



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2019

LUCIANA LA BANCA

Sollecitazioni provenienti dagli ordinamenti giuridici stranieri in materia di sanzioni civili afflittive

ABSTRACT – This work evaluates the contribution provided by other legal systems to the debate on the configurability of a deterrent-punitive function of civil liability. In particular, the recent jurisprudential guidelines on punitive damages and the codification of late payment penalties will help to analyze the reasons that lead to a rethinking of the traditional sanctioning apparatus in the direction of greater protection effectiveness. Ultimately, we aim to verify the admissibility of “alternative” remedies in the event that the compensation for damage is not suitable for preventing and adequately repressing the commission of an offense.

KEYWORDS – Astreinte, compensation, civil liability, deterrence, punitive damages



Sollecitazioni provenienti dagli ordinamenti giuridici stranieri in materia di sanzioni civili afflittive**

SOMMARIO: 1. *Il problema delle sanzioni civili “alternative” e l’esperienza dei punitive damages: delimitazione del campo d’indagine* – 2. *Il dibattito sulla delibazione delle sentenze straniere che liquidano i danni punitivi e i problemi di compatibilità dell’istituto con i principi fondamentali dell’ordinamento interno* – 3. *Il decisum delle Sezioni Unite* – 4. *L’archetipo dell’art. 614 bis c.p.c.: le astreintes* – 5. *La duplice funzione delle astreintes: coazione indiretta all’esecuzione del provvedimento giudiziale e sanzione prevista per l’ipotesi di protratta inosservanza dello stesso* – 6. *Se siano configurabili ulteriori funzioni della responsabilità civile.*

1. Il problema delle sanzioni civili “alternative” e l’esperienza dei punitive damages: delimitazione del campo d’indagine

Uno studio in materia di rimedi alternativi al risarcimento impone all’interprete un duplice ordine di considerazioni preliminari. La prima concerne l’impossibilità di giustificare l’irrogazione di tutte le sanzioni che presiedono al regolare svolgimento dei rapporti privatistici alla luce del principio secondo il quale il male generato dall’inottemperanza della norma giuridica non possa e non debba essere ripagato con altrettanto male, bensì rimosso ovvero ridotto nei limiti delle umane e giuridiche facoltà¹.

* Dottoranda di ricerca in “Teoria del Diritto e Ordine Giuridico ed Economico Europeo”, Università “Magna Graecia” di Catanzaro.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ Si è a lungo dibattuto sulla possibilità di annoverare il risarcimento del danno tra le sanzioni, specie in relazione alle ipotesi di responsabilità oggettiva, per le quali difetterebbe il presupposto rappresentato dalla rimproverabile violazione della norma. In

La seconda, strettamente connessa alla precedente, involge la necessità di assicurare al titolare del diritto una piena protezione, anche quando egli non riesca a provare di aver subito (e in quale misura) un danno risarcibile.

In tale contesto è maturato l'interesse, anche scientifico, nei confronti di quelle misure verosimilmente estranee alle logiche della riparazione in quanto non orientate al ripristino della situazione antecedente alla violazione ovvero all'attribuzione al danneggiato dell'equivalente economico della perdita subita². Le sanzioni civili afflittive - delle quali si è soliti discorrere anche nell'accezione di "pene private"³ - rispondono, invero, all'esigenza di sopperire alle carenze dello strumento risarcitorio mediante la previsione di prestazioni apprezzabili in termini economici, eppure svincolate dal pregiudizio concretamente sofferto e a quest'ultimo non sempre proporzionate.

Le sollecitazioni provenienti da quegli ordinamenti nei quali è possibile ravvisare, grazie a una tanto intensa quanto incisiva elaborazione pretoria, peculiari esempi di sanzioni connotate da una *ratio* ultracompensativa rappresentano, a ben guardare, il momento irrinunciabile di una compiuta attività ermeneutica che tenda alla rimediazione in chiave dissuasiva e repressiva dei tradizionali rimedi di

argomento, si rimanda a S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1964, commentato da G. LAZZARO, *Imperativismo e responsabilità civile*, in *Riv. int. fil. dir.*, XLI, 1964, 780-790.

