

Ar2

Annunziata Rapillo

Le nuove frontiere della responsabilità civile
I danni punitivi

Prefazione di
David E. Zammit





Aracne editrice

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

Copyright © MMXX
Gioacchino Onorati editore S.r.l. – unipersonale

www.gioacchinoonoratieditore.it
info@gioacchinoonoratieditore.it

via Vittorio Veneto, 20
00020 Canterano (RM)
(06) 45551463

ISBN 978-88-255-XXXX-X

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: gennaio 2020

*Ai miei genitori,
corde salde di un'altalena che,
nonostante gli alti e bassi,
non mi hanno mai lasciata cadere*

*Alle mie sorelle,
l'una che mi ha guardato le spalle,
l'altra che mi ha mostrato la via*

L'importante non è stabilire se uno ha paura o meno, è saper convivere con la propria paura e non farsi condizionare dalla stessa. Ecco, il coraggio è questo, altrimenti non è più coraggio ma incoscienza.

Annunziata Rapillo, *Le nuove frontiere della responsabilità civile. I danni punitivi*

- 11 Prefazione
di David Edward Zammit
- 15 *Introduzione*
- 17 **Capitolo I**
Punitive damages: evoluzione e funzione dell'istituto
1.1. La disciplina dell'illecito: profili comparatistici, 17 – 1.1.1. *Definizione e funzione della responsabilità*, 17 – 1.1.2. *Cenni storici: la law of torts*, 21 – 1.2. La nascita dei danni punitivi: United Kingdom, 30 – 1.3. Cenni di diritto comparato: i paesi dell'*ex Commonwealth*, 41 – 1.4. *I punitive damages* negli U.S.A, 47 – 1.4.1. *Profilo storico*, 47 – 1.4.2. *Ámbito di applicazione*, 53 – 1.4.3 *Problemi costituzionali*, 62 – 1.4.4. ... *Segue: il 14° emendamento*, 67 – 1.4.5. *La giuria*, 73 – 1.4.6. *L'analisi economica del diritto*, 81 – 1.4.7. *Funzione dei danni punitivi, una visione di insieme: lo stato dell'arte in U.S.A*, 89
- 97 **Capitolo II**
La responsabilità da atto illecito in Italia
2.1. *Introduzione*, 97 – 2.2. *La responsabilità extracontrattuale e la civil law*, 97 – 2.2.1. *Profilo storico*, 97 – 2.3. *L'illecito aquiliano: analisi normativa*, 104 – 2.3.1. *Gli elementi*, 108 – 2.3.1.1. *L'ingiustizia*, 108 – 2.3.1.2. *Il danno*, 117 – 2.3.1.3. *Il nesso causale*, 125 – 2.3.1.4. *L'elemento soggettivo: la colpa*, 131 – 2.4. Le funzioni della responsabilità, 136 – 2.4.1. *Il danno patrimoniale*, 145 – 2.4.2. *Il danno non patrimoniale*, 154 – 2.4.2.1. *Profili funzionali del danno non patrimoniale*, 164 – 2.5. *Danno aquiliano, pene private e pene penali*, 169 – 2.6. *Liquidazione e tecniche di valutazione del quantum*, 176 – 2.6.1. *Il danno emergente e il lucro cessante nel danno patrimoniale*, 178 – 2.6.2. *Il parametro equitativo del danno non patrimoniale*, 182
- 189 **Capitolo III**
I danni punitivi in Italia. Prospettive giurisprudenziali
3.1. *Introduzione*, 189 – 3.2. *Il concetto di ordine pubblico*, 191 – 3.3. *La delibazione di sentenze straniere e la diffidenza della Corte di Cassazione*, 206 – 3.3.1. *La sentenza 16601 del 2017 e la rilettura del sistema*, 209 – 3.3.2. *Considerazioni a margine sullo stato dell'arte*, 220 – 3.3.3. *Prospettive comparatistiche: danni punitivi e sistema spagnolo*, 222 – 3.4. *Il danno tanatologico*, 230 – 3.4.1. *Prospettive comparatistiche sul danno da morte: l'interessante esperienza maltese*, 245

