimento senza causa deve essere restituito.²¹⁰

Sul punto è stato osservato che non sussiste un diritto di proprietà avente ad oggetto una prerogativa concorrenziale, in quanto il diritto insiste su beni aventi una oggettività unicamente giuridica. Il diritto serve per tutelare la concorrenza dinamica. Per questa ragione si esclude la riconducibilità dell'illecito concorrenziale ad un conflitto attributivo di un bene. In particolare, le maggiori difficoltà non sono solamente connesse alle modalità di attribuzione del profitto illecitamente realizzato, ma anche alla individuazione di un danno risarcibile. Originariamente il danno da concorrenza sleale era considerato conseguenza della violazione di norme di condotta che davano luogo ad un danno meramente patrimoniale. La quantificazione aveva pertanto riguardo al patrimonio dell'imprenditore, vittima della condotta illecita (o meglio illegittima), in termini di danno *“reale,*

²¹⁰ L'autore affronta il tema utilizzando come angolo di visuale la lesione della proprietà intellettuale. Parla di contaminazione tra arricchimento e responsabilità. Nel caso della lesione del potere di disposizione non si ha perdita del bene, ma solo passaggio in capo ad un altro soggetto e la perdita può essere recuperata mediante una traslazione. Siamo quindi nel campo dell'arricchimento e non in quello della responsabilità. La *sedes* più appropriata per questo tipo di condotte è la proprietà intellettuale. L'articolo 125 ha codificato l'azione di responsabilità, prima rimessa alle norme generali. Il legislatore ha optato per la possibilità di chiedere alternativamente il lucro cessante o i profitti perché realizzati rispettivamente dal danneggiato e dal danneggiante. Questa è la ragione per la quale può essere chiesto il lucro cessante o la restituzione degli utili, anche eventualmente per la parte eccedente il lucro cessante. Le due componenti fanno capo a soggetti diversi.

Vedi C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, op. cit., 2006, p. 653

concreto o differenziale".²¹¹ Si prendevano, ad esempio, in considerazione le spese sostenute per accertare e porre fine all'illecito. Maggiori difficoltà sorgevano in relazione all'accertamento del lucro cessante, da intendersi come mancato guadagno della vittima in conseguenza dell'illecito. Come è stato correttamente osservato, la violazione di una prerogativa concorrenziale produce un effetto sul mercato, condizionandolo, ma non è detto che sia unica *condicio sine qua non* della mancata attribuzione di ricchezza dell'impresa. Quest'ultima può essere infatti connessa ad una pluralità di fattori. Secondo la tesi in esame, considerare il danno antitrust come *reale* significa correre il rischio di depotenziare il rimedio risarcitorio. Da un lato, non è detto che siano correttamente registrate le perdite aziendali in termini di danno emergente; dall'altro, i fattori causali che influiscono sul patrimonio aziendale sono molteplici. Occorre quindi spostare l'attenzione sul bene tutelato dalla norma. La responsabilità risarcitoria, se ha di mira il danno subito dal patrimonio dell'imprenditore rischia di porre i problemi suesposti. La concorrenza ontologicamente porta con sé il rischio di provocare un danno alle imprese concorrenti e non per questo può dirsi illecita. Sussiste illecito concorrenziale quando mediante la violazione di una norma di correttezza professionale è lesa il vantaggio competitivo di un'impresa concorrente. Il danno è risarcito tenendo conto non della diminuzione patrimoniale, ma del vantaggio competitivo lesa, da intendersi come interesse meritevole di tutela. La tutela della suddetta componente oggettiva non determina l'insorgenza né di obblighi di protezione, né di prestazione.

²¹¹A. GENOVESE, *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale*, op. cit., p. 143 ss.

Anche altra parte della dottrina identifica come “concetto chiave” il vantaggio competitivo: ciò implica l’attribuzione di tutti i vantaggi che il titolare avrebbe avuto in assenza dell’illecito. La violazione dei diritti di proprietà intellettuale dà sempre luogo ad un conflitto attributivo, mentre la violazione del diritto antitrust (e la commissione di condotte qualificabili in termini di concorrenza sleale) può determinare un conflitto di natura aquiliana. Si tratta di situazioni nelle quali la responsabilità assolve una funzione conservativa. È richiamata sul punto la nozione di incompatibilità modali²¹² per

²¹² La nozione di incompatibilità modale è stata elaborata da autorevole dottrina. Meritano alcuni cenni sul pensiero dell’autore in materia di funzione della responsabilità aquiliana. Barcellona muove dalla distinzione tra funzione della responsabilità e funzione dei singoli criteri di imputazione. Afferma, in particolare: *“La disarticolazione della responsabilità in una pluralità di sotto-ambiti distinti dimostra, infatti, che la sua funzione si dà al di là e sta oltre le ragioni che presiedono alla definizione di tali sotto-ambiti ed alla determinazione dei relativi criteri regolativi: ad es., la circostanza che la responsabilità civile si articola in responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva dimostra che la sua funzione generale non si identifica né con la ratio (che impropriamente si ritiene) sanzionatoria della prima né con il compito di promuovere la migliore allocazione delle risorse che si accredita alla seconda [...]”*. La funzione compensativa caratterizza la responsabilità in generale e presuppone la sussistenza di un danno. La funzione compensativa riferita al risarcimento serve a condizionarne la quantificazione: *“Essa, dunque, sta a significare che la misura dell’effetto giuridico proprio della responsabilità è subordinata all’entità del fatto che lo produce [...]”*. La sussistenza di una responsabilità che prescinde dal danno esclude una *ratio* compensativa e l’effetto compensativo è solo eventuale. Occorre distinguere tra funzione normativa ed efficacia sociale: la prima indica il modo in cui l’ordinamento appresta tutela, la seconda tutto ciò che si mette in moto a seguito dell’applicazione degli strumenti previsti dall’ordinamento. Ciò premesso la funzione si determina in virtù dei conflitti che devono essere risolti. Dalla logica dell’articolo 2043 c.c. si desume che essa sia un rimedio esperibile nel caso di perdita di un valore la cui perdita può essere reintegrata mediante l’equivalente monetario. Rilevante è il seguente passaggio: *“Per essa il risarcimento deve coprire l’intera area della funzione attributiva, e dunque non solo tutta la ricchezza acquisita ma anche tutta quella legittimamente acquisibile, a misura che rientrano nell’ambito dell’attribuzione normativa protetta dal dispositivo risarcitorio non solo i diritti sui beni materiali e immateriali ed il relativo valore di scambio ma anche qualsiasi altro potere appropriativo ed il controvalore in denaro che il suo esercizio consentirebbe di acquisire [...]”*. Il secondo precipitato è che dal combinato disposto degli articoli 1223, 1226 e 1227 c.c. si ricava l’impossibilità di risarcire ciò che sia conseguenza di inefficienze organizzative del danneggiato. Secondo l’autore non si può ricorrere ai danni punitivi per risolvere i problemi connessi al *private enforcement*, in quanto ciò significherebbe alimentare trasferimenti arbitrari di ricchezza. Il tema non può quindi

giungere a sostenere che il bene “mercato concorrenziale” è oggetto di turbativa in un contesto relazionale in cui tra le parti sussiste un contatto sociale previsto dall’ordinamento giuridico.

In questa categoria rientrano sia le fattispecie di concorrenza sleale che non presuppongono un conflitto attributivo, ma una situazione di alterazione dell’equilibrio concorrenziale, sia le condotte poste in violazione della normativa antitrust.²¹³ La teoria in esame distingue pertanto tra fattispecie risarcitorie che presuppongono un conflitto attributivo e fattispecie risarcitorie che conseguono ad un illecito “modale”. Tale differenza influisce sia sulla qualificazione del danno, sia sulla sua quantificazione. Allorché il danno consegua ad un conflitto di attribuzione possono essere derogate le normali regole sulla funzione compensativa, secondo le quali il danneggiato non può arricchirsi in conseguenza dell’illecito. Il rimedio risarcitorio completa la tutela reale. Diverso è per il danno derivante da illecito modale: in questi casi riemerge la funzione meramente compensativa della responsabilità. Si considera in questo caso il mancato guadagno conseguito a seguito della violazione del diritto alla leale concorrenza.²¹⁴

Giova sul punto osservare che il merito delle tesi esposte può essere individuato nell’esigenza di parametrare il danno ingiusto non alla diminuzione patrimoniale, ma al vantaggio competitivo leso a seguito di un illecito modale.

essere risolto mediante il ricorso alla funzione deterrente della responsabilità aquiliana.

Vedi M. BARCELLONA, *Funzione compensativa della responsabilità e private enforcement in materia antitrust*, in *Contratto e Impresa*, 2009, pp. 120-144

²¹³G. FLORIDIA, *Proprietà intellettuale, illecito concorrenziale e risarcimento*, in *Studi in onore di P. Schlesinger*, Tomo V, Milano, Giuffrè ed., 2004, pp. 3553-3566

²¹⁴G. FLORIDIA, *Proprietà intellettuale, illecito concorrenziale e risarcimento*, op cit., pp. 3553-3566

Si richiama sul punto una condivisibile chiave di lettura che mira a proporre una diversa valutazione del danno patrimoniale. In particolare, esistono due possibili concezioni del danno:

- la concezione della *aestimatio rei* che considera il valore di mercato di un bene, su un piano oggettivo (e quantifica in questi termini il danno);
- la concezione meno restrittiva dell'*id quod interest* che prende in considerazione l'interesse della vittima, "i concreti programmi di utilizzazione del bene leso".²¹⁵

È diffusa l'idea secondo la quale il principio differenziale non riesce sempre a garantire adeguata soddisfazione: considerare il patrimonio come entità statica può risultare erroneo. Si osserva, in particolare, che il soggetto leso può avere nuove esigenze a seguito dell'illecito e si rendono necessari criteri dinamici per quantificare la *deminutio patrimonii*. La chiave di volta per un corretto esame del problema è che il danno antitrust produce effetti negativi sulle strategie aziendali, non facilmente inquadrabili nelle voci del danno emergente e del lucro cessante. L'Autore ritiene opportuno che il danno cagionato ad un'impresa sia quantificato non solo guardando a quanto già verificatosi, ma anche in relazione ai potenziali costi di recupero e all'eventuale inutilità delle iniziative commerciali intraprese a seguito dell'illecito. L'attore può richiedere un risarcimento che tenga conto delle potenzialità di utilizzazione del bene, difficilmente contestabile se non supera i limiti della "normalità", nella logica dell'*id quod*

²¹⁵ L'autore precisa che con la seconda tecnica di quantificazione il danneggiato può ottenere "una somma pari alle spese di recupero di un concreto valore d'uso, se e in quanto queste siano superiori alla pura e semplice perdita di valore di mercato del bene".

Vedi M. LIBERTINI, *Il risarcimento del danno per la violazione di norme generali sulla concorrenza (antitrust e concorrenza sleale)*, in *Scritti di diritto industriale*, Giuffrè ed., 2004, pp. 163 ss.

interest.²¹⁶ Ciò posto, occorre chiedersi se avendo di mira il deterioramento della posizione economica dell'attore debba considerarsi anche un danno ulteriore, rappresentato dalla perdita di *chance* concorrenziali. L'autore osserva che questa sia la principale specificità del danno antitrust e che sia necessario abbandonare una "*dimensione retrospettiva, in favore di una dimensione prospettica*". La suddetta voce di danno non potrà che essere equitativamente determinata.²¹⁷

La possibilità di ottenere la restituzione dei profitti può essere vista come indizio della dimensione del danno patrimoniale subito. Non si tratta quindi di attribuire un bene, ma di quantificare il danno tenendo conto non solo di quanto non più presente nel patrimonio, ma anche di quanto si possa perdere in conseguenza della violazione della posizione dell'impresa sul mercato.

3.4 Il problema della legittimazione dei consumatori e i riflessi sulla quantificazione del danno

Come anticipato, uno dei principali temi di discussione in materia di *private enforcement* è stato il riconoscimento della legittimazione dei consumatori all'esperienza dell'azione risarcitoria. Gli interpreti hanno prospettato due soluzioni:

- l'invocabilità di un'azione risarcitoria ai sensi dell'articolo 33 della Legge antitrust;

²¹⁶ Come evidenziato nel paragrafo sul danno da concorrenza sleale, l'Autore ritiene che il danno emergente e il lucro cessante concorrano con altri criteri per addivenire alla quantificazione del danno, ma non rappresentano gli unici da prendere in considerazione.

²¹⁷ M. LIBERTINI, *Il risarcimento del danno per la violazione di norme generali sulla concorrenza (antitrust e concorrenza sleale)*, in *Scritti di diritto industriale*, Giuffrè ed., 2004, pp. 177 ss.

- il ricorso al rimedio generale di cui all'articolo 2043 c.c..

In alcune domande si proponeva azione ex articolo 2033 c.c., conseguente alla nullità dei contratti stipulati a valle dell'intesa vietata. Il panorama ampiamente complesso ha richiesto un intervento della Suprema Corte, anche in considerazione dei problemi processuali connessi alla individuazione del giudice competente (si rammenta che l'articolo 33 della Legge antitrust individua la competenza funzionale della Corte d'Appello).²¹⁸

Con la pronuncia n. 17475/2002 la giurisprudenza di legittimità ha preso posizione, circoscrivendo l'applicazione della Legge antitrust alle imprese.²¹⁹

Autorevole dottrina ha sostenuto che dalla natura processuale dell'articolo 33, comma 2, della Legge n. 287/1990, non può ricavarsi una fattispecie di responsabilità diversa da quella generale.²²⁰ Dalla disposizione sulle intese restrittive non discende un diritto soggettivo o una posizione giuridicamente rilevante del consumatore. La illiceità della condotta non implica automaticamente ingiustizia del danno, proprio perché manca una disposizione che qualifichi la posizione del consumatore meritevole di tutela rispetto all'intesa a monte. La nullità non può far sorgere una posizione sostanziale nei riguardi di soggetti che non sono parte del rapporto contrattuale. L'individuazione di un

²¹⁸ Per ogni approfondimento sul tema vedi R. PARDOLESI, *Il danno antitrust in cerca di disciplina (e di identità?)*, in *Il Foro Italiano*, 2007, pp. 1102-1107

²¹⁹ Cass. Civ., Sez. I, 9 dicembre 2002, n.17475 (con massima su Riv. dir. comm. 2003, II, 325, reperibile su De Jure): *“In presenza di un'intesa restrittiva della concorrenza, vietata ai sensi dell'art. 2 della l. antitrust, la circostanza che i singoli consumatori non siano legittimati ad agire per il risarcimento danni a norma dell'art. 33 non implica, per ciò solo, che questi ultimi non possano agire per ottenere una tutela risarcitoria contro le ricadute dell'intesa vietata. Ben può, infatti, configurarsi un diritto al risarcimento - da azionare però secondo le ordinarie regole della competenza giurisdizionale e non avanti la corte d'appello ai sensi della citata disposizione della legge antitrust - ogni qualvolta a valle dell'intesa vietata si ponga un comportamento dell'impresa che presenti in concreto i caratteri di anti-giuridicità per violazione di uno specifico diritto soggettivo del consumatore”*.

²²⁰ C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, op. cit., 2006, p. 179

interesse legittimante la tutela risarcitoria si è rivelata un'operazione complessa. Tra il consumatore e l'impresa che ha violato la prerogativa concorrenziale non si instaura un rapporto di tipo contrattuale. Generalmente questo sorge tra consumatori finali e impresa intermediaria, la quale potrebbe essere ritenuta responsabile per la quota "aumento del prezzo" che scarica sugli utenti finali. Questo significa riconoscere un obbligo di protezione in capo alla stessa, forzando il dato normativo.²²¹

Successivamente, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione non hanno avallato l'orientamento restrittivo della pronuncia del 2002, ritenendo opportuno estendere la legittimazione ad agire ai sensi dell'articolo 33 della Legge antitrust anche ai consumatori o utenti finali. È stato, in particolare, evidenziato che la legge antitrust si rivolge a tutti gli operatori sul mercato e non solo alle imprese, ampliando il novero dei soggetti legittimati ad esperire i rimedi previsti nel caso di violazione della libera concorrenza.