² Cfr. G. PONZANELLI, *Pena privata*, in *Enc. giur.* Treccani, XXII, 1990, 1 ss.

³ Per una compiuta disamina delle principali questioni sul tema delle "pene private", si rinvia a M. G. BARATELLA, *Le pene private*, Giuffrè, Milano, 2006; C. M. BIANCA, *Le autorità private*, Jovene, Napoli, 1977; F. D. BUSNELLI, G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, Giuffrè, Milano, 1985; E. MOSCATI, *Pena (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXII, 1982, 770 ss.; ID., *Pena privata e autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1985, 511 ss.; P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1996; S. PATTI, *Pena privata*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XIII, 1995, 349 ss.

cui è corredato il diritto civile, là dove reputabili inadeguati a garantire la certezza e l'effettività del sistema normativo⁴.

La "globalizzazione"⁵ degli ordinamenti giuridici e la compiuta internazionalizzazione delle fonti del diritto chiamano, infatti, l'interprete ad adottare un approccio comparatistico nella risoluzione delle questioni giuridiche che qui si profilano. Si tratta, in sostanza, di verificare se sia coerente con il sistema nel quale si inserisce l'idea di sanzioni civili che abbiano una finalità diversa dalla mera restaurazione dell'interesse leso⁶.

In questa direzione, il tentativo di configurare una funzione deterrente-afflittiva della responsabilità civile, caratterizzata da profili di commistione con l'esperienza pubblicistica, non può prescindere da uno sguardo a quella che taluno non ha esitato a definire «una sconosciuta fuga in avanti verso i tanto temuti *punitive damages* dell'esperienza nordamericana, che l'Europa si sforza di tenere fuori dai propri confini»⁷.

⁴ Sul ruolo assolto dalla sanzione nelle ipotesi di non conformità dell'azione effettivamente accaduta rispetto a quella voluta dall'ordinamento attraverso le sue norme, N. BOBBIO, *Sanzione*, in *Noviss. dig. it.*, XVI, 1969, 530-531.

⁵ Secondo Cass., ord. 19 maggio 2016, n. 9978, in *Foro it.*, VI, 2016, 1979, «è il segno della dinamicità o polifunzionalità del sistema della responsabilità civile, nella prospettiva della globalizzazione degli ordinamenti giuridici in senso transnazionale, che invoca la circolazione delle regole giuridiche, non la loro frammentazione tra i diversi ordinamenti nazionali». Parlare di "globalizzazione" degli ordinamenti giuridici è, tuttavia, un paradosso. Il vincolo di una fonte normativa è determinato dal rispetto delle procedure che presiedono alla sua formazione, le quali ultime definiscono le regole di validità. Tuttavia, si deve annoverare una tendenza a discorrere di "globalizzazione" come fenomeno che raccoglie le interazioni tra le varie esperienze giuridiche e, dunque, come reciproca influenza nella determinazione dei criteri di risoluzione dei conflitti.

⁶ Sanzioni volte, dunque, a stigmatizzare la condotta del colpevole e a soddisfare moralmente il danneggiato. In tal senso, A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Giuffrè, Milano, 1991, 111.

⁷ F. D. BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 910. Secondo questa dottrina, la prospettazione di una funzione deterrente della responsabilità civile rischia di alimentare il timore derivante da un potenziale ancoraggio della materia a parametri penalistici. V. anche F. BRICOLA, *La*

Prima che le Sezioni Unite si pronunciasse in merito alla compatibilità delle decisioni che prevedono danni punitivi con i principi fondamentali del nostro ordinamento giuridico⁸, la clausola generale dell'ordine pubblico "nazionale" ha, per lungo tempo, rappresentato una sorta di sbarramento⁹ alla circolazione di valori giuridici propri degli ordinamenti di *common law*, in una prospettiva protezionistica¹⁰ collidente non soltanto con l'intervenuta costituzionalizzazione dei rapporti privatistici¹¹, ma anche con la disciplina di molteplici istituti del diritto nazionale, cui non pare estranea un'anima, per così dire, "afflittiva"¹².

riscoperta delle "pene private" nell'ottica del penalista, in *Le pene private* (a cura di) Busnelli e Scalfi, *op. cit.*, 28, il quale sottolinea come il termine "deterrenza" sia, invero, più congeniale alla sanzione penale.