257 **Capitolo IV**

I danni punitivi nella elaborazione legislativa

4.1. La nascosta presenza di risarcimenti ultracompensativi in Italia, 257 – 4.2. Gli illeciti processuali, 259 – 4.2.1. *Evoluzione del concetto di lite temeraria ex art. 96, III comma, c.p.c.*, 259 – 4.3. *Le ipotesi di coercizione indiretta*, 267 – 4.3.1. *Esecuzione forzata delle obbligazioni infungibili di fare ex art. 614 bis c.p.c.*, 267 – 4.3.2. *La coercizione indiretta nel giudizio di ottemperanza amministrativo*, 277 – 4.4. Responsabilità medica e profili punitivi, 285 – 4.4.1. *Il decreto Balduzzi*, 291 – 4.4.2. *La riforma Gelli – Bianco*, 295 – 4.5. Cenni sulla disciplina di depenalizzazione (D. Lgs. 7 e 8 del 2016), 299

305 *Conclusioni*

313 *Bibliografia*

Prefazione

di David Edward Zammit¹

Quest'opera monografica è il frutto di un'intensa ricerca in una materia di grande rilevanza pratica: lo sviluppo di nuovi modi di concepire il "danno ingiusto" rappresenta uno dei dibattiti più importanti e interessanti della giurisprudenza italiana del dopoguerra.

Concentrando l'attenzione sull'istituto, nato nell'universo di *Common Law*, dei *punitive damages* e mettendo in rilievo il ruolo piuttosto nascosto che tale concetto assume nel sistema italiano nell'ambito del risarcimento dei danni extra-contrattuali, la Dott.ssa Annunziata Rapillo riesce a sviluppare una prospettiva sull'avvenuto processo storico che è, simultaneamente, una rilettura originale dei presupposti fondamentali per compensare il danno da illecito nel sistema italiano e uno studio comparativo aggiornato relativo al modo in cui i danni punitivi sono configurati e compensati negli Stati Uniti e nel Regno Unito.

I quattro capitoli in cui il libro è diviso sono i veicoli attraverso i quali l'Autrice conduce il lettore nella sua ricerca analitica e approfondita.

Il primo capitolo imposta il tono mediante un'indagine relativa alla storica evoluzione e all'attuale applicazione dei danni punitivi nei sistemi di *Common Law*: l'Autrice riesce a sintetizzare un corpo vasto di *case law* e insegnamenti dottrinali che pongono in luce il modo in cui i danni punitivi sono emersi nel sistema legale Inglese e si sono diffusi in varie altre giurisdizioni dalla memoria coloniale.

Inoltre, la Dott.ssa Rapillo presta particolare attenzione alla configurazione e al funzionamento dei *punitive damages* negli Stati Uniti: riesce a dimostrare come i danni punitivi debbano essere compresi "sistematicamente" e debbano essere "collegati funzionalmente" all'istituto della giuria, fenomeno procedurale americano per eccellenza, e, a livello dottrinale, all'analisi economica del diritto, che eleva

¹ Direttore del Dipartimento di Diritto Civile presso l'Università di Malta.

l'efficienza a valore chiave a cui i danni extracontrattuali debbono conformarsi.

Degno di nota è l'attento equilibrio che l'Autrice riesce a tenere (e mantenere) tra la constatazione, da un lato, che le imponenti liquidazioni di danni punitivi negli Stati Uniti sono "non esportabili" in quanto legate a caratteristiche peculiari e distintive del sistema legale d'oltreoceano, e la dimostrazione, dall'altro, di come la logica punitiva/deterrente che è sottesa e motiva tali forme di liquidazioni può rivelarsi tanto persuasiva da essere imitata e riproposta, con i dovuti contemperamenti, anche in altri ordinamenti.

Dopo aver compiuto questa disamina, la Dott.ssa Rapillo procede - nel suo secondo capitolo - ad esaminare la logica storica e giuridica, lo sviluppo e il funzionamento nel sistema Italiano della responsabilità civile aquiliana.

Se questo *excursus* a prima vista potrebbe apparire come un semplice riepilogo dell'evoluzione di dottrina e giurisprudenza, una lettura più attenta rivela che si tratta di una ricostruzione dettagliata e profonda della *ratio* giuridica sottesa al fenomeno risarcitorio che delinea i contorni della responsabilità per comportamento illecito.