Sul tema del riconoscimento di una legittimazione ad agire in capo ai consumatori finali è nuovamente intervenuta la giurisprudenza di legittimità. È stato preliminarmente chiarito che l'articolo 2043 c.c. consente di ottenere il ristoro del danno ingiusto e che è stata abbandonata ormai l'idea secondo cui l'ambito di operatività sia riservato ai diritti soggettivi. Il rimedio può essere applicato allorché sia cagionato un danno ingiusto ad una posizione giuridicamente rilevante. Nel caso in esame viene in considerazione l'interesse a godere dei benefici derivanti da una sana competizione sul mercato. Il consumatore può agire ai sensi dell'articolo 33, comma 2, Legge n. 287/1990. Ai fini della individuazione del nesso di causalità l'intesa a

²²¹ Castronovo critica detta impostazione osservando che muove dall'erroneo presupposto della assenza di una posizione giuridicamente rilevante.

Vedi C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, op. cit., 2006, p. 186

monte può essere considerata come causa remota dell'intesa a valle. Per accertare la serie causale si ricorre al criterio della probabilità logica che consente di accertare se, con un alto grado di credibilità razionale, un antecedente sia causa di un dato evento. Il danno può consistere nel maggior esborso che il consumatore ha dovuto sostenere a seguito della condotta anti-concorrenziale. Con riferimento all'onere probatorio, il danneggiato dovrà allegare l'accertamento della sussistenza dell'intesa, spettando poi alla compagnia l'onere di fornire la prova contraria. L'ingiustizia consiste nella lesione dell'interesse alla trasparenza e alla competitività sul mercato. Relativamente al *quantum*, il giudice può ricorrere alla liquidazione equitativa ai sensi dell'articolo 1226 c.c., essendo il relativo danno difficile da provare nel suo preciso ammontare.²²²

La giurisprudenza sembra essersi allineata circa il riconoscimento di un'azione risarcitoria ai consumatori o ad altri utenti finali, considerati acquirenti indiretti, destinatari del sovrapprezzo illecito.

Si osserva, inoltre, che la Corte di Giustizia ha dato un ulteriore *input* alla tutela risarcitoria, riconoscendo ai destinatari di un danno da c.d. "effetto ombrello" il diritto di agire nei confronti dei responsabili con i quali non sia stato intrattenuto alcun rapporto contrattuale. Nello specifico, il fenomeno si verifica quando il sovrapprezzo applicato sia dovuto alla esigenza dell'impresa di attenersi al prezzo di mercato di un bene o di un servizio, anche laddove questo sia il prodotto di un'intesa restrittiva applicata da altri. Nella pronuncia del 5 giugno 2014 (Causa C-557, Kone AG e altri contro OBB Infrastrutture AG), la Corte europea ha preso atto dell'esigenza di riconoscere piena effettività all'articolo 101 TFUE e ha riconosciuto la legittimazione anche in

²²² Corte di Cassazione, III Sez. Civ., Sent. 2 febbraio 2007, n. 2305

assenza di un rapporto contrattuale, fermo restando l'obbligo del giudice di valutare nel caso concreto.²²³

Il tema della legittimazione dei consumatori sembra essere ormai risolto. Rilevante è tuttavia il ragionamento sul bene oggetto di tutela. In primo luogo, l'illecito antitrust è stato considerato plurioffensivo. In secondo luogo, la nozione di causalità è particolarmente ampia. Occorre stabilire se la medesima logica espansiva valga per la causalità giuridica, con evidenti ripercussioni in punto di quantificazione. Dalle posizioni della dottrina e della giurisprudenza emerge, inoltre, anche in questo caso la stretta linea di confine tra restituzione e risarcimento.

3.5 Il superamento della prospettiva restitutoria: la Direttiva 2014/104/UE relativa alle azioni per il risarcimento del danno derivante dalla violazione del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea

Il diritto ad ottenere il risarcimento del danno derivante dalla violazione della disciplina antitrust è stato riconosciuto nel noto caso *Courage*²²⁴, allorché la Corte di Giustizia lo ha considerato coesistente alla garanzia dell'effettività della tutela giurisdizionale. Successivamente, nel caso *Manfredi*²²⁵, la Corte di Lussemburgo ha

²²³ Il tema è stato approfondito da M. BELLOFIORE, F. FILIPPI, *La tutela risarcitoria antitrust del consumatore*, in P. FAVA, *La responsabilità civile*, op. cit., p. 2573-2607

²²⁴ Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 20 settembre 2011, procedimento C-453/99, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, a norma dell'art. 234 CE, dalla Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) (Regno Unito)

²²⁵ Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 13 luglio 2006, procedimenti riuniti da C-295/04 a C-298/04, aventi ad oggetto alcune domande di pronuncia pregiudiziale proposte alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dal Giudice di pace di Bitonto con decisione 30 giugno 2004, pervenute in cancelleria il 13 luglio 2004

chiarito che il risarcimento consiste almeno nel danno emergente, nel lucro cessante e negli interessi. Nelle sentenze *Courage* e *Manfredi* è esaltato il ruolo del *private enforcement*, non solo in funzione dei singoli, ma del mercato in genere.²²⁶ Ciò muove dalla presunta inadeguatezza delle sanzioni pubblicistiche dinanzi gli ingenti profitti realizzati dall'autore della violazione. Si osserva inoltre l'esiguo numero di procedimenti intentati, specie nella forma *stand-alone*, ossia in assenza di un precedente provvedimento di accertamento emanato dall'AGCM. La *ratio* è rinvenibile nella difficile individuazione della condotta illecita e nel complesso assolvimento dell'onere probatorio. Inoltre la scarsa entità del *quantum* ottenuto ha disincentivato il sacrificio connesso all'intraprendere un'azione legale, depotenziando il rimedio risarcitorio, che invece riveste un ruolo centrale nell'ordinamento americano.²²⁷ Gli articoli 101 e 102 TFUE sono direttamente produttivi di effetti nei rapporti tra i singoli e, conseguentemente, le autorità giudiziarie nazionali contribuiscono alla loro applicazione, anche mediante la tutela risarcitoria.

²²⁶ Nel punto 25 della sentenza resa nel caso *Courage* si legge quanto segue: “Per quanto riguarda la possibilità di chiedere il risarcimento del danno causato da un contratto o da un comportamento che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza, va innanzi tutto ricordato che, come risulta da una giurisprudenza costante, è compito dei giudici nazionali incaricati di applicare, nell'ambito delle loro competenze, le norme del diritto comunitario, garantire la piena efficacia di tali norme e tutelare i diritti da esse attribuiti ai singoli”.

²²⁷ L'autore esalta i principali aspetti del sistema americano che contribuiscono a rafforzare il sistema di *private enforcement*. Rileva, in particolare: “Pilastrini del sistema affermatosi oltreoceano si possono considerare la liquidazione dei danni in misura tripla (*treble damage*), un approccio molto restrittivo al *passing on* (sia difensivo, sia offensivo, come rileva nel presente *Commentario Mezzanotte*), l'azione di classe organizzata secondo il sistema dell'*opt-out* (tutti i componenti della classe sono automaticamente rappresentati in giudizio, salvo esplicita dichiarazione contraria), la *discovery* (cioè l'ordine giudiziale di produrre tutta la documentazione depositata in un qualunque procedimento antitrust, svoltosi anche al di fuori del territorio degli Stati Uniti)”.

Vedi v. MELI, *Introduzione al D.Lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, di attuazione della Dir. 2014/104/UE sul risarcimento dei danni per violazione della normativa antitrust*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, vol. 1, 2018, p. 122

L'esigenza di garantire omogeneità²²⁸ in materia emerge dal Regolamento n. 1/2003 del Consiglio che rende direttamente applicabili le norme antitrust europee negli Stati membri.²²⁹ Le giurisdizioni nazionali ammettono le azioni risarcitorie derivanti dalla violazione delle norme del Trattato in materia di concorrenza.

Il Libro Verde del 19 dicembre 2005 su "Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie" si sofferma sulla efficacia del *private enforcement*, considerato indispensabile nell'ottica della applicazione del diritto della concorrenza.²³⁰ Prende atto del "sottosviluppo" dei rimedi risarcitori in questo settore, nei diversi ordinamenti e punta a individuare i principali ostacoli e le conseguenti linee di azione per rendere effettiva la tutela risarcitoria, in coerenza con quanto previsto dalla Corte di Giustizia nel caso *Courage*. Individua una serie di temi, distinguendo tra *questioni principali* e *altre questioni*. Nella prima categoria rientra tutta la problematica connessa al risarcimento del danno, all'elemento soggettivo, all'accesso alle

²²⁸ Le esigenze di omogeneità sono connesse al fatto che le condizioni presenti per proporre una domanda risarcitoria possono incidere sulla concorrenza sul mercato (la scelta del foro non può essere connessa alla speranza di ottenere una liquidazione superiore connessa, ad esempio, alla funzione assoluta dal rimedio risarcitorio).

²²⁹ Il considerando n. 7 del Regolamento recita: "*Le giurisdizioni nazionali svolgono una funzione essenziale nell'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie. Esse tutelano i diritti soggettivi garantiti dal diritto comunitario nelle controversie fra privati, in particolare accordando risarcimenti alle parti danneggiate dalle infrazioni. Le giurisdizioni nazionali svolgono sotto questo aspetto un ruolo complementare rispetto a quello delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri. Occorrerebbe quindi consentire loro di applicare pienamente gli articoli 81 e 82 del trattato*".

²³⁰ Nell'articolo 1.1 si legge: "*Le azioni di risarcimento del danno per violazione della normativa antitrust rispondono ad un duplice obiettivo: in primis, risarcire coloro che hanno subito un danno a causa di un comportamento anticoncorrenziale e, in secondo luogo, assicurare, attraverso la disincentivazione delle condotte anticoncorrenziali, la piena efficacia delle norme antitrust previste dal Trattato, contribuendo così in modo significativo al mantenimento di una concorrenza effettiva nella Comunità 1 (deterrenza). Grazie alla possibilità di introdurre efficacemente una domanda di risarcimento del danno, le singole imprese o i singoli consumatori in Europa sono ravvicinati alle norme sulla concorrenza e potranno partecipare attivamente alla loro applicazione*".

prove, alle spese processuali, alla tutela dei consumatori. Nella categoria aperta si prendono in considerazione il nesso di causalità e la sospensione della prescrizione in pendenza di procedimento.²³¹ Il Consiglio chiarisce: *“Il nesso di causalità costituisce una condizione necessaria di qualsiasi domanda di risarcimento del danno. Se da un lato può essere estremamente difficile fornire prove dell’esistenza di un nesso di causalità fra violazione e danno a causa della complessità economica delle questioni in oggetto, la nozione giuridica di nesso di causalità di per sé, quale elaborata dalla giurisprudenza degli Stati membri, non deve costituire un ostacolo rilevante per gli attori. Tuttavia, l’applicazione della condizione del nesso di causalità non deve impedire a coloro che hanno subito danni a seguito di una violazione della normativa antitrust di essere risarciti per tali danni”*.²³²

Con specifico riferimento ai problemi di quantificazione sono ammesse sia logiche di tipo restitutorio del profitto illecito, sia di tipo meramente compensativo. È altresì contemplato il risarcimento

²³¹ Tra le questioni principali individuate dal Consiglio rientrano:

- il complesso meccanismo di accesso alle prove che rende difficoltoso l’assolvimento del relativo onere da parte dell’attore;
- la prova della colpa dell’autore della violazione, difficilmente dimostrabile in giudizio;
- l’entità del risarcimento;
- la legittimazione dell’acquirente indiretto;
- le azioni collettive a tutela dei consumatori;
- il coordinamento tra le azioni risarcitorie proposte in sede giurisdizionale e i procedimenti pendenti dinanzi le autorità di settore.

La questione si pone, in particolare, nell’ambito dei programmi di clemenza accordati a chi denuncia condotte anti-concorrenziali delle quali sia stato autore. Entrambi gli strumenti assolvono una funzione deterrente e devono poter dialogare tra di loro.

²³² Libro Verde, “Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie”, presentato dalla Commissione Europea il 19.12.2005

multiplo (automatico, condizionato, o a discrezione del Tribunale) nel caso di danni da violazione delle norme sui cartelli orizzontali.

Successivamente, Nel Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, adottato dalla Commissione Europea nel 2008, si prende atto del numero esiguo di controversie risarcitorie nel settore. Nella formulazione definitiva non sono contemplate forme di risarcimento multiplo, pur presenti nella stesura provvisoria.²³³

Il più importante intervento normativo sul tema è la Direttiva 2014/104/UE del 26 novembre 2014, adottata dal Parlamento Europeo

²³³ Il principale obiettivo preso di mira è garantire un risarcimento completo alle vittime. Si legge: *“La cultura della concorrenza contribuisce ad una migliore allocazione delle risorse, ad una maggiore efficienza economica, ad un aumento dell’innovazione e alla diminuzione dei prezzi”*. È espressamente chiarito che le azioni di risarcimento del danno devono implementare e non sostituire le misure pubblicistiche. La Commissione ritiene che chiunque abbia il diritto di agire per chiedere il risarcimento del danno subito e pertanto anche gli acquirenti indiretti. Devono essere poi incentivate sia le azioni rappresentative azionate da soggetti *ad hoc*, sia le azioni *opt in* nella quali le vittime decidono di aggregare da subito le proprie pretese. Sempre al fine di rendere più agevole l’assolvimento dell’onere della prova, si prevede la possibilità per i giudici nazionali di ordinare la divulgazione di particolari categorie di prove, in presenza dei presupposti fissati nell’articolo 2.2 del Libro Bianco, volti a limitare il relativo potere discrezionale del giudice. Per migliorare il dialogo tra l’autorità giudiziaria e le autorità di settore, la Commissione propone di rendere la decisioni adottate dalle seconde (sempre che si tratti di decisioni definitive), vincolanti in sede giurisdizionale, ferma restando la possibilità di chiedere chiarimenti in ordine all’interpretazione delle norme del Trattato, ai sensi dell’articolo 234. Merita di essere menzionato il tema del trasferimento del sovrapprezzo che si verifica quando il danno sia stato traslato a livelli successivi della catena produttiva. Secondo la Commissione, nel caso in esame, occorre evitare arricchimenti ingiustificati e compensazioni multiple. Per questa ragione, il convenuto deve poter invocare il fatto che l’attore non abbia subito alcun pregiudizio, essendo stato quest’ultimo traslato. Inoltre, gli acquirenti indiretti devono potersi avvalere di presunzioni semplici, essendo per loro complesso assolvere l’onere della prova. Per quanto concerne, infine, l’interazione tra i programmi di clemenza e le richieste risarcitorie, occorre evitare che chi intenda aderire e collaborare con le autorità pubbliche, sia disincentivato dal rischio di ricevere domande risarcitorie. Per questa ragione, la Commissione propone:

- la tutela delle dichiarazioni rese da chi presenti domanda di accedere al trattamento previsto favorevole previsto (indipendentemente dal fatto che la domanda sia accettata);
- la possibile limitazione della responsabilità risarcitoria di chi ottiene l’immunità, in presenza di azioni proposte dai *partner* commerciali diretti o indiretti.

e dal Consiglio, in relazione alle azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione Europea (di seguito la "Direttiva"). Il provvedimento recepisce l'*acquis comunitarie* in materia, come si legge espressamente nel considerando n° 12.²³⁴

Il Considerando n. 10 chiarisce che la Direttiva ha un ambito di operatività esteso alle azioni esperite a seguito della violazione del diritto antitrust nazionale. Il provvedimento mira a costruire un *framework* di regole cui gli Stati Membri si adeguano per la disciplina del *private enforcement*, considerando che già il Regolamento n. 1/2003 prevede la diretta applicabilità degli articoli 101 e 102 TFUE e che la loro violazione è fonte di responsabilità risarcitoria allorché sia causativa di un danno.

Si riportano i principali profili di interesse ai fini della presente disamina.

L'azione di risarcimento del danno è riconosciuta a qualunque persona fisica o giuridica, superando il dibattito giurisprudenziale

²³⁴ C. BICCI, *Azioni di risarcimento del danno da violazioni antitrust: un breve sguardo alla Direttiva europea e al recente Decreto di recepimento*, in *Filodiritto*, 23 marzo 2017.