⁸ Cass. Sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Foro it.*, IX, 2017, 2613.

⁹ In Cass., ord. 19 maggio 2016, n. 9978, cit., 1977, si legge che «la progressiva riduzione della portata del principio di ordine pubblico, tradizionalmente inteso come clausola di sbarramento alla circolazione dei valori giuridici - cui tende, invece, il sistema del diritto internazionale privato - è coerente con la storicità della nozione e trova un limite soltanto nella potenziale aggressione del prodotto giuridico straniero ai valori essenziali dell'ordinamento interno, da valutarsi in armonia con quelli della comunità internazionale».

¹⁰ Per una riflessione sulla natura prevedibilmente transitoria degli argomenti che hanno consentito alla gran parte degli ordinamenti giuridici europei di preservare una sorta di "immunità", essenzialmente riconducibili alla non agevole conciliabilità tra ordine pubblico internazionale e danni punitivi, G. PONZANELLI, *Sezioni unite e danni punitivi*, in *Contr. impr.*, IV, 2017, 1122.

¹¹ Si rimanda a P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, ESI, Napoli, 2006, 535 ss.

¹² L'istituto cui si fa, a tal fine, tradizionalmente riferimento è rappresentato dalla clausola penale. In argomento, si veda M. DE LUCA, *La clausola penale*, Giuffrè, Milano, 1998; G. DE NOVA, *Clausola penale*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, II, 1988, 377 ss.; F. GERBO, *Clausola penale e danno*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1983, 207 ss.; A. MAGAZZÙ, *Clausola penale*, in *Enc. dir.*, VII, 1960, 186 ss.; A. MARINI, *La clausola penale*, Jovene, Napoli, 1984; S. MAZZARESE, *Le obbligazioni penali*, Cedam, Padova, 1990; M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, Giuffrè, Milano, 1954; A. ZOPPINI, *op. cit.* Per considerazioni non dissimili in

È quanto mai opportuno, al fine di comprendere, da una parte, le ragioni dell'ostilità dei Paesi di *civil law* nei riguardi del “risarcimento punitivo”¹³, dall'altra, quelle che invece suggeriscono un ripensamento della sanzione civile e della sua valenza riparatorio-ripristinatoria, condurre qualche precisazione terminologica in relazione alla locuzione “*punitive damages*”.

Occorre, in primo luogo, intendersi sul significato da ascrivere al termine “*damage*”, impropriamente identificato con il pregiudizio sofferto dalla vittima, ma più esattamente riferibile alla prestazione pecuniaria imposta all'autore dell'illecito¹⁴. L'equivoco interpretativo sarebbe, invero,

materia di caparra confirmatoria, G. BAVETTA, *La caparra*, Giuffrè, Milano, 1963; M. BELLANTE, *La caparra*, Giuffrè, Milano, 2008; G. DE NOVA, *Caparra*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., II, 1988, 240 ss.; A. MARINI, *Caparra (dir. civ.)*, in *Enc. giur.* Treccani, V, 1988, 1 ss.; M. TRIMARCHI, *Caparra (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, VI, 1960, 191 ss.

¹³ Si è osservato, in proposito, come la chiusura alla riconoscibilità di decisioni comminatorie di danni punitivi non accomuni, in egual misura, tutti i Paesi di *civil law*. Sulla necessità di operare una distinzione tra ordinamenti nei quali si riscontra un'ostilità tendenzialmente assoluta (come quello scandinavo e ungherese) e ordinamenti che, per converso, non possono dirsi completamente riluttanti (come quello spagnolo e tedesco), F. FERRARI, *Il riconoscimento delle sentenze straniere sui danni punitivi. Brevi cenni comparatistici all'indomani della pronuncia italiana del 5 luglio 2017*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2018, 276. Nella stessa prospettiva, v. anche M. REQUEJO ISIDRO, *Punitive Damages From a Private International Law Perspective*, in *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives* (a cura di) Koziol e Wilcox, Springer Wien New York, 2009, 247. Per quanto concerne i rapporti tra l'ordinamento tedesco e l'ordine pubblico, S. BARONE, *Punitive damages: multiplo risarcimento sanzionatorio-deterrente o iper-ristoro solo cautelativo?*, in *Giur. it.*, VI, 2017, 1362.