Lo scopo di questa "fotografia di sistema" è proprio gettare le basi per un'interpretazione minuziosa e precisa della relazione che sussiste fra il processo giuridico di determinazione della responsabilità e quello della liquidazione dei pregiudizi.

Questa originale prospettiva sottolinea l'indipendenza reciproca che caratterizza questi due *iter* e, quindi, permette che una logica ipercompensativa possa influire sul ragionamento dei giudici nella fase di quantificazione dei danni.

La parte finale dell'opera monografica cerca di consolidare e sviluppare la ricerca cristallizzata nei precedenti due, focalizzandosi sui danni punitivi in Italia, considerati sotto il duplice profilo: (1) delle tendenze giurisprudenziali e (2) delle previsioni legislative.

L'argomentazione che pervade il terzo capitolo è piuttosto sottile ed è protesa a dimostrare come l'affermazione secondo cui i danni aquiliani mirano soltanto ad una compensazione netta della lesione subita dalla vittima, operando una mera *restitutio in integrum*, sia un principio di ordine pubblico interno che ormai non sopravvive alla critica moderna.

La recente sentenza della Corte di Cassazione che ha ammesso la possibilità che i danni punitivi siano liquidati e concessi anche in Ita-

lia, seppur entro precisi limiti, viene esaminata a lungo e con spirito critico.

L’Autrice poi procede esplorando come in taluni casi, in particolare quello relativo alla fattispecie del danno cosiddetto “tanatologico” – pregiudizio che si consolida quando la vittima del comportamento illecito muore e, quindi, non si perfeziona un vero e proprio “danno conseguenza” nella sfera giuridica della medesima – la presenza di una *ratio* punitiva potrebbe (*rectius*, può di fatto) rivelarsi l’unica prospettiva valida per giustificare e rendere conto in maniera soddisfacente dei danni accordati e liquidati.

A tal proposito, la Dott.ssa Rappillo fa una breve ma illuminante deviazione sul sistema Maltese e sulle tipizzate metodologie finalizzate alla compensazione del “danno da morte”, ponendo in luce come una simile forma di ristoro si attegga nel sistema “ibrido” Maltese.

Questa indagine è affascinante ed evidenzia come una logica punitiva può celarsi ed essere impiegata anche da Tribunali che, sebbene fedeli ad una logica squisitamente ristorativa, riescono nell’opera di coordinamento con l’esigenza di apprestare tutela al bene – vita, attraverso l’ausilio di una precisa disciplina codicistica.

Proprio al profilo legislativo si dedica l’ultimo capitolo dell’opera, impegnativa ricostruzione di varie fattispecie di danni tipizzati dalla natura ibrida e dal retrogusto punitivo, che si apre con l’individuazione da parte dell’Autrice di una serie di indici e presupposti che caratterizzano tali particolari forme di pregiudizio e ne denotano l’indole distante da una *ratio* meramente compensativa.

Fil rouge della elaborazione della Dott.ssa Rappillo è quindi rappresentato dalla convinzione che i danni punitivi esistano da sempre in seno al sistema Italiano, sebbene il ruolo che rivestono sia stato nascosto e subordinato ad una logica di *Civili Law* (meramente compensativa) della responsabilità civile che è piuttosto distante da quella elaborata nel contesto di *Common Law* in cui si immagina, normalmente, che i danni punitivi siano radicati.

Da tale ragionamento ne consegue che ammettere che i danni punitivi giochino un ruolo nel sistema Italiano dell’illecito aquiliano non significa importare un sistema “alieno” ma semplicemente raggiungere una più chiara consapevolezza della base concettuale attraverso la quale i danni extra-contrattuali vengono di già, in vari casi, quantificati e accordati.

Ciò a sua volta prepara la scena per un dialogo tra giuristi che appartengono ai mondi di *Civil Law* e di *Common Law* che non è più articolato su una contrapposizione tra contaminazione pragmatica e resistenza di un principio teorico, ma che accetta l'esistenza di una profonda base comune fra questi ordinamenti, soprattutto nel ragionamento usato in ambedue i sistemi per sopperire a lacune ordinamentali costruendo ed intravedendo una base punitiva per forme di liquidazioni risarcitorie altrimenti non giustificabili.