Il Considerando n° 12 della Direttiva recita: "*La presente direttiva ribadisce l'acquis comunitario relativo al diritto di ottenere un risarcimento per il danno causato da violazioni del diritto della concorrenza dell'Unione, in particolare per quanto riguarda la legittimazione ad agire e la definizione di danno, come statuito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, e non ne pregiudica alcun ulteriore sviluppo. Chiunque abbia subito un danno causato da una tale violazione può chiedere un risarcimento per il danno emergente (damnum emergens), per il guadagno di cui è stato privato (lucro cessante o lucrum cessans), oltre agli interessi indipendentemente dal fatto che tali categorie siano definite separatamente o unitariamente dal diritto nazionale. Il pagamento degli interessi è una componente essenziale del risarcimento per indennizzare il danno subito tenendo conto del decorso del tempo, e dovrebbe essere corrisposto con decorrenza dal momento in cui il danno si è prodotto fino al momento dell'effettivo risarcimento, restando impregiudicata la qualifica di siffatto interesse come interesse compensativo o interesse di mora a norma del diritto nazionale e indipendentemente dal fatto che il decorso del tempo sia considerato come una categoria separata (interesse) o come una parte costitutiva del danno emergente o del lucro cessante. Spetta agli Stati membri stabilire le norme da applicare a tal fine.*"

legato alla legittimazione dei consumatori.²³⁵ Secondo parte della dottrina, l'estensione dei soggetti abilitati all'esperimento dell'azione risarcitoria assolve una funzione sociale, escludendo che solo le imprese possano ricevere tutela. Altri ne sottolineano la componente di *deterrence*. C'è altresì chi sostiene che l'individuazione dei destinatari dell'illecito nel contesto della Direttiva non è funzionale all'attribuzione di una legittimazione ad agire (ormai riconosciuta a chiunque), ma rileva ai fini della corretta individuazione del danno risarcibile.²³⁶

Risulta, in ogni caso, centrale il tema della individuazione del nesso di causalità indipendentemente dai soggetti destinatari diretti o indiretti del danno. La Direttiva sembra essere carente sul punto, demandando alla disciplina degli Stati Membri l'individuazione dei criteri per la ricostruzione del nesso causale, con il rischio di depotenziare il *private enforcement*.

L'articolo 10 interviene sul tema della prescrizione del diritto al risarcimento del danno, individuandone la durata in 5 anni. Il *dies a quo* non coincide con la violazione, ma con il momento nel quale la vittima ha conosciuto, o si presume abbia ragionevolmente potuto conoscere di aver subito un danno, conseguenza della trasgressione delle norme poste a tutela della concorrenza, nonché l'identità del danneggiante. Si prevede, inoltre, la sospensione del termine di prescrizione in pendenza di un procedimento avviato dinanzi un'Autorità di settore, nonché di composizione consensuale delle controversie (solo per chi abbia aderito alla proposta transattiva).

²³⁵ Si richiama sul punto il paragrafo sulla legittimazione dei consumatori.

²³⁶ G. PULEIO, *Il risarcimento del danno antitrust alla luce della Direttiva 2014/104/UE*, in Responsabilità civile e previdenza, fasc. 3, 2016, pp. 1082B ss.

L'autore ha analizzato diversi profili di intervento della Direttiva in oggetto, richiamati nella presente disamina.

In tal modo il danneggiato potrà decidere se esperire o meno la relativa azione dopo la conclusione del procedimento e senza il timore che il diritto si prescriva.

Il legislatore comunitario ha dedicato ampio spazio all'accesso alla prova, al fine di semplificare le difficoltà connesse all'assolvimento dell'*onus probandi*.²³⁷ Sembra opportuno considerare che, in caso di cartello, sussiste una presunzione *iuris tantum* circa l'esistenza del danno. Gli articoli 5 e 6 della Direttiva hanno ad oggetto il tema della divulgazione delle prove in possesso rispettivamente del convenuto o di un terzo, e di quelle contenute in un fascicolo dell'autorità garante. Sulla base delle seguenti disposizioni i giudici possono ordinare che venga riconosciuto il diritto di accedere alle prove che l'attore ritiene necessarie per fondare la propria domanda risarcitoria. Gli Stati membri garantiscono che le autorità giudiziarie si attengano al principio di proporzionalità nella diffusione dei documenti richiesti nell'istanza motivata. Esulano dal suddetto ambito di operatività le informazioni concernenti i programmi di clemenza e le proposte transattive.²³⁸

²³⁷ Ai sensi del Considerando n. 15 della Direttiva *Enforcement*: “*La prova è un elemento importante per intentare un'azione per il risarcimento del danno causato dalla violazione del diritto dell'Unione o nazionale della concorrenza. Tuttavia, poiché il contenzioso in materia di diritto della concorrenza è caratterizzato da un'asimmetria informativa, è opportuno garantire agli attori il diritto di ottenere la divulgazione delle prove rilevanti per la loro richiesta, senza che sia necessario, da parte loro, specificarne i singoli elementi. Onde garantire che le controparti dispongano di strumenti equivalenti, anche i convenuti delle azioni per il risarcimento del danno dovrebbero disporre di tali mezzi, in modo da poter chiedere la divulgazione di prove da parte degli attori. I giudici nazionali dovrebbero anche poter ordinare la divulgazione delle prove da parte di terzi, comprese le pubbliche autorità. Quando i giudici nazionali intendano ordinare la divulgazione delle prove da parte della Commissione, si applicano il principio di leale cooperazione fra l'Unione e gli Stati membri di cui all'articolo 4, paragrafo 3, TUE, e l'articolo 15, paragrafo 1, del regolamento (CE) n. 1/2003 sulle richieste di informazioni. Laddove i giudici nazionali ordinino alle pubbliche autorità di divulgare le prove, si applicano i principi di cooperazione giuridica e amministrativa a norma del diritto dell'Unione o nazionale*”

²³⁸ Si legge nel Considerando n. 26 della Direttiva: “*I programmi di clemenza e le procedure di transazione sono strumenti importanti per l'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza dell'Unione, poiché contribuiscono ad*

Giova osservare che il tema della divulgazione delle prove ha sempre intersecato quello del rapporto tra *public* e *private enforcement*. La questione riguarda, in particolare, la partecipazione ai programmi di clemenza che hanno consentito la collaborazione tra le autorità pubbliche e i soggetti colpevoli della violazione. Il rischio di divulgare le prove e favorire le richieste risarcitorie può disincentivare la partecipazione ai suddetti programmi, ritenuti particolarmente utili per scoprire condotte anticoncorrenziali (in particolare i cartelli).²³⁹ La Direttiva ha cercato una soluzione di compromesso, temperando da

individuare e perseguire efficacemente e sanzionare le violazioni più gravi di tali norme. Inoltre, poiché molte decisioni delle autorità garanti della concorrenza nei casi riguardanti cartelli si basano su richieste di clemenza e le azioni per il risarcimento del danno nei casi riguardanti cartelli sono in genere successive a tali decisioni, i programmi di clemenza sono importanti anche per assicurare l'efficacia delle azioni per il risarcimento del danno nei casi riguardanti cartelli. Le imprese potrebbero essere dissuase dal collaborare con le autorità garanti della concorrenza nell'ambito di programmi di clemenza e di procedure di transazione se dichiarazioni contenenti prove autoincriminanti, quali le dichiarazioni legate a un programma di clemenza e le proposte di transazione predisposte soltanto ai fini della collaborazione con le autorità garanti della concorrenza venissero divulgate. Tale divulgazione comporterebbe il rischio di esporre le imprese che collaborano o il loro personale con funzioni di amministrazione o direzione a responsabilità civile o penale a condizioni peggiori di quelle dei coautori della violazione che non collaborano con le autorità garanti della concorrenza. Per garantire che le imprese continuino ad essere disposte a rivolgersi volontariamente alle autorità garanti della concorrenza presentando dichiarazioni legate a un programma di clemenza o proposte di transazione, è opportuno che tali documenti siano esclusi dall'ordine della divulgazione delle prove. Tale esclusione dovrebbe altresì applicarsi alle citazioni letterali di una dichiarazione legata a un programma di clemenza o di una proposta di transazione contenute in altri documenti. Tali limitazioni quanto alla divulgazione delle prove non dovrebbero impedire alle autorità garanti della concorrenza di pubblicare le loro decisioni conformemente al diritto dell'Unione o nazionale applicabile. Per assicurare che tale deroga non interferisca in modo indebito con il diritto al risarcimento dei soggetti danneggiati, essa dovrebbe essere circoscritta alle suddette dichiarazioni volontarie e autoincriminanti legate a un programma di clemenza e a proposte di transazione”.

²³⁹ Sul tema era intervenuta già la giurisprudenza comunitaria nel caso *Pfeiderer*. La Corte di Giustizia ha sottolineato l'esigenza di salvaguardare l'efficacia dei programmi di clemenza, ma al tempo stesso ha ritenuto opportuno demandare al giudice il bilanciamento tra interessi pubblici e privati nel singolo caso concreto (Corte Giust. UE, 14 giugno 2011, C-260/09, caso *Pfeiderer AG* contro *Bundeskartellamt*).

Vedi G. PULEIO, *Il risarcimento del danno antitrust alla luce della Direttiva 2014/104/UE*, op.cit., pp. 1082B ss.

un lato l'esigenza di rendere meno oneroso l'assolvimento dell'onere probatorio delle vittime e dall'altro quella di non arenare la partecipazione ai programmi di clemenza.

Per quanto concerne la quantificazione si adotta il principio differenziale, volto a riconoscere al danneggiato un ristoro che gli consenta di ritornare nella situazione precedente. Stante la difficile rappresentazione si prevede che l'autorità giudiziaria possa avvalersi del supporto delle autorità di settore per fornire assistenza.²⁴⁰ Del resto, proprio in applicazione della tecnica differenziale, è complesso fornire una rappresentazione dell'andamento dell'impresa danneggiata con o senza la condotta lesiva della concorrenza.

A fronte delle complessità connesse all'assolvimento dell'onere della prova, della individuazione delle poste del danno emergente, del lucro cessante e degli interessi (elementi individuati dalla direttiva), si demanda agli Stati membri il compito di riconoscere il potere equitativo dei giudici in sede di quantificazione, allorché non sia possibile una esatta quantificazione. È opportuno considerare che, sul punto, la Direttiva ha preso posizione riconoscendo alle azioni risarcitorie una funzione unicamente compensativa. Ai sensi dell'articolo 3, comma 3: *“Il pieno risarcimento ai sensi della presente Direttiva non conduce a una sovra-compensazione del danno subito, sia sotto forma di risarcimento punitivo che di risarcimento multiplo o di altra natura”*.

Il legislatore europeo interviene inoltre sul tema del trasferimento del sovrapprezzo, c.d. *“passing on”*. Quest'ultimo si verifica quando la condotta abbia determinato un'alterazione del prezzo di mercato che si trasferisce ai diversi livelli della catena produttiva, con la conseguenza di una propagazione dei relativi pregiudizi. Ai sensi

²⁴⁰ La suddetta previsione esulava dall'originaria proposta della Commissione (COM 2013 (404)) ed è stata oggetto di un vivo dibattito.

dell'articolo 14 per eccepire il trasferimento del sovrapprezzo occorre provare:

- la condotta anticoncorrenziale;
- il sovrapprezzo pagato dall'acquirente diretto;
- l'acquisto di beni o servizi, rientranti nell'ambito di operatività della condotta illecita, dall'acquirente diretto. Il convenuto può esperire l'eccezione di trasferimento ai sensi dell'articolo 13, dimostrando che il sovrapprezzo è stato trasferito in tutto o in parte dall'attore.

L'applicazione del principio differenziale in sede di rappresentazione del danno è ribadita dall'articolo 12 il quale prevede: *"[...] Al fine di evitare una sovra-compensazione, gli Stati membri stabiliscono le opportune norme procedurali per garantire che il risarcimento per il danno emergente versato a un dato livello della catena di approvvigionamento non superi il danno da sovrapprezzo subito a tale livello. Il presente capo lascia impregiudicato il diritto di un soggetto danneggiato di chiedere e ottenere un risarcimento per il lucro cessante dovuto al trasferimento integrale o parziale del sovrapprezzo [...]"*. Considerando la complessità delle dinamiche di mercato, la Direttiva tutela anche coloro che possono essere considerati terzi rispetto al rapporto danneggiato/danneggiante in relazione al nesso di causalità.

L'articolo 15 impone ai giudici nazionali di tener conto delle eventuali azioni di risarcimento del danno intentate a diversi livelli della catena produttiva, in sede di valutazione dell'onere della prova effettuata ai sensi degli articoli 13 e 14.

Si osserva che l'implementazione del diritto della concorrenza può avvenire attraverso un adeguato impianto di sanzioni pubblicistiche

e, al tempo stesso, la possibilità di ottenere il risarcimento del danno.²⁴¹ Quest'ultimo rappresenta il secondo obiettivo della Direttiva, considerate le difficoltà emerse in sede di prassi applicativa. La tutela della concorrenza sul mercato esige uniformità sotto il profilo dell'applicazione della relativa disciplina da parte degli Stati Membri. È questa una delle principali finalità del legislatore europeo.

È stato osservato altresì che il nucleo duro del *private enforcement* in materia antitrust è rimasto inalterato e che sono stati risolti solo alcuni temi che avevano già trovato una soluzione giurisprudenziale (si pensi al termine di prescrizione e al *dies a quo*).²⁴²

3.5.1 L'attuazione della Direttiva 2014/104/UE nel nostro ordinamento

Il legislatore italiano è intervenuto sul tema con il decreto 19 gennaio 2017, n. 3 recante: “*Attuazione della direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni*

²⁴¹ L'autore evidenzia i problemi connessi al mancato coordinamento tra settore pubblicistico e privatistico. In particolare afferma: “*Ad esempio, si consideri l'ipotesi di un'impresa che rifletta sull'idea di cooperare con un'autorità garante della concorrenza nell'ambito di un programma di trattamento favorevole, che costituisce un importantissimo strumento per l'applicazione a livello pubblico delle norme UE sulla concorrenza. L'impresa, che ammette la propria partecipazione a un cartello in cambio dell'immunità dall'ammenda o di una sua riduzione, non sa, al momento della cooperazione, se i soggetti danneggiati dalla violazione del diritto della concorrenza avranno accesso alle informazioni che essa ha fornito all'autorità garante*”. Vedi G. PULEIO, *Il risarcimento del danno antitrust alla luce della Direttiva 2014/104/UE*, op.cit., pp. 1082B ss.

²⁴² L'Autore richiama le principali questioni: traslazione del danno sia in chiave difensiva, sia offensiva, la possibilità di liquidazione equitativa dei danni, l'esclusione dei danni punitivi.

Vedi v. MELI, *Introduzione al D.Lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, di attuazione della Dir. 2014/104/UE sul risarcimento dei danni per violazione della normativa antitrust*, op. cit., p. 122

del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea". La disciplina si riferisce alle azioni risarcitorie derivanti dalla violazione del diritto antitrust nazionale ed europeo.

Il decreto in esame ha risolto l'annoso tema della legittimazione attiva, riconoscendola in capo a chiunque abbia subito un danno a fronte della violazione di una norma antitrust.²⁴³ L'azione può essere proposta anche sotto forma di azione di classe ai sensi dell'articolo 140-bis del codice di consumo e si prescrive nel termine di cinque anni, decorrenti da quando sia cessata la violazione o da quando l'attore sia venuto a conoscenza o si presume sia venuto a conoscenza della condotta e del danno da essa scaturito, nonché dell'identità dell'autore.

L'accertamento posto in essere dall'Autorità garante alleggerisce l'onere della prova del soggetto agente, sempre che lo stesso sia stato confermato in sede amministrativa o non vi sia stata impugnazione. In tema di onere probatorio si richiama inoltre la sanzione processuale comminata in caso di mancata ottemperanza all'ordine di esibizione: ai sensi dell'articolo 6, comma 6, D.Lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, i fatti oggetto dell'ordine di esibizione si intendono provati se il destinatario dell'ordine non adempie.

Per quanto concerne la quantificazione del danno subito dagli acquirenti indiretti, ai sensi dell'articolo 10, comma 2: *"Il risarcimento del danno emergente cagionato dall'autore della violazione ad un dato livello della catena di approvvigionamento non supera il danno da sovrapprezzo subito a tale livello, fermo il diritto del soggetto danneggiato di chiedere il risarcimento per il lucro cessante derivante dal trasferimento integrale o parziale del sovrapprezzo"*.

²⁴³ L'articolo 1, comma 1, recita: *"Il presente decreto disciplina, anche con riferimento alle azioni collettive di cui all'articolo 140-bis del codice del consumo di cui al Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206, il diritto al risarcimento in favore di chiunque ha subito un danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza da parte di un'impresa o di un'associazione di imprese"*.

Come è stato osservato, l'ampia formulazione contenuta nell'articolo 1 del decreto di recepimento della Direttiva induce a ritenerlo applicabile anche per le controversie in cui la violazione del diritto antitrust rilevi in chiave difensiva.²⁴⁴ La normativa di recepimento è in parte innovativa, in parte no: non lo è, ad esempio, con riferimento alla quantificazione del danno.²⁴⁵

La previsione circa il coinvolgimento dell'AGCM in sede di quantificazione del danno è stata temperata con la facoltà dell'Autorità di non assecondare la richiesta del giudice per salvaguardare il *public enforcement*. L'articolo 14, comma 3, prevede che il giudice possa chiedere assistenza all'AGCM, formulando specifiche richieste sugli orientamenti in punto di quantificazione. L'Autorità, a sua volta, risponde con le modalità indicate dall'autorità giudiziaria, salva la "non appropriatezza" della richiesta. Non è agevole individuare le ipotesi in cui ricorra la suddetta circostanza. Una parte della dottrina ha escluso che ciò possa avvenire, a titolo esemplificativo, nei casi di eventuali

²⁴⁴ Parte della dottrina ha sostenuto sul punto: "*Il legislatore italiano (come già quello europeo) non chiarisce, invece, se il decreto si applichi alle controversie in cui la violazione antitrust venga eccepita in chiave difensiva. La formulazione «oggettiva» dell'art. 1 del decreto legislativo, con il riferimento tout court alla violazione delle norme antitrust, induce ragionevolmente a ritenere che le nuove norme si applichino a qualsiasi controversia in cui si discuta di danno antitrust, a prescindere dal fatto che la violazione delle norme in materia di concorrenza sia stata allegata quale fatto costitutivo oppure quale fatto estintivo o impeditivo. D'altro canto, la Corte di Cassazione, con un'interpretazione fin troppo estensiva (e per certi versi criticabile), aveva ritenuto la Direttiva n. 104 del 2014 di immediata applicazione proprio con riferimento a una controversia in cui la violazione delle norme a tutela della concorrenza era stata eccepita dalla parte convenuta in funzione difensiva*".

P. COMOGLIO, *Note a una prima lettura del d.lgs. n. 3 del 2017. Novità processuali e parziali inadeguatezze in tema di danno antitrust*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, fasc. 3, 1 settembre 2017, pp. 991 ss.

²⁴⁵ Secondo l'Autore la mancanza di effettiva consapevolezza sulle peculiarità tipiche del danno antitrust si può desumere anche dall'articolo 14, comma 3, che prevede la possibilità di adire l'AGCM per la quantificazione del danno. Non si comprende, invero, se trattasi di una consulenza richiesta ad una persona giuridica, o se possa delinarsi la richiesta di informazioni di cui all'articolo 213 c.p.c.

P. COMOGLIO, *Note a una prima lettura del d.lgs. n. 3 del 2017. Novità processuali e parziali inadeguatezze in tema di danno antitrust*, op. cit.

procedimenti di accertamento dell'infrazione, pendenti dinanzi l'*Authority* perché ciò potrebbe condurre ad una anticipazione dell'esito. Inopportuno è anche il caso in cui l'AGCM sia parte lesa. L'ambito di operatività della disposizione si esaurisce essenzialmente alle controversie *follow on*, giacché in quelle *stand alone* non sussistono particolari elementi di valutazione ulteriori rispetto a quelli presentati nel giudizio, a corredo della domanda attorea. Ne consegue che poco sarebbe cambiato nel tradizionale rapporto tra *public* e *private enforcement*.²⁴⁶

Il legislatore nazionale sembra aver preso atto della esigenza di rafforzare il *private antitrust enforcement*, senza scardinare i paradigmi tradizionali della responsabilità civile e, in particolare, la funzione del rimedio aquiliano. La deterrenza sembra essere stata affidata a

²⁴⁶ Per dimostrare lo iato tra le valutazioni poste in essere dall'AGCM e quelle effettuate dal giudice è richiamata la sentenza del Tribunale di Roma, n. 15020 del 24 luglio 2017. Nel caso in esame, in sede di valutazione delle conseguenze dell'illecito, il giudice si è discostato dalle conclusioni cui era pervenuta l'Autorità Garante. Si riportano di seguito le conclusioni cui pervengono gli autori: "*In conclusione, con il recepimento della Direttiva e la vincolatività delle decisioni passate in giudicato, il contributo che l'Autorità può offrire per la promozione e lo sviluppo del private enforcement, almeno per i casi follow on, è in buona misura tracciato. Quantunque la vincolatività della decisione dell'Autorità non si estenda all'accertamento del nesso causale e alla quantificazione del danno, il ruolo dell'Autorità, fatte salve alcune situazioni brevemente accennate nei paragrafi precedenti nelle quali un intervento nel giudizio civile risulterebbe inappropriato, può svilupparsi, fornendo al giudice civile una preziosa assistenza nella quantificazione del danno. Il giudice, dal canto suo, non dovrebbe accontentarsi di un'automatica applicazione del principio dell'onere della prova, anche quando la richiesta di risarcimento per il danno antitrust poggi su una quantificazione metodologicamente discutibile, ma dovrebbe assumere un atteggiamento pro-attivo nel valutare la fondatezza della richiesta, l'esistenza del nesso causale e la portata dell'eventuale danno. In questa prospettiva, la consapevolezza delle differenze che caratterizzano gli effetti sul processo competitivo valutati dall'Autorità, da un lato, e il danno antitrust sotto il profilo civilistico, dall'altro, può aiutare le parti attrici a delimitare con maggior precisione la pretesa risarcitoria, a beneficio della promozione del private enforcement e, più in generale, della deterrenza della disciplina antitrust nel suo insieme*".

Vedi A. PEZZOLLI, G. SEPE, *Public e private enforcement: c'è danno e danno*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, fasc. 2, 2017, pp. 356-359

strumenti volti ad agevolare le azioni risarcitorie, senza intervenire sulla quantificazione del danno.

3.5.2 L'onere della prova

Come anticipato, uno dei principali nodi da sciogliere nella implementazione del *private enforcement* è il difficile assolvimento dell'onere della prova. Sia la Direttiva, sia il relativo decreto di recepimento sono intervenuti sul tema. Ai sensi dell'articolo 4, D.Lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, il giudice può ordinare l'esibizione delle prove contenute in un fascicolo dell'Autorità Garante, allorché né le parti, né i terzi siano in grado di fornire la relativa prova. L'attività del giudice trova due forme di limitazione:

- la proporzionalità della misura, tenendo in considerazione la specificità della richiesta in ordine alla natura e al contenuto dei documenti richiesti, nonché in relazione all'eventuale danno scaturito dalla violazione del diritto antitrust;
- le prove relative ad eventuali programmi di clemenza o a proposte transattive.

La mancata esibizione espone la parti alle sanzioni previste ai sensi dell'articolo 6, consistenti non solo in sanzioni pecuniarie, ma anche nella possibilità prevista dal comma 6 che il giudice ritenga provato il fatto cui la prova si riferisce (naturalmente in presenza dei presupposti dettati dalla norma).

L'ordine di esibizione può rivolgersi altresì alle parti o ai terzi purché la relativa domanda abbia ad oggetto prove “*sufficienti a sostenere la plausibilità della domanda di risarcimento del danno o della difesa*”. Il giudice provvede, invece a predisporre le opportune cautele allorché la richiesta abbia ad oggetto informazioni riservate, per

tali intendendosi: “riservate di carattere personale, commerciale, industriale e finanziario relative a persone ed imprese, nonché i segreti commerciali” (Articolo 3).

Si osserva, inoltre, che ai sensi dell’articolo 7, allorché l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato accerti una violazione del diritto antitrust, si presume l’efficacia di tale accertamento anche in un’azione di risarcimento del danno. Il legislatore prevede due limitazioni circa la non contestabilità dell’accertamento contenuto nel provvedimento dell’*Authority*.²⁴⁷ Giova osservare che la suddetta questione è stata oggetto di un vivo dibattito prima dell’entrata in vigore della Direttiva e del relativo decreto di recepimento.²⁴⁸ Si sosteneva che sul piano costituzionale rappresentasse una forzatura imporre al giudice di porre a fondamento della propria decisione l’accertamento compiuto da un’autorità amministrativa. Era inoltre evidenziata la difficoltà connessa alla possibilità che il provvedimento amministrativo fosse oggetto di impugnativa con l’evidente rischio di adottare una pronuncia in

²⁴⁷ La norma riproduce il contenuto dell’articolo 9 della Direttiva 2014/104/UE, ai sensi del quale:

“1. Gli Stati membri provvedono affinché una violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione definitiva di un’autorità nazionale garante della concorrenza o di un giudice del ricorso sia ritenuta definitivamente accertata ai fini dell’azione per il risarcimento del danno proposta dinanzi ai loro giudici nazionali ai sensi dell’articolo 101 o 102 TFUE o ai sensi del diritto nazionale della concorrenza.

2. Gli Stati membri provvedono affinché una decisione definitiva ai sensi del paragrafo 1 adottata in un altro Stato membro possa, conformemente al rispettivo diritto nazionale, essere presentata dinanzi ai propri giudici nazionali, almeno a titolo di prova *prima facie*, del fatto che è avvenuta una violazione del diritto della concorrenza e possa, se del caso, essere valutata insieme ad altre prove addotte dalle parti.

3. Il presente articolo lascia impregiudicati i diritti e gli obblighi delle giurisdizioni nazionali di cui all’articolo 267 TFUE”.

²⁴⁸ Già l’art. 16, par. 1, reg. CE n. 1/2003 aveva previsto: “Quando le giurisdizioni nazionali si pronunciano su accordi, decisioni e pratiche ai sensi dell’articolo 81 o 82 del trattato che sono già oggetto di una decisione della Commissione, non possono prendere decisioni che siano in contrasto con la decisione adottata dalla Commissione”.

relazione ad un atto poi potenzialmente considerato viziato in sede giurisdizionale. Secondo parte della giurisprudenza la valenza dei provvedimenti in esame non poteva che essere di mera prova privilegiata, essendo il giudice pienamente libero di valutare.²⁴⁹ Il legislatore, dando attuazione all'articolo 9 della Direttiva, prevede la diretta efficacia dell'accertamento compiuto dall'AGCM, ma solo per quanto concerne la natura della violazione e la sua portata materiale e personale, con questo escludendo che l'accertamento si estenda alla sussistenza del nesso di causalità e del danno.²⁵⁰

Tale conclusione è in linea con la portata tipicamente compensativa del risarcimento del danno antitrust. La sussistenza della condotta non implica necessariamente il suo collegamento causale con il danno. Del resto, nel nostro ordinamento sussistono forme di responsabilità in cui il nesso causale è presunto, ma non può mai prescindere da esso. Nell'economia complessiva della novella legislativa occorre verificare se la semplificazione probatoria consente di superare la ritrosia dei soggetti danneggiati a proporre l'azione.

²⁴⁹ Cass. Civ., Sez. I, 13 febbraio 2009, n. 3640 (con massima su *Giur. annotata dir. ind.* 2009, I, 144, reperibile su De Jure): “La competenza del giudice ordinario non è limitata dalla Legge 287/1990 alla questione del risarcimento dell'eventuale danno conseguente alla condotta illecita, ma si estende anche all'accertamento dell'illecito in piena autonomia rispetto alle decisioni dell'Autorità Garante e dei giudici amministrativi. Pertanto, se è indubbio che la decisione di questi organi costituisce prova privilegiata della sussistenza o meno dell'illecito anticoncorrenziale, nel giudizio civile è possibile offrire sia prove a sostegno di questa sussistenza sia prove contrarie”.

²⁵⁰ v. MELI, *Introduzione al D.Lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, di attuazione della Dir. 2014/104/UE sul risarcimento dei danni per violazione della normativa antitrust*, op. cit., p. 138

3.5.3 Risarcimento e prescrizione

Riproducendo il contenuto dell'articolo 10 della Direttiva, il legislatore italiano ha attribuito durata quinquennale alla prescrizione del diritto di chiedere il risarcimento del danno derivante dalla violazione della libera concorrenza sul mercato. Il danno antitrust è stato dalla prevalente dottrina considerato lungolatente, ossia un danno che si manifesta in un arco temporale anche molto distante dalla condotta posta in essere.²⁵¹

L'articolo 8 del Decreto di recepimento stabilisce che il termine decorre dalla conoscenza o dalla ragionevole presunzione di conoscenza dei seguenti elementi:

“a) della condotta e del fatto che tale condotta costituisce una violazione del diritto della concorrenza;

b) del fatto che la violazione del diritto della concorrenza gli ha cagionato un danno;

c) dell'identità dell'autore della violazione”.

Diversamente da quanto previsto dall'articolo 10 della Direttiva, il legislatore richiede che l'onere conoscitivo abbia ad oggetto “tutti” i suddetti elementi.²⁵² La *ratio* è probabilmente

²⁵¹ Il tema della prescrizione dell'azione risarcitoria era già noto alla giurisprudenza comunitaria. Nel caso *Manfredi* la Corte di Giustizia aveva rimesso la questione agli ordinamenti nazionali, fermo l'obbligo di rispettare i principi di equivalenza e di effettività della tutela giurisdizionale, valutati in relazione alla decorrenza e alla durata del termine di prescrizione. Nella pronuncia 2305/2007 la giurisprudenza di legittimità aveva chiarito la durata quinquennale, a fronte della natura aquilana della responsabilità risarcitoria. Il *dies a quo* era individuato nel momento della conoscenza e della conoscibilità, secondo l'ordinaria diligenza, della violazione. Si attribuiva inoltre all'impresa danneggiante l'onere di dimostrare l'avvenuta conoscenza della violazione e l'avvenuta prescrizione del diritto.

Vedi G. AFFERNI, *Il risarcimento dei danni per violazione del diritto della concorrenza: prescrizione e responsabilità solidale*, in Nuove Leggi Civili Commentate, 2018, vol. 1, pp. 171 ss.

²⁵² Articolo 10 della Direttiva 2014/104/UE - Termini di prescrizione:

“1. Gli Stati membri stabiliscono, conformemente al presente articolo, norme riguardanti i termini di prescrizione per intentare azioni per il risarcimento

riconducibile alla struttura aquilana del risarcimento, il quale richiede che sussistano tutti gli elementi integrativi della fattispecie. Si può ritenere che la conoscenza circa l'identità dell'autore della violazione trovi il suo fondamento nell'imputabilità del danno. Il termine non decorre finché la violazione non sia cessata o vi sia stata conoscenza dell'illecito.

Come è stato correttamente osservato, la formulazione utilizzata non scioglie i dubbi sulla individuazione del *dies a quo*, essendo particolarmente complesso stabilire quando un illecito si verifichi o quando sia percepibile per il danneggiato. Si corre così il rischio di un eccessivo spostamento in avanti dell'inizio del termine prescrizione.²⁵³

Il legislatore ha previsto poi che il termine si sospende nel caso in cui sia pendente un procedimento dinnanzi l'AGCM, oppure di composizione consensuale. Non è stato, invece, previsto un termine lungo di prescrizione, decorrente dalla violazione, come facoltizzato

del danno. Tali norme determinano quando inizia a decorrere il termine di prescrizione, la durata del termine e le circostanze nelle quali il termine è interrotto o sospeso.

2. Il termine di prescrizione non inizia a decorrere prima che la violazione del diritto della concorrenza sia cessata e prima che l'attore sia a conoscenza o si possa ragionevolmente presumere che sia a conoscenza:

a) della condotta e del fatto che tale condotta costituisce una violazione del diritto della concorrenza;

b) del fatto che la violazione del diritto della concorrenza gli ha causato un danno;

c) dell'identità dell'autore della violazione.

3. Gli Stati membri provvedono affinché il termine di prescrizione applicabile alle azioni per il risarcimento del danno sia almeno di cinque anni.

4. Gli Stati membri provvedono affinché il termine di prescrizione sia sospeso o, a seconda del diritto nazionale, interrotto se un'autorità garante della concorrenza interviene a fini di indagine o di istruttoria avviata in relazione alla violazione del diritto della concorrenza cui si riferisce l'azione per il risarcimento del danno. La sospensione non può protrarsi oltre un anno dal momento in cui la decisione relativa a una violazione è diventata definitiva o dopo che il procedimento si è chiuso in altro modo".