Nel porre le basi per un incontro così rispettoso fra sistemi giuridici, la monografia della Dott.ssa Rapillo ha aperto la strada ad una nuova rilettura e comprensione non solo della normativa Italiana che regola i danni conseguenti all'illecito aquiliano, ma ad una differente metodologia di collaborazione e studio tra giuristi comparativi che possono e devono avvicinare il loro lavoro.

A mio parere è in questa luce che tale lavoro monografico, lucidamente scritto, comprensivo e autorevole, deve essere ricevuto.

Introduzione

La responsabilità civile rappresenta un istituto particolarmente interessante e complesso del diritto privato poiché in grado di declinarsi in molteplici varianti e soprattutto idoneo a permeare l'intero universo giuridico. Al centro di impegnativi dibattiti giurisprudenziali, il concetto di risarcimento del danno ha mutato veste con l'avvento del codice fascista del 1942 che, prendendo le distanze dalla prospettiva del *Code Napoleon*, ha disegnato i contorni di un giudizio di responsabilità finalizzato ad un mero ripristino dello *status quo ante* a livello patrimoniale, cristallizzandone una dimensione monofunzionale e assercita alla sola *ratio* compensativa.

La forte volontà di emancipazione dal giudizio penale e il ripudio del brocardo di jheringhiana memoria “nessuna responsabilità senza colpa” se da un lato hanno comportato il consolidamento di un giudizio civile dotato di proprie e autonome peculiarità, dall'altro hanno imbrigliato il legislatore di epoca fascista, la cui priorità è divenuta la riallocazione delle risorse e la compensazione del pregiudizio.

Una simile prospettiva, però, si presenta oggi anacronistica: partendo dalle sollecitazioni dottrinali che fin dagli anni sessanta ravvedevano in ipotesi come quelle del danno non patrimoniale o della retroversione degli utili delle anomalie di sistema in grado di smuovere il registro monofunzionale che caratterizzava il giudizio di responsabilità civile, si può osservare una latente rilettura del sistema che affiora negli ultimi anni prepotentemente, anche in ragione del costante dialogo della Corte di Cassazione con organi superiori di altri paesi in cui forme di risarcimento ultracompensativo rappresentano lo strumento ordinario di liquidazione del danno.

Estremo punto di frizione è riconducibile al concetto di *punitive damages*, che rappresenta un istituto esemplare di *common law*, uno dei fenomeni più affascinanti e intriganti che si insinua nelle maglie del più ampio istituto del risarcimento del danno che negli stati d'oltreoceano ancora oggi assume i connotati di un giudizio a mezza via tra il diritto privato e il diritto penale.

Molteplici le ragioni sottese alla loro nascita, nel contesto inglese del XVIII secolo, e alla loro proliferazione, ancóra oggi in corso negli Stati Uniti d'America: l'assenza di una rigida riserva di legge in ambito penale e sanzionatorio, la mancanza di istituti processuali come quello della soccombenza, che notevolmente incide sulle quantificazioni dell'*exequatur*, nonché la presenza costante della giuria, composta da soggetti privi di competenze tecniche qualificate, il tutto filtrato alla luce dei principi di analisi economica del diritto che rendono il contesto di *common law* squisitamente un *unicum* giuridico, sono i fattori che maggiormente rilevano nella presente indagine che mira a verificare la sussistenza di un rapporto di non astratta incompatibilità tra responsabilità civile come delineata dal legislatore italiano e i risarcimenti ultracompensativi, nella specie *punitive damages*.

Al fine di investigare come tali differenti istituti e prospettive interagiscono tra loro non può prescindersi dall'indagine dell'istituto del danno punitivo, calato all'interno del contesto in cui si è sviluppato e radicato, per comprenderne le logiche a cui risponde e le finalità che persegue. Fondamentale, alla stregua, è la fotografia del sistema di responsabilità civile adottato nel contesto italiano, di come si sia evoluto e di come oggi si attegga, senza dimenticare come il legislatore ha talvolta contemplato forme late di risarcimento del danno ultracompensativo, facendo scricchiolare l'idea di una responsabilità monofunzionale e dal valore squisitamente ristorativo.

Punitive damages: evoluzione e funzione dell'istituto

1.1. La disciplina dell'illecito: profili comparatistici

1.1.1. *Definizione e funzione della responsabilità*

I danni punitivi rappresentano una peculiarità dei sistemi giuridici di *common law*, negli ultimi anni molto discussi e in continua tensione con l'ordinamento giuridico italiano ed europeo, in quanto portavoce di una *ratio* punitiva e di deterrenza assolutamente lontana dal concetto di responsabilità civile continentale².

Ciò che, infatti, si palesa negli ordinamenti di *common law* è la netta distinzione tra due tipologie di danno, i *compensatory damages* e i *non-compensatory damages*, la cui differenza appare preziosa per comprendere la logica sottesa al concetto di danno punitivo e che esula dal mero ripristino della sfera patrimoniale o giuridica del soggetto leso, andando ben oltre.

Una prima e imprescindibile precisazione che occorre fare è di matrice terminologica: nel mondo anglo-americano l'utilizzo del termine *damage/damages* al singolare ed al plurale assume due valenze assolutamente distinte. Nella letteratura alla parola *damages*, solitamente accompagnata da attributi che ne delineano il contenuto (*punitive, exemplary* ecc.) è attribuito il significato di risarcimento monetario, dunque, "danni" nel senso di liquidazione del danno. Quando il termine, invece, viene richiamato al singolare implica il riferimento al danno in qualità di pregiudizio arrecato e, quindi, come sinonimo di lesione. Tale specificazione è fondamentale per comprendere una terminologica *summa divisio* scontata agli occhi degli autori di *common law*.

² P. PARDOLESI, *Seminari di diritto privato comparato*, Cacucci Ed., Bari 2011.

Alla categoria di *compensatory damages*, che hanno la funzione di ripristinare il patrimonio del soggetto leso in conseguenza dell'accertamento del danno³, si accosta (ma senza sovrapporsi) il danno punitivo, concesso per sanzionare il convenuto che, con una condotta equiparabile a quella italiana della mala fede (*malice*), ha commesso un fatto grave e particolarmente riprovevole⁴.

Sostiene Fleming, spiegando in modo netto struttura e *ratio* di tale concetto giuridico

Exemplary or punitive damages focus not on injury to the plaintiff, but on the outrageous conduct by the defendant, conduct that is so reprehensible as to warrant requiring the defendant to pay an additional amount of tort damages. These damages are explicitly outside the compensation function of the tort law.⁵

È bene, inoltre, far presente che i termini *punitive*, *exemplary*, *vindictive damages* sono tra loro intercambiabili, non indicando tipologie differenti di danno⁶. La sola distinzione degna di nota è quella che pone in relazione i *punitive damages* con gli *aggravated damages* la cui specificazione, per la prima volta dovuta a *Lord Devlin* nel 1964, sottolinea nuovamente i confini tra *ratio* punitiva e latamente compensativa⁷.

Riconducibile per lo più al settore dei *torts* e, pertanto, della responsabilità extracontrattuale⁸, appare oggi in continua espansione ed

³ Cfr., G. PONZANELLI, *Pena privata* in «Enc. Giur. Treccani», vol. XXX, Milano, 1999.

⁴ Cfr., G. PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nord americana* in «Riv. Dir. Civ.», vol. I, 1983, pp. 435 ss; F. BENATTI, *Il danno punitivo tra forma e sostanza* in «Resp. Civ. prev.», vol. I, 2014, pp. 53 ss.

⁵ J. FLEMING, *The law of torts*, Lawbook Co, Australia 1987, p. 284.

⁶ NOTE, *Exemplary damages in the law of torts* in «Harvard L. Rev.», 1957, p. 517 ss., in cui l'autore sostiene «The term "punitive", "vindictive", or "exemplary" damages and "smart-money" have been interchangeably applied to a class of money damages awarded in tort action beyond what is needed to "compensate" the plaintiff for his injuries».

⁷ Afferma a conclusione della sua *opinion* Lord Devlin «Otherwise, it will not, I think, make much difference to the substance of the law or rob the law of the strength which it ought to have. Aggravated damages in this type of case can do most, if not all, of the work that could be done by exemplary damages. In so far as they do not, assaults and malicious injuries to property can generally be punished as crimes, whereas the objectionable conduct in the categories in which I have accepted the need for exemplary damages are not, generally speaking, within the criminal law and could not, even if the criminal law was to be amplified, conveniently be defined as crimes» in *Rookes v. Barnard*, A.C. 1129, (1964).