²⁵³ v. MELI, *Introduzione al D.Lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, di attuazione della Dir. 2014/104/UE sul risarcimento dei danni per violazione della normativa antitrust*, op. cit., p. 140

dalla Direttiva. Ciò potrebbe determinare una sproporzione perché l'azione risarcitoria risulta quasi imprescrittibile.

Ne consegue che la disciplina nazionale, sulla falsariga di quella comunitaria risulta favorevole per la vittima dell'illecito. Del resto, il diritto non si prescrive finché non sia cessata la violazione, fenomeno che potrebbe durare ben oltre i cinque anni. Anche il termine di prescrizione è uno degli strumenti di deterrenza utilizzati dal legislatore per incentivare le domande risarcitorie.

3.5.4 La responsabilità solidale

Il tema della responsabilità solidale è stato all'attenzione del legislatore, il quale ha preso atto del rischio che le piccole imprese potessero essere convenute per ingenti richieste risarcitorie.

Preliminarmente si osserva che il legislatore italiano rinvia alla disciplina generale di cui all'articolo 2055 c.c., fatte salve le espresse deroghe. L'articolo 9, D.Lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, prevede, infatti, un regime di favore per le PMI e per i beneficiari dei programmi di clemenza.²⁵⁴

²⁵⁴ Una parte della dottrina ha osservato che la Direttiva mira ad incentivare la proposizione di azioni risarcitorie ad opera delle PMI, le quali devono sopportare non solo le eventuali spese legali, ma anche i costi connessi alla consulenza economica sull'impatto dell'operazione nel *business* dell'impresa. Oltre al tema dei costi, anche il rischio di compromettere le relazioni commerciali può disincentivare la proposizione di azioni risarcitorie.

È evidenziata la differenza rispetto al contesto americano. In primo luogo, esistono le azioni di classe c.d. *opt-out* che prevedono la possibilità di promuovere un'azione a beneficio di tutti i componenti una determinata classe, salva la facoltà di autoescludersi. Mediante questo strumento le imprese sono incentivate sotto il profilo dei costi da sostenere, nonché del mantenimento dei rapporti commerciali con le imprese che hanno commesso la violazione antitrust. In secondo luogo si ricorre al patto di quota di lite che consente di convenire con l'avvocato che il compenso sarà corrisposto in relazione ad una percentuale del risarcimento liquidato. In tal modo la PMI non deve sopportarne il costo iniziale. Entrambe le soluzioni fornite dall'ordinamento americano non sembrano essere praticabili negli ordinamenti europei. In primo luogo, non è ammessa l'azione *opt-out*: la Commissione europea, con la Raccomandazione dell'11 giugno 2013 relativa a principi comuni per i

La piccola e media impresa è responsabile in solido *solo* nei confronti dei propri acquirenti diretti o indiretti “[...] *quando la sua quota nel mercato rilevante è rimasta inferiore al cinque per cento per il tempo in cui si è protratta la violazione del diritto della concorrenza e quando l’applicazione delle ordinarie regole in materia di responsabilità solidale determinerebbe un pregiudizio irreparabile per la sua solidità economica e la totale perdita di valore delle sue attività*”.

A ben vedere, la regola generale prevista dalla Direttiva²⁵⁵ è che le imprese coautrici dell’illecito rispondono solidalmente nei confronti dei propri acquirenti diretti o indiretti, nonché nei confronti degli acquirenti diretti o indiretti delle altre imprese corresponsabili.²⁵⁶ Le

meccanismi di ricorso collettivo di natura inibitoria e risarcitoria negli Stati membri che riguardano violazioni di diritti conferiti dalle norme dell’Unione (2013/396/UE) ha previsto soltanto la possibilità di adottare meccanismi *opt-in*. È, inoltre, escluso il patto di quota di lite nella maggior parte degli ordinamenti. L’autore si sofferma poi sulla cessione del credito risarcitorio come strumento per incentivare il *private enforcement*.

Vedi G. AFFERNI, *La violazione del credito risarcitorio per violazione della normativa antitrust*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, fasc. 4, 1 dicembre 2017, pp. 909 ss.

²⁵⁵ Ai sensi dell’articolo 11, par. 1 della Direttiva: “*Gli Stati membri provvedono affinché le imprese che hanno violato congiuntamente il diritto della concorrenza con il proprio comportamento siano responsabili in solido per il danno causato dalla violazione del diritto della concorrenza, con l’effetto che ciascuna di tali imprese è tenuta a risarcire il danno nella sua integralità e il soggetto danneggiato ha il diritto di esigere il pieno risarcimento da ognuna di loro fino ad essere totalmente risarcito*”.

²⁵⁶ Parte della dottrina ha osservato che la regola si estende al fenomeno del gruppo di società. Allorché l’illecito sia imputabile all’attività del gruppo, la vittima può agire nei confronti della società controllante, la quale per essere esente da responsabilità dovrà dimostrare di non aver esercitato un’influenza dominante sulla controllata. Tuttavia, l’Autore osserva: “*Nel caso in cui un’autorità garante della concorrenza abbia condannato in solido una società controllante per una violazione alla quale abbia partecipato direttamente la sola società controllata, si deve ritenere che, nell’ambito del successivo giudizio ordinario, la società controllante convenuta per il risarcimento del danno non possa rimettere in discussione la propria responsabilità, eccedendo che l’autorità garante non abbia soddisfatto l’onere di dimostrare l’esistenza di un’influenza determinante, oppure che non ricorrevano i presupposti per presumere l’esercizio in concreto di tale influenza, oppure ancora che, nonostante la controllante detenesse l’intero capitale della controllata, essa non era in grado di esercitare o non aveva concretamente esercitato un’influenza*”.

PMI possono essere convenute dagli acquirenti diretti o indiretti delle altre imprese solo allorché quest'ultime non soddisfino adeguatamente le pretese attoree.²⁵⁷ Diversamente, gli acquirenti diretti o indiretti della PMI possono convenire in giudizio tutte le altre imprese che abbiano partecipato alla violazione. Si osserva, inoltre, che diversamente dal legislatore italiano, la Direttiva non ha previsto l'ipotesi residuale di azione contro la PMI per mancata soddisfazione del credito da parte delle altre imprese corresponsabili. Il regime delineato non opera nel caso in cui la piccola e media impresa abbia svolto un ruolo guida nella perpetrazione dell'illecito o sia stata recidiva.

Una parte della dottrina ha osservato la peculiarità di questa responsabilità solidale, nella quale si combinano fatti storici e fatti ipotetici, condizionando il giudizio di rilevanza. In particolare, la valutazione circa la possibilità di soddisfacimento da parte delle altre imprese implica un giudizio prognostico sulla solvibilità delle stesse, mentre la recidiva della PMI rileva come fatto storico.²⁵⁸

determinante su questa società. Infatti, la Direttiva chiarisce espressamente che l'accertamento dell'autorità garante della concorrenza è vincolante per il giudice ordinario anche sotto il profilo della sua portata personale, e quindi anche sotto il profilo dell'individuazione dei soggetti che, facendo parte di una singola unità economica, debbano essere tenuti responsabili in solido tra loro per la partecipazione alla violazione".

Vedi G. AFFERNI, *Il risarcimento dei danni per violazione del diritto della concorrenza: prescrizione e responsabilità solidale*, op. cit., p. 191

²⁵⁷ Una parte della dottrina ha osservato che nel diritto antitrust statunitense sussiste la responsabilità solidale tra le imprese che hanno concorso nella violazione, ma non opera il diritto di regresso. Ne consegue che chi abbia pagato in misura superiore alla propria quota di responsabilità non potrà agire nei confronti degli altri concorrenti. Inoltre, in caso di transazione, la quota spettante all'impresa convenuta si riduce, indipendentemente dall'entità della responsabilità riconosciuta in capo alla stessa. È stato osservato che sia il meccanismo della responsabilità solidale senza diritto di regresso, sia i c.d. *treble damages*, sia la presenza della giuria, contribuiscono a rendere particolarmente efficace il *private enforcement*, ma anche iniquo. Si consideri che un'impresa può essere chiamata ad accollarsi l'intera responsabilità connessa alla violazione.

Vedi G. AFFERNI, *Il risarcimento dei danni per violazione del diritto della concorrenza: prescrizione e responsabilità solidale*, op. cit., pp. 171 ss.

²⁵⁸ M. F. CAMPAGNA, *La responsabilità solidale incalcolabile dell'illecito antitrust*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, fasc. 2, dicembre 2017, pp. 451 ss.

La disciplina di favore è prevista poi nei confronti dei partecipanti ad un programma di clemenza. Ai sensi del terzo comma dell'articolo 9, il beneficiario dell'immunità risponde in solido nei confronti dei seguenti soggetti ed alle condizioni riportate di seguito:

- nei confronti dei suoi acquirenti o fornitori diretti o indiretti;
- nei confronti di altri soggetti danneggiati, solo quando questi non possono ottenere l'integrale risarcimento del danno dalle altre imprese coinvolte nella stessa violazione del diritto della concorrenza.

Come è stato correttamente osservato (seppur con riguardo all'articolo 11 della Direttiva), chi ha partecipato ad un programma di clemenza gode del beneficio di preventiva escussione nei confronti degli acquirenti o fornitori indiretti delle altre imprese coautrici della violazione.²⁵⁹

L'ultimo comma dell'articolo 9 del D.Lgs. 19 gennaio 2017 n. 3 prevede poi che il beneficiario dell'immunità sia obbligato in regresso nei confronti di chi ha risarcito il danno, ma solo nei limiti del contributo fornito, valutato ai sensi dell'articolo 2055, comma 2, c.c. e, in ogni caso, non oltre la misura del danno causato ai propri acquirenti o fornitori diretti o indiretti. Ciò significa che l'eventuale *surplus* sarà ripartito tra le altre imprese non immuni. Ai sensi dell'articolo 2055 c.c., chi ha risarcito il danno può chiedere la restituzione di quanto pagato in eccedenza in relazione alla propria quota di responsabilità, valutata sulla base della gravità della colpa e delle conseguenze che ne sono derivate. In caso di dubbio, le quote si presumono uguali. La Direttiva, contempla il diritto di regresso e prevede che gli Stati membri

²⁵⁹ G. PULEIO, *Il risarcimento del danno antitrust alla luce della Direttiva 2014/104/UE*, op. cit., pp. 1082B ss.

indichino le modalità di calcolo delle quote di responsabilità, fermo restando che per chi abbia beneficiato dell'immunità non si possa superare il *quantum* dovuto per l'eventuale danno causato ai propri acquirenti o fornitori diretti o indiretti. Orbene, in detta modalità di quantificazione del regresso avverso l'impresa beneficiaria di un programma di clemenza, previsto sia dalla Direttiva, sia dall'articolo 9, ultimo comma, del Decreto di recepimento, si potrebbe riscontrare una sanzione per le imprese convenute insieme a chi beneficia dell'immunità, in quanto possono essere chiamate a rispondere in misura superiore al proprio grado di responsabilità. Ciò risulta essere coerente con la logica premiale dei programmi di clemenza, ma rischia di allocare poste risarcitorie "incalcolabili" per le imprese che non hanno preso parte ai programmi di clemenza. Si tende a confondere la nozione di "quota di responsabilità" con quella di "quota risarcibile".

Si osserva, inoltre, che è richiamato unicamente l'articolo 2055, comma 2, c.c., con esclusione del terzo comma che prevede la presunzione di equivalenza delle quote di responsabilità in caso di dubbio. Sul punto possono verificarsi due scenari.²⁶⁰ Nel primo, in aderenza al principio *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, si esclude l'applicazione del terzo comma, non espressamente richiamato: l'impresa dovrà quindi dimostrare la propria responsabilità. Nel secondo caso, si può ritenere in ogni caso, applicabile la disciplina generale dell'intero articolo 2055 c.c., essendo il richiamo finalizzato unicamente ad indicare un criterio di valutazione della responsabilità ancorato alla colpa.

Giova rilevare che la responsabilità solidale è richiamata altresì dall'articolo 16 del Decreto n. 3/2017, il quale ha ad oggetto gli effetti

²⁶⁰ M. F. CAMPAGNA, *La responsabilità solidale incalcolabile dell'illecito antitrust*, op. cit.

della composizione consensuale delle controversie sulle successive azioni risarcitorie. Il primo comma presuppone la sussistenza di una responsabilità solidale dei danneggianti e prevede che in caso di accordo transattivo stipulato con uno solo di essi, non si può chiedere agli altri la quota imputabile al soggetto con il quale sia stata risolta consensualmente la controversia. In caso di insolvenza dei danneggianti con i quali non sia intervenuto alcuno accordo, il danneggiato può chiedere la relativa quota alla controparte con cui abbia transatto (detraendo quanto già oggetto dell'accordo), purché ciò non sia stato espressamente escluso. Il giudice in sede di regresso tiene conto dell'eventuale danno già corrisposto a seguito di un accordo.

Si richiama la disciplina generale in materia di transazione con specifico riferimento ad un'obbligazione solidale. La transazione produce effetto solo nei confronti dei condebitori che intendono profittarne e l'eventuale adesione deve essere totale, in relazione al principio della indivisibilità. In caso di mancata adesione, l'estinzione libera i non aderenti per la parte di debito estinta.

Si osserva che nel caso in esame non ricorre una rinuncia alla solidarietà, ma la transazione *pro quota*. La prima presuppone, ai sensi dell'articolo 1311 c.c. la conservazione del vincolo di solidarietà nei confronti degli altri, mentre la seconda comporta la liberazione da quanto sia stato oggetto di transazione, indipendentemente dall'adempimento dell'accordo. La disciplina sulla responsabilità solidale rende la funzione della responsabilità per danno antitrust non solo compensativa. In particolare, il conflitto tra danneggiato-danneggiante si sposta tra i danneggianti. La suddetta considerazione è

connessa ai diversi criteri in base ai quali è allocato il danno, non unicamente ancorati alla singola misura della responsabilità.²⁶¹

Giova tuttavia osservare che, per quanto concerne la valutazione del danno, con norma di apertura (articolo 1, comma 2) il legislatore chiarisce *“Il risarcimento comprende il danno emergente, il lucro cessante e gli interessi e non determina sovra-compensazioni”* e ai fini della quantificazione richiama gli articoli 1223, 1226 e 1227 del codice civile. Il testo dà attuazione alle prescrizioni contenute nella Direttiva e in particolare al principio differenziale enunciato espressamente dall’articolo 3, comma 2, ai sensi del quale: *“Il pieno risarcimento pone una persona che abbia subito un danno nella situazione in cui si sarebbe trovata se la violazione del diritto della concorrenza non fosse stata commessa. Esso comprende quindi il diritto al risarcimento per il danno emergente e per il lucro cessante, oltre al pagamento di interessi”*. Il terzo comma della disposizione esclude poi ogni forma di sovra-compensazione del danno subito, sotto forma di risarcimento punitivo, multiplo o di altra natura. La tendenza è al riconoscimento di un più ampio margine alla liquidazione equitativa.²⁶²

²⁶¹ Vedi sul punto M. F. CAMPAGNA, *La responsabilità solidale incalcolabile dell’illecito antitrust*, op. cit..

²⁶² Sostiene l’Autore: *“Può semmai ammettersi che non già il danno, ma la sua prova sia per così dire in re ipsa, e cioè – più precisamente – goda di facilitazioni agganciate al congegno presuntivo (articoli 2727 – 2729 c.c.), distinguendo tra conseguenze generalmente determinate, secondo l’id quod plerumque accidit, da una particolare lesione e conseguenze specificamente legate alla situazione del danneggiato: ma il danno, ed in particolare la “perdita”, deve essere sempre oggetto di proporzionata ed adeguata deduzione da parte dell’interessato”*. Secondo l’autore nonostante la pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione sui danni punitivi deve escludersi l’approdo ad una funzione ultra-compensativa dell’illecito antitrust. Il legislatore non ha fatto altro che richiamare la responsabilità aquilana, seppur con le peculiarità del settore in questione.

Per un esame più approfondito vedi E. CAMILLERI, *Il risarcimento per violazioni del diritto della concorrenza: ambito di applicazione e valutazione del danno*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, vol. 1, 2018, p. 164

3.5.5 Rilievi critici del decreto di recepimento della Direttiva Comunitaria in punto di quantificazione del danno

Diversi sono i profili trattati dal legislatore comunitario in relazione ai quali, anche a seguito dell'intervento di recepimento, residuano alcuni profili di problematicità.