⁸ Cfr. C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquilano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danni c.d. esistenziale* in «Eur. Dir. Priv.», vol. II, 2009,

in alcuni casi anche riproducibile nell'alveo della responsabilità di matrice contrattuale⁹, con non poche critiche da parte di studiosi d'oltreoceano¹⁰.

Al fine di delineare l'essenza dell'istituto del danno punitivo, ma soprattutto per definire il contesto in cui tale danno si colloca, va preliminarmente verificata la logica sottesa alla responsabilità civile di *common law* e successivamente fotografata l'evoluzione della disciplina dei *torts*, sede principale di comminazione del risarcimento del danno ultracompensativo. Sarà solo dopo aver brevemente tracciato tale *iter* che potrà comprendersi in maniera corretta ed esaustiva il concetto di *punitive damages*.

Alla natura esclusivamente ripristinatoria che spiega la disciplina dell'illecito del vecchio continente¹¹ non corrisponde una altrettanto pacifica e unitaria impostazione della responsabilità di *common law*: in tal contesto, infatti, la *liability* civile assume significati e funzioni molteplici.

Autorevole dottrina¹² sostiene che nell'ambito della disciplina dei *torts* almeno tre sono le funzioni che la responsabilità civile pone in esecuzione¹³:

p. 326 ss.; F. SPILLARE, *I danni punitivi tra mito e realtà* in «*Studium iuris*», vol. XII, 2014, pp. 1407 ss.

⁹ La natura particolarmente dibattuta di tali forme di risarcimento al confine tra diritto civile e diritto penale rende poco chiaro il loro ambito di applicazione, che è talvolta ristretto e talaltra ampliato da quanti ravvedono in tali forme di riparazione pecuniaria ben altro che un semplice ripristino dello *status quo*. Cfr. in tal senso G. PONZANELLI, *op. cit.*, pp. 435 ss.

¹⁰ *Ex multis* T. J. SULLIVAN, *Punitive damages in the law of contract: the reality and the illusion of legal change* in «*Minnesota Law Rev.*», vol. LXI, 1977, pp. 207 ss.; J. Y. GOTANDA, *Punitive damages: a comparative analysis* in «*Columbia J. Trans. Law*», vol. VIII, 2003, pp. 1 ss.

¹¹ Figlia dell'originaria impostazione Romanistica la responsabilità civile, di matrice continentale, presenta un struttura assolutamente ripristinatoria che lascia pochi spazi a intenti sanzionatori e quasi nessuno a finalità punitive. In tal senso *ex multis* P. PERLINGIERI, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento* in «*Rass. Dir. Civ.*», vol. IV, 2004, pp. 1061 ss.; G. ALPA, M. BESSONE, *La responsabilità civile*, Giuffrè, Milano 1980; G. PONZANELLI, *La responsabilità civile, profili di diritto comparato*, Il Mulino, Bologna 1992; C. SALVI, *La responsabilità extracontrattuale, modelli e funzioni*, Jovene, Napoli 1985; F. QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, Esi, Napoli 2011.

¹² Cfr. in tal senso G. PONZANELLI, *La responsabilità civile, profili di diritto comparato*, Il Mulino, Bologna 1992.

¹³ In tal senso va tenuta presente la mera opinabilità della suddivisione, molteplici altri autori rivengono nella disciplina dei *torts* ben più di tre funzioni cfr. G. CALABRESI, *The complexity of torts. The case for punitive damages in Liber amicorum per Francesco D. Busnelli*, Giuffrè, Milano 2008. Ed ancora *ex multis* P. CANE, *The anatomy of tort law*, Hart Publishing, Oxford 1997. L'Autore fa riferimento ad una suddivisione tra funzioni intrinseche ed es-

- a) *compensation*;
- b) *deterrence*;
- c) *punishment*

La prima di queste finalità, che mira al mero ripristino patrimoniale dello *status quo ante*, si rivela estremamente delicata: sono frequenti i rischi di *overcompensation* e di *undercompensation*, due facce della stessa medaglia che, anche se poggiando su due distinti soggetti, palezano certamente uno squilibrio tra il danno arrecato e il risarcimento ottenuto, nel primo caso favorendo il danneggiato, nel secondo caso a discapito di quest'ultimo.

Il problema, apparentemente relativo, è di fondamentale rilievo soprattutto in virtù delle metodologie di redistribuzione della ricchezza, care alle scuole di analisi economica del diritto e che pongono le compagnie assicurative al centro di controversie estremamente dibattute e complesse¹⁴.

Allo stesso genere di problematiche si va incontro tracciando la figura della *deterrence*: si tratta di quella funzione che mira ad indurre il soggetto danneggiante ad evitare di perpetuare il medesimo comportamento illecito. Più precisamente, essa è finalizzata a far sì che il

trinseche, fra le prime richiama quelle implicite al sistema di *tort law*, un insieme di principi etici e morali in grado di individuare i beni protetti, le condotte irrispettose e le sanzioni. Lo stesso spiega «The main intrinsic function of tort law are to provide guidance to individuals about how they may and ought to behave in their interactions with others, to provide protection for certain interest of individuals, to express disapproval of and to sanction certain types of conduct... and in this way to maintain social order and promote social cohesion... ». Different *ratio* è invece sottesa alle funzioni estrinseche, quelle che la *tort law* cerca di tutelare e proteggere, a loro volta divise in due tipologie, quelle dirette e quelle indirette, queste ultime definite *multifarious*, perché sorrette da *general deterrence*, *reinforcement of contract*, *preservation of competition*. Le funzioni intrinseche e dirette, invece, sono dall'autore descritte come «closely tied to the available remedies: to compensate for losses, to secure disgorgement of gains, to express disapproval and to punish...».

¹⁴ Come sarà meglio approfondito successivamente, la riallocazione delle risorse economiche e i costi sociali vengono solitamente ammortizzati o attraverso forme di prevenzione generale, attribuendo al potere legislativo la possibilità di definire manovre, o attraverso forme di prevenzione specifica, che, lasciando ai privati la facoltà di preventivamente munirsi di idonea tutela e garanzia, fa perno sul mondo delle assicurazioni e della privatizzazione del rischio. Ovviamente in un simile contesto, nei casi di liquidazioni di danno in forma *overcompensativa* chi ne rimette le spese senza dubbio sono le compagnie assicurative, facile bersaglio, inoltre, delle giurie popolari, che si crogiolano in sentenze dal valore stratosferico. In tal senso G. CALABRESI, *The cost of accident. A legal and economic analysis*, Yale University Press, 1975.

soggetto (potenziale danneggiante) prenda precauzioni idonee a rendere più sicura e meno rischiosa la propria attività.

Anche in tale profilo assumono rilievo le distorsioni della *over/under-deterrence*, strettamente collegate, inoltre, con l'*undercompensation*: infatti, l'eventuale inconsistenza del risarcimento a favore del soggetto danneggiato si rivela una componente che incide in maniera significativa sulla consequenziale deterrenza, senza dubbio relativa e poco pregnante.

Altra funzione è quella di *punishment*, peculiarità questa in grado di tracciare una linea di confine molto netta tra gli ordinamenti di *civil law*, a cui è per lo più sconosciuta, e gli ordinamenti di *common law*, in cui la mancanza *ab origine* di una scissione palese tra diritto civile e diritto penale ha permesso la diffusione di figure ibride.

Chiaro qui il riferimento al danno punitivo, la cui origine ha sempre destato dubbi e la cui evoluzione è da sempre al centro di speculazioni dottrinali e giurisprudenziali, anche nei paesi di *common law*, vista la poco pacifica funzione.

1.1.2. *Cenni storici: la law of torts*

Conseguenza logica dell'impostazione che ravvede nella responsabilità civile un *quid pluris* rispetto al mero ripristino dello *status quo ante* è il delinarsi di una regolamentazione dei *torts* dal sapore misto, quasi dal retrogusto penale.

Sarebbe, però, poco corretto affermare che la moderna visione dell'illecito civile nei paesi di *common law* sia stata in grado di concretizzarsi e plasmare l'odierna disciplina dei *torts*, attribuendo a quest'ultima una carica punitiva non indifferente. Sarebbe poco corretto poiché la disciplina dei *torts* è molto antica, ed anzi: è solo ripercorrendo le origini della *tort law* che si può comprendere la *ratio* sottesa alla moderna disciplina della responsabilità civile e soprattutto la ragione per la quale la componente sanzionatoria è tanto presente.