L'ampliamento della legittimazione ad agire ingenera il rischio di estendere eccessivamente il complesso dei fattori che possono essere considerati causalmente riconducibili all'illecito, al punto di comprendere ciò che in realtà non è necessariamente conseguenza della violazione di una norma antitrust. Alla luce del principio della vicinanza della prova, è l'impresa convenuta a dover dimostrare che il nesso causale tra la propria condotta e il danno si sia interrotto e/o che quest'ultimo sia conseguenza di un fattore sopravvenuto da solo sufficiente. L'attore può allegare il provvedimento dell'autorità garante che accerta la violazione. Tale meccanismo consente di presumere sussistente il nesso di causalità.²⁶³

²⁶³ Cass. Civ., 28 maggio 2014, n. 11904 (con massima su *Responsabilità Civile e Previdenza* 2015, 4, 1219, reperibile su De Jure): “Nel caso in cui l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato abbia sanzionato un'impresa di assicurazione per un'intesa restrittiva della concorrenza, il consumatore che promuova azione di risarcimento dei danni ex art. 33, comma 2, della Legge n. 287/1990, assolve l'onere della prova a suo carico con la produzione del provvedimento sanzionatorio e con la produzione della sua polizza. Infatti, il provvedimento del Garante, cui deve riconoscersi elevata attitudine a provare tanto la condotta anticoncorrenziale quanto l'astratta idoneità della stessa condotta a procurare un danno ai consumatori, consente di presumere, senza violazione del principio *praesumptum de praesumpto non admittitur*, che dalla condotta anticoncorrenziale sia effettivamente scaturito un danno per la generalità degli assicurati, nel quale è ricompreso, come essenziale componente, il danno subito dai singoli assicurati, mentre è onere dell'impresa assicurativa, anche alla stregua del principio di vicinanza, offrire prova contraria a dimostrazione della interruzione del nesso causale tra l'illecito antitrust e il danno patito tanto dalla generalità dei consumatori quanto dal singolo. Accertata l'esistenza di un danno risarcibile, il giudice può procedere in via equitativa alla relativa liquidazione, determinando l'importo risarcitorio in una percentuale del premio pagato”.

Se è provata la violazione di una norma antitrust e il danno da maggior prezzo cagionato al contraente a valle, non è detto che il danno sia causalmente riconducibile alla condotta a monte. I contratti che seguono ad esempio ad un cartello sono il frutto di autonome determinazioni negoziali rispetto alla condotta originaria. Il fatto che il legislatore abbia previsto la presunzione di un danno, non implica la relativa prova.²⁶⁴

Inoltre, il meccanismo delle presunzioni può indurre al risarcimento di un danno *in re ipsa*, rispondente ad una logica diversa da quella meramente compensativa.²⁶⁵

L'illecito concorrenziale produce un danno nei confronti di soggetti determinati, ma anche determinabili. Il complesso di norme non tutela del resto il patrimonio di una singola impresa, ma il mercato in genere. Si osserva, del resto, che l'articolo 2, D.Lgs. 19 gennaio

²⁶⁴ Sia l'articolo 7 del D. Lgs. n. 3/2017 in ordine al valore dell'accertamento posto dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, sia l'articolo 12, comma 2 sul danno subito dall'acquirente indiretto, sia l'articolo 14 sul danno da cartello contengono presunzioni relative di danno che impongono l'inversione dell'onere della prova. L'articolo 11 prevede inoltre che se il convenuto avverso il quale sia stata proposta azione risarcitoria voglia dimostrare che il sovrapprezzo sia stato trasferito dall'attore a terzi (con conseguente assenza delle conseguenze negative dell'illecito) deve fornire la relativa prova. Appare evidente la difficoltà di dimostrare elementi inerenti un rapporto contrattuale del quale non si è parte.

²⁶⁵ Si richiama quanto sostenuto da parte della dottrina sul punto: “[...] *Se ne trae conferma riguardando la prospettiva d’insieme ed osservando come i segmenti, per così dire, “speciali” di disciplina, oggi introdotti dal D.Lgs. n. 3/17, reagiscano sui restanti elementi di struttura del rimedio civilistico, mettendone in tensione l’assetto. Due esempi su tutti: l’allargamento massivo del perimetro di legittimazione attiva al risarcimento si ripercuote sul filtro causale, accentuandone derive probabilistiche, esasperate fino al punto da far dire “prevedibile” quel che “prevedibile” non è, perché troppo sconnesso, remoto ed altrimenti causato rispetto alla violazione monopolistica; per altro verso, il combinato disposto di presunzioni e valutazioni equitative del danno concreta il rischio che si avalli l’esistenza di un danno in re ipsa, il che cospira inesorabilmente contro la tenuta di una funzione squisitamente compensativa della responsabilità civile, pure a chiare lettere ribadita nella Direttiva come nella norma di recepimento”.*

E. CAMILLERI, *Il risarcimento per violazioni del diritto della concorrenza: ambito di applicazione e valutazione del danno*, op. cit., p. 146

2017, n. 3 definisce l'acquirente diretto e quello indiretto, confermando l'attitudine strutturale dell'illecito antitrust alla espansione.

All'esito della novella legislativa ci si chiede se i soggetti destinatari di illeciti antitrust continuino ad essere disincentivati, ovvero ricevano una tutela risarcitoria adeguatamente soddisfattiva.

3.6 La cessione del credito risarcitorio

In alcuni ordinamenti (Regno Unito, Germania, Olanda) si è diffusa la pratica dei c.d. "*litigation funder*".²⁶⁶ Si tratta di soggetti che finanziano le cause intraprese a fronte di violazioni della concorrenza. Generalmente la decisione di sostenere azioni giudiziarie si basa sul presupposto della ragionevole possibilità di successo, della possibilità di ottenere un vantaggio economico (in relazione a una soglia minima prefissata), nonché la valutazione sulla concreta possibilità che l'autore della violazione corrisponda il risarcimento dovuto. Generalmente, per quanto concerne il primo aspetto, i c.d. *funders* si soffermano sulle cause "*follow on*", ossia quelle che seguono l'accertamento dell'infrazione posto in essere dall'Autorità Garante o dalla Commissione. La *ratio* risiede nel fatto che gli elementi che residuano per ottenere il risarcimento sono il nesso di causalità e l'entità del danno subito.

Incentivate sono poi le azioni perpetrate nel caso in cui l'infrazione consista in un cartello. In queste circostanze i soggetti convenuti tenderanno ad avallare proposte di risoluzione alternativa delle controversie. Ciò vale anche nel caso dei c.d. "*settlement*",

²⁶⁶ L'argomento è stato trattato da E. FABRIZI, *I litigation founders e le azioni di risarcimento del danno da illecito antitrust*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, fasc. 2, 2017, pp. 513 ss.

rappresentati dal riconoscimento dell'infrazione da parte dei soggetti coinvolti.

Per quanto concerne il *quantum*, gli interessi possono essere anche cospicui se trascorrono parecchi anni e la modalità di liquidazione varia tra i diversi ordinamenti.

Nei paesi dell'Europa Continentale è molto diffusa la pratica della cessione dell'azione a soggetti investitori, tra le modalità di finanziamento delle relative azioni. Nello specifico, il soggetto cessionario può esercitare la pretesa risarcitoria direttamente, assumendosene i relativi oneri. L'operazione solitamente prevede che i cedenti ottengano come corrispettivo della cessione una percentuale dell'eventuale ristoro ottenuto e ricorre di solito nel caso delle azioni proposte da una pluralità di soggetti danneggiati. La prassi è stata legittimata dalla Direttiva, che ha espressamente definito l'azione di risarcimento come *“un'azione ai sensi del diritto nazionale con cui una domanda di risarcimento del danno è proposta dinanzi ad un'autorità giudiziaria nazionale da un presunto soggetto danneggiato, o da una persona che agisce per conto di uno o più presunti soggetti danneggiati, qualora il diritto dell'Unione o nazionale preveda tale possibilità, o da una persona fisica o giuridica che è succeduta nel diritto del presunto soggetto danneggiato, inclusa la persona che ha rilevato la sua domanda”*.

Nel nostro ordinamento la figura dei c.d. *litigation founders* è sconosciuta. Ciò può essere imputabile a diversi fattori: la competenza delle sezioni specializzate; i costi di accesso alla giustizia, la lungaggine dei tempi (basti pensare che nel tempo in cui la controversia è in corso l'impresa potrebbe estinguersi o mutare forma e natura), il tessuto economico in prevalenza costituito da PMI, ecc..

Una parte della dottrina ha osservato l'assenza di impedimenti giuridici per quanto concerne la atipicità dei contratti stipulati e la libera

credibilità dei crediti derivanti da fatti illeciti.²⁶⁷ Il problema evidenziato dalla giurisprudenza è stato che l'operazione di acquisto massivo di crediti da fatti illeciti può integrare un'operazione di finanziamento di cui agli articoli 106 ss. TUB.²⁶⁸ Si osserva sul punto che un possibile strumento potrebbe essere la stipula di un contratto di mandato nell'interesse del terzo, di cui all'articolo 1723 c.c.. In ogni caso, nonostante il recente interesse dimostrato da investitori stranieri, il sistema normativo si presenta eccessivamente complesso e disincentivante.²⁶⁹

La Direttiva ricorre, invece, allo strumento della cessione del credito risarcitorio, mediante il quale la vittima (cedente) cede il diritto spettante in sede di azione risarcitoria ad un soggetto (cessionario). L'operazione è effettuata dietro il pagamento di un corrispettivo, però il cessionario si accolla il rischio inerente l'esito dell'azione e ne anticipa i costi. L'impresa cedente non può che trarre beneficio perché il cessionario agisce in nome e per conto proprio, accollandosi i costi del giudizio e il rischio della soccombenza. Non sussistono neanche ripercussioni sotto il profilo della continuità nei rapporti commerciali. L'operazione può, inoltre, costituire una forma di finanziamento se il corrispettivo della cessione viene pagato subito.

La Direttiva addirittura prevede l'utilizzo del fascicolo ottenuto in sede di accesso anche da parte del cessionario.

²⁶⁷ L'Autore richiama le seguenti pronunce sul tema: Cass., 19 maggio 2017, n. 12616, 3 ottobre 2013, n. 22601, 10 gennaio 2012, n. 52, e 13 maggio 2009, n. 11095

²⁶⁸ In un caso inerente la massiva cessione di crediti derivanti da azioni risarcitorie scaturite da un incidente stradale dinnanzi l'anticipazione delle spese per la riparazione dei veicoli, la giurisprudenza ha dichiarato i relativi contratti nulli per contrasto con norme imperative. Trattandosi di attività di finanziamento, sarebbero stati necessari gli adempimenti richiesti dal TUB e, in particolare, l'autorizzazione della Banca d'Italia. Vedi Trib. Venezia, 8 novembre 2012, n. 2094, 13 febbraio 2013, n. 316, e 2 settembre 2014, n. 1758

²⁶⁹ E. FABRIZI, *I litigation funders e le azioni di risarcimento del danno da illecito antitrust*, op. cit., pp. 513 ss.

Nel nostro ordinamento non sussistono limiti negativi. La giurisprudenza ha ritenuto liberamente cedibile anche il credito derivante dal danno non patrimoniale. Non viene in considerazione un credito strettamente personale, ma un diritto di natura patrimoniale. Come è stato correttamente osservato, sussistono alcuni limiti. In primo luogo non è ammesso il patto di quota lite, ai sensi dell'articolo 13, comma 4, Legge n. 247/2012, in forza del quale il compenso dell'avvocato è corrisposto in funzione della somma liquidata. In secondo luogo, qualsiasi attività di finanziamento, se svolta professionalmente, deve essere conforme alle norme del T.U.B. Occorre pertanto verificare lo scopo concreto del contratto di cessione.²⁷⁰

Si tratterà, in ogni caso, di una cessione atipica, in deroga alle norme sulla cessione del credito, la quale presuppone l'esistenza dello stesso. Non sembra, pertanto, agevole individuare cessionari "benefattori" disponibili ad accollarsi il rischio dell'azione senza incentivi. Quest'ultimi potrebbero sussistere laddove fossero ammessi i risarcimenti multipli. Non è un caso che la cessione del credito risarcitorio è diffusa negli Stati Uniti. Nel nostro ordinamento, il rischio di incorrere in una sanzione per violazione delle norme in tema di autorizzazione all'esercizio dell'attività di finanziamento professionale, disincentiva questo tipo di operazioni che presuppongono un puro rischio per i cessionari.

²⁷⁰ G. AFFERNI, *La violazione del credito risarcitorio per violazione della normativa antitrust*, op. cit., pp. 909 ss.

3.7 Considerazioni conclusive e prospettive *de iure condendo*

Una parte della dottrina osserva preliminarmente che la violazione della norme sulla concorrenza può produrre effetti a catena che si riversano sui consumatori finali. Le conseguenze assumono le sembianze della lesione di interessi diffusi rispetto ai quali lo strumento della responsabilità civile non è forse il più idoneo. Tra le principali condotte integranti lesione della libera concorrenza può essere annoverato il boicottaggio e più in generale tutte quelle pratiche volte ad escludere determinati soggetti dal mercato. Si può inoltre distinguere tra atti rivolti alla manipolazione dei prezzi (c.d. abusi di sfruttamento) e abusi escludenti, finalizzati ad eliminare i concorrenti. Nel primo caso l'immediata conseguenza per i consumatori può essere non solo un aumento del prezzo finale del prodotto, ma anche la conseguente necessità di ridurre gli acquisti. È opportuno rilevare che l'aumento di prezzo può essere traslato su altri utenti finali: se invero l'acquirente è a sua volta un'impresa che acquista i beni gravati dalla maggiorazione, quest'ultima sarà trasposta sul prodotto finale. Si osserva, tuttavia, che l'aumento abusivo del prezzo e la traslazione sull'utente finale non è frutto di una scelta che l'impresa ha posto in essere liberamente, ma è riconducibile all'illecito concorrenziale. Ne consegue che il danno risarcibile deve essere depurato del solo incremento di prezzo trasferito a valle. Del resto, una delle possibili conseguenze è la riduzione delle vendite, qualificabile in termini di lucro cessante, posta risarcibile. La responsabilità civile si è rivelato uno strumento non sempre efficace per tutelare il corretto funzionamento del mercato. Negli Stati Uniti è stata adottata la tecnica del risarcimento multiplo. Un'alternativa è la commisurazione del danno all'arricchimento conseguito dal danneggiante. Queste strade non sono percorribili nel nostro

ordinamento, essendo più corretto procedere per la via delle sanzioni pubbliche.²⁷¹

Altri autori ritengono il sistema del *public enforcement* più efficiente di quello di *private enforcement*, il quale si caratterizza per la sussistenza di costi più elevati. La *ratio* è probabilmente riconducibile ad una pluralità di fattori. Le sanzioni pubblicistiche tendono ad adattarsi meglio alle peculiarità del caso concreto assumendo varia forma: pecuniaria, reale (ripristino dello *status quo ante*) e anche reputazionale. Si osserva, inoltre, che i privati tendono ad agire per scopi puramente egoistici.²⁷²

Tale impostazione è stata criticata da chi, al contrario, contesta l'efficacia del *public enforcement*. In primo luogo, non sussiste l'obbligatorietà dell'azione da parte delle autorità competenti e pertanto la scelta sulla sanzione è politica. In quest'ottica una condotta può essere ritenuta irrilevante anche se lede la libertà di iniziativa economica privata altrui. Non sembra ragionevole pregiudicare il diritto ad ottenere un adeguato risarcimento del danno per incentivare i programmi di clemenza pubblicistici. Si osserva, inoltre, che il *disgorgement* dei profitti, se correttamente calcolato, può essere considerato un rimedio idoneo a ripristinare esigenze di giustizia sostanziale. L'autore muove dall'assunto che il profitto sia di proprietà del trasgressore e che possa essergli sottratto trattandosi di una ingiusta detenzione. La violazione di regole di comportamento si traduce in un danno quantificabile in termini di costo di "autodifesa" di coloro che si sono resi diligenti e hanno sopportato dei costi consistenti nel rispetto

²⁷¹ P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, op. cit., p. 241

²⁷² W.P.J WILS., *Private Enforcement of EU Antitrust Law and its Relationship with Public Enforcement: Past, Present and Future*, in *World Competition*, 2017, 17 e ss., richiamato da M. S. SPOLIDORO, T. F. F. SPOLIDORO, *Profitto illecito e risarcimento del danno antitrust*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, fasc. 2, dicembre 2017, pp. 411 ss.

delle regole del mercato. Non rileva la reintegrazione del patrimonio. Ciò è confermato dalla enorme difficoltà riscontrata in sede di quantificazione del lucro cessante. Premettendo che non sempre le sanzioni pubblicistiche sono adeguate (in alcuni casi, come osservato dall'autore, la violazione non è neanche scoperta)²⁷³, occorre a questo punto individuare un punto di equilibrio: o si giustifica l'arricchimento del danneggiato secondo il *disgorgement* (considerato ingiustificato nell'ottica della giustizia correttiva), o si favorisce l'ingiustificato arricchimento del trasgressore, che trae un vantaggio dalla violazione, imputando la sanzione e il risarcimento tra i costi dell'operazione. Secondo la tesi in esame, una giustificazione al *disgorgement* può essere rinvenuta nella giustizia utilitaristica. In particolare, le norme che regolano il mercato, sono poste per massimizzare l'utilità per un maggior numero di persone. Ne consegue che non si può incentivarne la violazione in sede sanzionatoria. Diversamente, se si tratta di norme di spettanza, risponde ad un principio utilitaristico riconoscere al danneggiato un risarcimento compensativo che consente il recupero dello *status quo ante* e, al tempo stesso, la possibilità che l'autore della violazione rimetta in circolo il residuo. La collettività in tale ultimo caso può trarne vantaggio.