La disciplina dell'illecito, nell'ordinamento anglosassone, come nel contesto continentale, si distingue nelle due forme di responsabilità contrattuale (cd. *Breach of contract*)¹⁵ ed extracontrattuale (cd. *Law of*

¹⁵ La disciplina del *breach of contract*, o meglio dell'inadempimento contrattuale, si individua ogni qual volta vi sia una obbligazione sottostante che vincola i due soggetti e che ne disciplina e regola i rapporti. Tale tipologia di responsabilità è completamente antitetica a quella più ampia e generale dei *torts* (in cui anche talune fattispecie, latamente contrattuali,

torts), assolutamente distinte, ma che ultimamente sembrano convivere¹⁶.

Tale osservazione assume un particolare significato in relazione al campo di applicazione dei *punitive damages*, originariamente arginati nel contesto dell'illecito extracontrattuale, ma oggi ben assorbiti, invero, nell'ambito del *breach of contract*, anche se in maniera particolarmente atteggiata.

È bene, però, evidenziare che il settore di origine e sviluppo dei danni esemplari è stato quello dei *torts*, la cui evoluzione ha vissuto alterne vicende.

La disciplina inglese dell'illecito (*torts*) prese le mosse dall'*action of trespass*, azione esercitata da chiunque lamentasse un'illecita interferenza da parte di terzi nei confronti della propria persona o di propri beni¹⁷.

rientrano). L'impostazione esplicita di dottrina e giurisprudenza, (nonché quanto stabilito in particolar modo negli Stati Uniti con il *Second Restatement of contract*) ricollegano all'inadempimento contrattuale una funzione solo ed esclusivamente compensativa e ripristinatoria, che mira a riportare il soggetto, che correttamente ha adempiuto la sua prestazione, alla situazione precedente all'inadempimento della controparte. Prendendo in prestito le parole di Fransworth, con il termine *contract* si fa riferimento «ad una serie di atti con cui le parti esprimono il loro accordo, al documento al quale danno esecuzione o al rapporto giuridico che hanno instaurato», ciò significa che *breach of contract* può realizzarsi ogni volta che manca correttezza e rispetto nell'esecuzione della propria prestazione. Cfr, in tal senso E. A. FRANSWORTH, *Introduzione al sistema giuridico degli Stati Uniti d'America*, Giuffrè, Milano 1979. La natura meramente compensativa attribuita alla responsabilità contrattuale si spiega attraverso tre elementi che ne costituiscono criterio di misura per la quantificazione: a) *restitution interest*, individuato nel guadagno conseguito dal contraente inadempiente; b) *reliance interest*, che comporta il ripristino del patrimonio dell'adempiente al momento della stipula del contratto, reintegrandolo delle varie spese sostenute proprio in ragione dell'affidamento sul vincolo; c) *expectation interest*, che ha come punto di riferimento la situazione patrimoniale in cui si troverebbe il soggetto correttamente adempiente qualora anche la controparte avesse adempiuto la sua prestazione. Cfr. In tal senso quanto affermato da F. BENATTI, *Correggere e punire dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, Giuffrè, Milano 2008, p. 135 ss.

¹⁶ I. MASSARI, *Spunti problematici sull'overlapping tra tort e contract nell'esperienza inglese* in «Riv. Dir. Civ.», vol.I, 1999, p. 513.

¹⁷ Preliminarmente va effettuata una precisazione: l'ordinamento inglese presentava una struttura molto singolare, al diritto privato si contrapponeva la *criminal law*, non sussistendo alcuna forma di diritto pubblico o amministrativo, solo tardivamente consolidatosi. Anche il diritto privato andava analizzato nella sua duplicità: da un lato la disciplina di *common law*, la cui finalità principale era il risarcimento del danno; dall'altro andava cristallizzandosi il meccanismo di *equity*, come complesso di gestione e protezione del diritto privato patrimoniale, al cui interno sussisteva una divisione in *law of propriety*, *law of contract* e *law of torts*. *Discrimen* tra *common law* ed *equity* era originariamente di matrice processuale, ben presto, però, si giunse ad una distinzione sostanziale e quindi ad una demarcazione di differenti azioni da