Secondo questa tesi, la via maggiormente percorribile potrebbe essere di orientare la liquidazione del danno ai profitti conseguiti illecitamente. Ciò non contrasterebbe con la Direttiva perché non si tratterebbe di un danno punitivo o di una sovra-compensazione, ma di un criterio alla cui stregua calcolare il danno, che riesca a cogliere meglio le peculiarità del caso concreto senza stravolgere la struttura

²⁷³ L'autore segnala che tra le sanzioni pubblicistiche non è annoverata la confisca dell'illecito profitto.

Vedi M. S. SPOLIDORO, T. F. F. SPOLIDORO, *Profitto illecito e risarcimento del danno antitrust*, op. cit., pp. 411 ss.

della giustizia correttiva. Si richiama l'articolo 287 del codice di procedura civile ai sensi del quale si possono prendere in considerazione, ai fini della quantificazione del danno, i profitti illecitamente realizzati.²⁷⁴

Tale orientamento risulta coerente con la scelta di affidare la deterrenza a strumenti volti ad incentivare il rimedio risarcitorio, senza tuttavia incidere sulle poste del danno emergente e del lucro cessante. Il bene concorrenza non è facilmente qualificabile come una posta del patrimonio e non può che rilevare in termini di vantaggio competitivo sottratto per effetto della condotta illecita. In ambito antitrust, coerentemente con la natura pubblicistica del bene preso in considerazione, il *surplus* di ricchezza non sembra essere riallocato, ma piuttosto aggredito mediante l'applicazione di sanzioni pubblicistiche e fermo il diritto al risarcimento del danno. Difficilmente percorribile sembra essere la strada della restituzione dei profitti, non essendo possibile accertare che quest'ultimi siano sicuramente conseguenza della condotta anticoncorrenziale.

²⁷⁴ M. S. SPOLIDORO, T. F. F. SPOLIDORO, *Profitto illecito e risarcimento del danno antitrust*, op. cit., pp. 411 ss.

BIBLIOGRAFIA

- A PALMIERI, R. PARDOLESI, *I danni punitivi e le molte anime - della responsabilità*, in *Foro Italiano*, n. 9, 2017, pp. 2630-2638
- A. ALBANESE, *Fatto illecito, fatto ingiusto e restituzione dell'arricchimento in assenza di danno*, *Resp. civ. e prev.*, fasc.2, 2004, pag. 538
- A. ALBANESE, *L'arricchimento senza causa è, dunque, una clausola generale, autonoma dalla clausola di ingiustizia del danno*, in *Contratto e Impresa*, 2009, pp. 822-829
- A. BELVEDERE, *Fatto e danno nelle interpretazioni dell'articolo 2043 c.c.*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2018, fasc.3, p. 740
- A. BERNES, *La prova del danno e del nesso di causalità nell'azione risarcitoria derivante da cartello in seguito al recepimento della direttiva 2014/104/UE*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2017, vol. 3, p. 954
- A. BRIGUGLIO, *Danni punitivi e delibazione di sentenza straniera: "turning point nell'interesse della legge"* Nota a Cass. sez. un. civ. 5 luglio 2017, n. 16601, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2017, fasc. 5, p. 1597
- A. CHIABOTTO, *Danni punitivi: la «nuova» natura polifunzionale della responsabilità civile La liquidazione forfettaria del danno da contraffazione*, in *Giurisprudenza italiana*, 2017, fasc. 8-9, p. 1873
- A. CHIABOTTO, *Risarcimento del danno da contraffazione*, in *Giurisprudenza Italiana - Agosto/Settembre 2017*, pp. 1873-1875

- A. CIATTI CAIMI, *I danni punitivi e quello che non vorremmo sentirci dire dalle corti di common law*; G. CATTALANO-CLOAREC, *Lo stato dell'arte del risarcimento punitivo nel diritto francese*; M. I. FELIU REY, *La silenciosa civilización dei danni punitivi in Spagna*; A. JASSEN, *The recognition and enforceability of US-american punitive damages awards in Germany and Italy: forever divided?* e M. TESCARO, *Il revirement «moderato» sui punitive damages*, in *Contratto e impresa - Europa*, 2017, p.1
- A. DI MAJO, *Danno e mancato profitto nell'arricchimento senza causa*, in *Corriere giuridico*, 2009, fasc. 1, pp. 68-72
- A. GAMBARO, *Le funzioni della responsabilità civile tra diritto giurisprudenziale e dialoghi transnazionali*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2017, vol. 10, pp. 1405-1409
- A. GENOVESE, *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2005, p. 18
- A. GENOVESE, M. LIBERTINI, *Commento ad articolo 2600 c.c.*, in E. GABRIELLI, *Commentario del codice civile*, Utet giuridica, 2014, p. 639
- 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*, 29.07.2016
- A. J. SEBOK, *Normative theories of punitive damages*, in J. OBERDIEK *Philosophical foundation of tort law*, Oxford scholarship online, 2014, p. 312
- A. LAMORGESE, *Luci e ombre nella sentenza delle Sezioni Unite sui danni punitivi*, in *Rivista di Diritto Civile*, vol. 1, 2018, pp. 317-328

- A. MENDOLA, *Il danno da privazione del rapporto genitoriale e le nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, fasc.2, 2019, p. 905
- A. NERVI, *Danni punitivi e controllo sulla circolazione di ricchezza*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, vol. 1, 2016, p. 323
- A. NICOLUSSI, *Le restituzioni de iure condendo*, in *Europa e Diritto Privato*, fasc. 3, 2012, p. 783
- A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*, in *Foro Italiano*, 2018, p. 2630
- A. PEZZOLLI, G. SEPE, *Public e private enforcement: c'è danno e danno*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, fasc. 2, 2017, pp. 356-359
- A. POTAGE – B. SHERMAN, *On the prehistory of intellectual property*, in H. R. HOWE - J. GRIFFITHS, *Concepts of property in intellectual property law*, Cambridge University Press, 2013, p. 11
- A. RENDA, *Private antitrust damages actions in the EU: chronicle of an attempted Golpe*, in H. MIKLITZ – A. WECHSLER, *The transformation of enforcement*, Hart publishing, Portland, 2016, p. 273
- A. ZACCARIA, *I danni punitivi nella giurisprudenza della suprema corte*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 271
- B. RABAI, *La conclusione del procedimento sanzionatorio antitrust mediante accettazione di impegni. Considerazioni sul rapporto tra public e private enforcement*, in *Diritto Amministrativo*, 2018, fasc.1, p. 165

- C. ASPRELLA, *L'art. 96, comma 3, c.p.c. tra danni punitivi e funzione indennitaria*, in *Il Corriere Giuridico*, vol. 12, 2016, pp. 1586-1595
- C. BICCI, *Azioni di risarcimento del danno da violazioni antitrust: un breve sguardo alla Direttiva europea e al recente Decreto di recepimento*, in *Filodiritto*, 23 marzo 2017
- C. BOVINO, B. BIANCANELLO, *Il danno all'ambiente dalla normativa alle corti*, in *Il Corriere Giuridico*, 2017, vol. 3, pp. 397-409
- C. C. VIAZI, *L'ostracismo ai danni punitivi: ovvero come tenere la stalla chiusa quando i buoi sono scappati*, in *Rivista di diritto civile*, vol. 1, 2018, pp. 328-343
- C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di change, danni punitivi, danni c.d. esistenziali*, in *Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli*, Giuffrè 2008, p. 367
- C. CASTRONOVO, *Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisdizione a proposito di giustizia*, in *Europa e Diritto Privato*, vol. 3, 2017, pp. 765-799
- C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, III ed., Giuffrè editore, 2006
- C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, IV ed., Giuffrè editore, 2018
- C. ELLIOTT – F. QUINN, *Tort Law*, Pearson, XI ed., 2017
- C. FAONE, *Le sanzioni civili previste dal D.Lgs. n. 7/2016 tra responsabilità e danno*, in *Responsabilità civile e previdenza*, n. 5, 2017, p. 1724

- C. GALLI, *Il risarcimento del danno e la retroversione degli utili nel diritto della concorrenza e della proprietà intellettuale*, in *Rivista di Diritto Industriale*, fasc.2, 1 aprile 2019, pag. 57
- C. KESSEDJIAN, *Recognition and enforcement of foreign judgments*, in J. BASEDOW – S. FRANCO – L. IDOT, *International antitrust litigation*, Hart publishing, Portland, 2012, p. 245
- C. MASSA, *Il divieto di risarcimenti punitivi nella Direttiva 2014/104/UE sul private antitrust enforcement*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, fasc. 2, 1 giugno 2018, p. 321
- C. PERRELLA, *The Costa Concordia Case*, in W. H. VAN BOOM – G. WAGNER, *Mass tort in Europe*, Degruyter, p. 73
- C. SALVI, *Le funzioni della responsabilità civile e il volto italiano dei danni punitivi* (Nota a Cass. civ., sez. un. 5 luglio 2017, n. 16601), in *Foro it.*, 2018, I, p. 2504
- C. SCOGNAMIGLIO, *I danni punitivi e le funzioni della responsabilità civile*, in *Il Corriere Giuridico*, 2016, vol. 7, p. 915
- C. SCOGNAMIGLIO, *Le prospettive di sviluppo del problema dei «risarcimenti punitivi»*, in *Nuovo diritto civile*, 2017, fasc. 2, p. 17
- C. SCOGNAMIGLIO, *Principio di effettività, tutela civile dei diritti e danni punitivi*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2016, vol. 4, p. 1120
- C. TRAPUZZANO, *La condanna per lite temeraria alla luce della ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico dei danni punitivi*, in *giustiziacivile.com*, 2018, fasc. 4, p. 59 ss.
- C. VANLEENHOVE, *Punitive damages in private international law*, Cambridge, Intersenia, 2016

- D. BARBIERATO, *Il risarcimento del danno e le sue funzioni*, Jovene editore, Napoli 2012
- D. DORSEN, *Punitive Damages. In The Unexpected Scalia: A Conservative Justice's Liberal Opinions*, Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 127
- D. MORGANTE, G. MACCARRONE, *La responsabilità per danno all'ambiente*, in P. FAVA, *La responsabilità civile*, II ed., 2018, p. 2176
- E. BELLISARIO, *Il problema della compensatio lucri cum damno*, CEDAM, 2018
- E. BERTI ARNOALDI, *La retroversione degli utili "in ogni caso": la previsione dell'articolo 125, comma 3, c.p.i.*, in *Rivista di diritto industriale*, fasc. 4-5, 2019, pp. 292 ss.
- E. CAMILLERI, *Il risarcimento per violazioni del diritto della concorrenza: ambito di applicazione e valutazione del danno*, in *Nuove Leggi Civile Commentate*, fasc. 1, 2018, p. 143
- E. D'ALESSANDRO, *Riconoscimento di sentenze di condanna ai danni punitivi: tanto tuonò che pioverà*, Nota a Cass. se. Un. civ. 5 luglio 2017, 16601, in *Foro Italiano*, 2017, fasc. 9, pt. 1, p. 2639
- E. ESPOSITO, *La responsabilità processuale*, in P. FAVA, *La responsabilità civile*, 2017, pp. 2262-2263
- E. FABRIZI, *I litigation funders e le azioni di risarcimento del danno da illecito antitrust*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, fasc. 2, 2017, p. 513
- E. GABRIELLI - A. FEDERICO, *I danni punitivi dopo le sezioni unite - una premessa*; G.

- E. HONDIUS – A. JANSEEN, *Disgorgement of profits*, Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law, Vol. 8, Springer, 2015
- F. BENATTI, *Benvenuti danni punitivi ... o forse no!* (Nota a Cass. civ., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601), in Banca, borsa, titoli di credito, 2017, II, p. 575
- F. BENATTI, *Correggere e punire dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, Milano, Giuffrè Editore, 2008, p. 130
- F. BENATTI, *Note sui danni punitivi in Italia: problemi e prospettive*, in Contratto e impresa, 2017, fasc. 4, p. 1129
- F. BILOTTA, *La discriminazione diffusa e i poteri sanzionatori del giudice*, in Responsabilità civile e previdenza, 2018, fasc. 1, p. 276-288
- F. D. BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in Diritto Europeo, pp. 909-946
- F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, VII ed., Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2015
- F. GHEZZI – M. MAGGIOLINO, *L'imputazione delle sanzioni antitrust nei gruppi di imprese tra responsabilità personale e finalità dissuasive*, in Rivista delle società, 2014, fasc. 5, p. 1060
- F. MEZZANOTTE, *Il trasferimento del sovrapprezzo anticoncorrenziale*, in Nuove leggi civili commentate, fasc. 1, 2018, pp. 215
- F. QUARTA, *Illecito civile, danni punitivi e ordine pubblico*, in Responsabilità civile e previdenza, 2016, vol. 4, p. 1159
- F. QUARTA, *Recognition and Enforcement of U.S. Punitive Damages, Awards in Continental Europe: the Italian Supreme*

Court's Veto, in Hastings Int'l & Comp. L. Rev., vol. 31, 2008, pp. 753 ss.

- F. URBINATI, *Danni punitivi e limiti all'ammissibilità*, in Corti umbre, 2017, p. 291
- G. AFFERNI, *Il risarcimento dei danni per violazione del diritto della concorrenza: prescrizione e responsabilità solidale*, in Nuove Leggi Civili Commentate, 2018, vol. 1, pp. 171 ss.
- G. AFFERNI, *La cessione del credito risarcitorio per violazione del diritto antitrust*, in Diritto del commercio internazionale, fasc. 4, 2017, p. 909
- G. AFFERNI, *La violazione del credito risarcitorio per violazione della normativa antitrust*, in Diritto del Commercio Internazionale, fasc. 4, 1 dicembre 2017, pp. 909 ss.
- G. AFFERNI, *Le azioni di risarcimento del danno in caso di violazioni del diritto della concorrenza nel mercato dei farmaci*, in Danno e Responsabilità, fasc. 3, 2018, p. 283
- G. ALPA, *La Responsabilità civile*, II ed., Utet giuridica editrice, 2018
- G. ALPA, *Le funzioni della responsabilità civile e i danni «punitivi»: un dibattito sulle recenti sentenze della suprema corte di cassazione*; M. FRANZONI, *Quale danno punitivo?*; . G PONZANELLI, *Sezioni unite e danni punitivi*; F. BENATTI, *Note sui danni punitivi in Italia: problemi e prospettive*, in Contratto e impresa, 2017, p. 1084
- G. ALPA, *Le funzioni della responsabilità civile e i danni punitivi: un dibattito sulle recenti sentenze della Suprema Corte di Cassazione*, in Contratto e impresa, vol. 4, 2017, pp. 1086-1106

- G. CALABRESI, *The complexity of torts. The case for punitive damages*, in *Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli*, Giuffrè 2008, pp. 327-348
- G. CHINE', A. ZOPPINI, M. FRATINI, *Manuale di diritto civile, I manuali superiori diretti da Guido Alpa e Roberto Garofoli*, V ed., Nel diritto editore, 2015
- G. CORSI, *Le Sezioni Unite: via libera al riconoscimento di sentenze straniere comminatorie di "punitive damages"* Nota a Cass. se. Un. civ. 5 luglio 2017, 16601, in *Danno e Responsabilità*, 2017, fasc. 4, p. 429
- G. DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, III ed., Cedam, 2017
- G. E. NAPOLI, *La perdita di chance nella responsabilità civile*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc. 1, 1 gennaio 2018, pp. 52 ss.
- G. FLORIDIA, *Proprietà intellettuale, illecito concorrenziale e risarcimento*, in *Studi in onore di Piero Schlesinger*, tomo V, Milano, Giuffrè, 2004, p. 3554
- G. FLORIDIA, *Proprietà intellettuale, illecito concorrenziale e risarcimento*, in *Studi in onore di P. Schlesinger*, Tomo V, Milano, Giuffrè ed., 2004, pp. 3553-3566
- G. PONZANELLI, «*Punitive damages*» e «*due process clause*»: *l'intervento della Corte suprema Usa*, in *Foro italiano*, 1991, parte IV, p. 235
- G. PONZANELLI, *Danni punitivi: oltre la delibazione di sentenze straniere?*, in *www.juscivile.it*, 2018, fasc. 1, p. 42
- G. PONZANELLI, *I danni punitivi dopo le sezioni unite – il risarcimento punitivo: qualche riflessione introduttiva*; O. CLARIZIA, *I danni punitivi dopo le sezioni unite - Danno non*

- patrimoniale e funzione punitiva del risarcimento ultracompensativo*; A. SARAVALLE, *I danni punitivi dopo le sezioni unite – cronaca di una sentenza annunciata*; L. D’ANDREA, *I danni punitivi dopo le sezioni unite – principio di ragionevolezza e danni punitivi: la prospettiva costituzionale*; F. GIGLIOTTI, *I danni punitivi dopo le sezioni unite – danni punitivi e sistema processuale*; A. PALMIERI, *I danni punitivi dopo le sezioni unite – danni punitivi nel diritto della concorrenza e della proprietà intellettuale: quali prospettive?*, S. CARABETTA, *I danni punitivi dopo le sezioni unite – i punitive damages tra crisi di proporzionalità e teoria dell’illecito civile*; in *Giurisprudenza Italiana*, 2018, vol. 10, p. 2274
- G. PONZANELLI, *La decisione delle sezioni unite: cambierà qualcosa nel risarcimento del danno?*, in *Rivista di diritto civile*, 2018, vol. 1, p. 300
 - G. PONZANELLI, *Le Sezioni unite sui danni punitivi tra diritto internazionale privato e diritto interno*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, vol. 10, p. 1413
 - G. PULEIO, *Il risarcimento del danno antitrust alla luce della Direttiva 2014/104/UE*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc. 3, 2016, p. 1082
 - G. RATTI, *La responsabilità per violazione dei diritti di proprietà intellettuale e per concorrenza sleale*, in P. CENDON, *La Responsabilità civile*, vol. I, Utet giuridica ed., 2017, p. 1222
 - G. REMOTTI, *La retroversione degli utili quale sanzione restitutoria: nessun ristoro, nessuna pena*, in *Il Diritto industriale* 4/2019, pp. 410-417
 - G. SCARCHILLO, *La natura polifunzionale della responsabilità civile: dai punitive damages ai risarcimenti punitivi - Origini*,

- evoluzioni giurisprudenziali e prospettive di diritto comparato*, in *Contratto e impresa*, 2018, p. 289
- G. SPOTO, *Risarcimento e sanzione*, *Europa e Diritto Privato*, fasc.2, 1 giugno 2018, pp. 489 ss.
 - G.C. CLOAREC, *Lo stato dell'arte del risarcimento punitivo nel diritto francese*, in *Contratto e impresa/Europa* 2017, pp. 12-27
 - H. KOZIOL, *Basic question of tort law on a comparative perspective*, Jan Sramek Verlag, 2015
 - H. KOZIOL, *The aims of tort law*, Jan Sramek Verlag, 2017
 - I. EBERT, *The Power of Punitive Damages, Is Europe Missing out*, 4 JETL 95 (2013), p. 95
 - I. GARACI, *Il dieselgate. Riflessioni sul private e public enforcement nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Rivista di diritto industriale*, 2018, fasc. 2, p. 6
 - I. GARACI, *La reversione degli utili tra tecniche risarcitorie e restitutorie*, in *Rivista di diritto industriale*, fasc. 6, 2017, pp. 313-338
 - I. M. TRIOLO, *Danni punitivi: la «nuova» natura polifunzionale della responsabilità civile* (Nota a Cass. civ., sez. un., 5 luglio 2017 n. 16601), in *Rassegna avvocatura dello Stato*, 2017, fasc. 2, p. 42
 - J. EDELMAN – E. BANT, *Unjust enrichment*, Hart publishing, Portland, II ed., 2016
 - J. GARDNER, *What is tort law for? The place of distributive justice*, in J. OBERDIEK *Philosophical foundation of tort law*, Oxford scholarship online, 2014, p. 335
 - J. GOUDKAMP, E. KATSAMPOUKA, *An Empirical Study of Punitive Damages*, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 38, No. 1 (2018), pp. 90–122

- J. VON HEIN, *Punitive damages in European and domestic private international law*, in A. BRUNS – M. SUZUKI, *Preventive instruments of social governance*, Mohr Siebeck, 2017, p. 143
- K. HOLIPHANT, *Rationalising tort law for the Twenty-First century*, in K. BARKER - K. FAIRWHEATHER - R. GRANTHAM, *Private Law in the 21st century*, Hart publishing, Portland, 2017, p. 47
- K. HUSCHELRATH – H. SCHWEITZER, *Public and private enforcement of competition law in Europe*, Springer, 2014
- L. BIAMONTI, *Considerazioni sulla quantificazione del risarcimento del danno nel processo antitrust*, in D. CORAPI, *Persona e attività economica tra libertà e regola*, Portland, 2016, vol. 3, p. 2155-2166
- L. COPPO, *The Grand Chamber's Stand on the Punitive Damages Dilemma (Commentary to the Corte di Cassazione 5 July 2017 no 16601)*, in *The Italian Law Journal*, 2017, fasc. 2, p. 29
- L. DÌEZ PICAZO, *Derecho de danos*, Civitas, Madrid, 1999, p. 324
- M. A. GEISTFELD, *Compensation as a tort norm*, in J. OBERDIEK *Philosophical foundation of tort law*, Oxford scholarship online, 2014, p. 335
- M. ASTONE, *Responsabilità civile e pluralità di funzioni nella prospettiva dei rimedi. Dall'astreinte al danno punitivo*, in *Contratto e Impresa*, vol. 1, 2018, pp. 276-288
- M. BARCELLONA, *Funzione compensativa della responsabilità e private enforcement in materia antitrust*, in *Contratto e Impresa*, 2009, pp. 120-144
- M. BELLOFIORE, F. FILIPPI, *La tutela risarcitoria antitrust del consumatore*, in P. FAVA, *La responsabilità civile*, II ed., 2018, p. 2597

- M. BIASI, *Il caso Ryanair e l'ingresso del danno punitivo nel diritto del lavoro italiano*; in *Giurisprudenza Italiana*, 2018, vol. 10, p. 2191
- M. DE CRISTOFARO, *Innovazioni e prospettive nella dimensione processuale che sta al cuore del private antitrust enforcement*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2018, fasc. 2, p. 523
- M. F. CAMPAGNA, *La responsabilità solidale incalcolabile dell'illecito antitrust*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, fasc. 2, dicembre 2017, pp. 451 ss.
- M. FRANZONI, *Danno Punitivo e Ordine Pubblico*, in *Rivista di Diritto Civile*, p. 295
- M. FRANZONI, *La lite temeraria e il danno punitivo*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc.4, 2015, pag. 1063B
- M. FRATINI, *Il sistema del diritto civile*, vol. 2, Dike giuridica editrice
- M. I. FELIU REI, *La silenziosa "civilización" dei danni punitivi in Spagna*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2017, p. 40
- M. LA TORRE, *Un punto fermo sul problema dei "danni punitivi"*, in *Danno e responsabilità*, vol. 4, 2017, pp. 421-428
- M. LIBERTINI, A GENOVESE, *Commento sub art. 2600*, in *Commentario al codice civile*, Utet giuridica, vol. 5, 2014, p. 640-641
- M. LIBERTINI, *Il risarcimento del danno per la violazione di norme generali sulla concorrenza (antitrust e concorrenza sleale)*, in *Scritti di diritto industriale*, Giuffrè ed., 2004, pp. 177 ss.
- M. MANFRON, *La riparazione dissuasiva non impone i danni punitivi (e nemmeno la deterrenza)*, in *Danno e responsabilità*, vol. 6, 2016, pp. 583-590

- M. P. MANNI, *La responsabilità per violazione degli obblighi familiari*, in P. FAVA, *La responsabilità civile*, Giuffrè ed., II ed., 2018, p. 2225-2226
- M. RUTIGLIANO, L. FACCINCANI, *Risarcimento del danno per lucro cessante e restituzione dei profitti dell'autore della violazione di diritti di proprietà industriale*, in Riv. dottori comm., fasc.4, 2012, p. 833
- M. S. ROMANO, *Danni punitivi ed eccesso di deterrenza: gli (incerti) argini costituzionali*, in Foro it. anno 1990, parte IV, col. 175
- M. S. SPOLIDORO, *Concorrenza sleale, appropriazione del lavoro altrui e parassitismo*, in Rivista di Diritto Industriale, fasc.1, 1 febbraio 2018, pag. 5
- M. S. SPOLIDORO, T. F. F. SPOLIDORO, *Profitto illecito e risarcimento del danno antitrust*, in Analisi Giuridica dell'Economia, fasc. 2, dicembre 2017, p. 411
- M. SCHIRRIPA., *I danni punitivi nel panorama internazionale e nella situazione italiana: verso il loro riconoscimento?*, in www.comparazionedirittocivile.it, marzo 2017
- M. SESTA, *Risarcimenti punitivi e legalità costituzionale*, in Rivista di diritto civile, vol. 1, 2018, pp. 305-316
- M. SPOTO, *Risarcimento e sanzione*, in Europa e Diritto Privato, 2018, fasc.2, p. 489
- M. TESCARO, *Il revirement "moderato" sui punitive damages*, in Contratto e impresa/Europa 2017, pp. 51-67
- M. TESCARO, *Le variazioni qualitative e quantitative del danno risarcibile*, in Danno e responsabilità, 2018, vol. 5, p. 533

- M.S. SPOLIDORO, *Concorrenza sleale, appropriazione del lavoro altrui e parassitismo*, in *Rivista di diritto industriale*, 2018, fasc. 1, p. 5
- N. ASFOUR, *Wrongful enrichment*, Hart publishing, Portland, 2017
- P. A. HOVERSTEN, *Punishment but Not a Penalty? Punitive Damages Are Impermissible Under Foreign Substantive Law*, in *Michigan Law Review*, March 2018, Vol. 116:759
- P. CENDON, *Responsabilità civile*, Torino, Utet Giuridica, 2017, v. 1-2-3
- P. COMOGLIO, *Note a una prima lettura del D.Lgs. n. 3 del 2017. Novità processuali e parziali inadeguatezze in tema di danno antitrust*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2017, fasc.3, p. 991
- P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti: rimedi restitutori*, in *Rivista di diritto civile*, 1998, fasc. 4, pp. 413-422
- P. PALMIERI, *Responsabilità da incidente nucleare: sul ruolo e i limiti dei danni punitivi* (Nota a Federal District Court for the District of Pennsylvania, 27 febbraio 1985, Three Miles Island Litigation), in *Foro italiano*, 1986, IV, p. 134
- P. PARDOLESI, *Risarcimento del danno, reversione degli utili e deterrence: il modello nord-americano e quello europeo*, in *Il diritto industriale* 2/2012, pp. 133-145
- P. PETRELLI, *Verso i «danni punitivi»?* , in *Contratto e impresa*, vol. 4, 2017, pp. 1187-1229
- P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Giuffrè ed., 2017

- R. C. MEURKENS, *Punitive Damages - The Civil Remedy in American Law, Lessons and Caveats for Continental Europe*, Kluwer, 2014
- R. CARLEO, *Punitive damages: dal common law all'esperienza italiana*, in *Contratto e Impresa*, vol. 1, pp. 259-275
- R. CORNETTA, *Danno da radiazioni ionizzanti: la crisi del sogno americano*, in *Foro italiano*, 1988, parte IV, p. 40
- R. M. VISCONTI, *Danno antitrust e perdita di avviamento*, in *Il Diritto Industriale*, fasc. 6, 2018, p. 497
- R. NEVOLA, *La concorrenza sleale e il danno antitrust tra imprese*, in P. FAVA, *La responsabilità civile*, II ed., 2018, p. 2535
- R. PARDOLESI – P. SANTORO, *Indennizzo e risarcimento del danno: di cumuli e cavoli*, in *Danno e Responsabilità*, 2014, v. 11, p. 1008
- R. PARDOLESI – R. SIMONE, *Danno da morte e stare decisis: la versione di Bartleby*, in *Danno e responsabilità*, 2015, vol. 10, p. 905
- R. PARDOLESI, *Debiti di valuta, «danno da svalutazione» (e il «disgorgement» che non ti aspetti)*, in *Foro Italiano*, 2008, parte I, p. 2789
- R. PARDOLESI, *Il danno antitrust in cerca di disciplina (e di identità?)*, in *Il Foro It.*, 2007, Vol. 4, p. 1101
- R. SIMONE, *La responsabilità civile non è solo compensazione: punitive damages e deterrenza*, in *il Foro Italiano*, vol. 9, 2017, p. 2647
- S. BARONE, *“Punitive damages”: multiplo risarcimento sanzionatorio-deterrente o iper-ristoro solo cautelativo? Nota*

- a Ord. Cass. sez. I civ. 16 maggio 2016, n. 9978, in *Giurisprudenza italiana*, 2017, fasc. 6, p. 1358
- S. DE LUCIA, *La lite temeraria tra indennità e sanzione*, in *Giurisprudenza Italiana - Gennaio 2019*, pp. 212-217
 - S. GATTI, *Riflessioni sulla (risarcibilità e sulla) quantificazione del danno da perdita di chance*, *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc.6, 1 giugno 2019, pp. 2113 ss.
 - S. LANDINI, *La condanna a danni punitivi tra penale e civile: la questione rimane attuale*, *Diritto Penale e Processo*, vol. 2, 2017, p. 263
 - T. HELMS, *Disgorgement of profits in German Law*, in M. SCHMIDT-KESSEL, *German National Reports on the 19th International Congress on Comparative Law*, Mohr Siebeck, 2014
 - U. BERNITZ, *Introducion to the Directive on Competition Damages Actions*, in M. BERGSTROM – M. IACOVIDES M – M. STRAND, *Harmonizing EU competition law*, Hart publishing, Portland, 2016
 - U. JAREMBA, L. LAKIKOVA, *Effectiveness of Private Enforcement of European Competition Law in Case of Passing-on of Overcharges: Implementation of Antitrust Damages Directive in Germany, France, and Ireland*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 9, 2018, p. 226
 - U. SALANITRO, *Il danno ambientale tra interesse collettivi e interessi individuali*, in *Rivista di diritto civile*, vol. 1, 2018, p. 256
 - V. CARBONE, F. CARINGELLA, *I principi del diritto civile*, Dike Giuridica Editrice, 2016

- v. CECCARELLI, *L'efficacia nell'ordinamento interno delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi*, in *giustiziacivile.com*, 2018, fasc. 2, p. 13
- v. MELI, *Introduzione al D.Lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, di attuazione della direttiva 2014/104/UE sul risarcimento dei danni per violazione della normativa antitrust*, in *Nuove leggi civili commentate*, fasc. 1, 2018, p. 119
- v. SANASI D'ARPE, *Il c.d. danno industrialistico e il modello risarcitorio-restitutorio: un paradigma a forza espansiva per la regolazione efficiente del mercato*, in *Studi di diritto dell'economia*, Jovene 2017, pp. 17-31
- W.P.J WILS., *Private Enforcement of EU Antitrust Law and its Relationship with Public Enforcement: Past, Present and Future*, in *World Competition*, 2017, 17 e ss.