¹⁴ Così P. PETRELLI, *Verso i «danni punitivi»?*, in *Contr. impr.*, IV, 2017, 1187-1188, la quale evidenzia come la traduzione corretta dell'espressione “*punitive damages*” non possa essere, letteralmente, “danni punitivi”, bensì “risarcimento”. Premesso infatti che, nei sistemi di *common law*, il “*damage*” si sostanzia in una somma di denaro imposta dalla legge a fronte dell'inadempimento di un obbligo ovvero della violazione di un diritto (“*the sum of money the law imposes for a breach of some duty or violation of some right*”), appaiono più facilmente comprensibili le ragioni che inducono a escluderne, anche negli ordinamenti di *civil law*, l'assimilazione al danno subito dalla vittima

quello di ritenere che le cospicue somme comminate a titolo di danni punitivi debbano ricondursi nell'alveo della responsabilità civile per danno. Scopo di tali prestazioni non può essere, invero, quello tipicamente risarcitorio, di reintegrare il patrimonio e ristabilire lo *status quo ante*, bensì quello di colpire la condotta posta in essere perché socialmente riprovevole.

La liquidazione dei danni punitivi presuppone, infatti, l'aver tenuto un contegno doloso o gravemente colposo che la collettività considera carico di un disvalore tale da giustificare il pagamento di considerevoli somme di denaro in favore della parte lesa, somme svincolate dall'entità del pregiudizio concretamente occorso e munite di una duplice finalità: la prima che, mutuando la terminologia penalistica, è possibile definire di "prevenzione speciale", la quale si sostanzia nella mera afflizione del trasgressore della regola di condotta *osservanda* al fine di impedire la reiterazione della violazione; la seconda, di monito per la collettività o di "prevenzione generale", intesa quale misura idonea a influenzare e conformare i futuri comportamenti dei consociati.

Tanto premesso e prima di soffermarsi sulle argomentazioni svolte dalla Corte Suprema, giova sottolineare la dimensione contingente delle motivazioni poste a fondamento del presunto contrasto delle pronunce di condanna al pagamento dei danni punitivi con i principi che informano la materia della responsabilità civile.

Non può, in proposito, non rilevarsi come l'enunciazione del principio di uguaglianza da parte dell'art. 3 cost. ostacoli l'acquisizione di una posizione di primazia nei rapporti tra privati¹⁵. Tale assunto avrebbe quale

dell'illecito. Per una compiuta analisi della tematica, cfr. anche G. PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1983, 435 ss.; M. LA TORRE, *Un punto fermo sul problema dei "danni punitivi"*, in *Danno resp.*, IV, 2017, 421 ss.

¹⁵ Cfr. A. ZOPPINI, *op. cit.*, 173 ss.; C. M. BIANCA, *op. cit.*, 4-5, ove ci si interroga sull'ammissibilità di autorità private nell'ambito di un sistema ispirato a canoni di eguaglianza, in particolare quando si ritenga detta eguaglianza strumentale alla realizzazione di una condizione paritaria dei soggetti dell'autonomia privata, la quale



corollario non soltanto l'impossibilità di farsi giustizia da sé, ma anche il divieto di realizzare un arricchimento ingiustificato, dal quale si è soliti far discendere la funzione squisitamente compensativa della sanzione civile.

Il fine del "risarcimento punitivo" non sarebbe quello di restaurare l'interesse leso mediante la traslazione del pregiudizio da chi ha subito il danno a chi lo ha cagionato, secondo il criterio della redistribuzione, bensì quello di ripristinare l'equilibrio sociale violato attraverso una punizione del trasgressore che sia, al contempo, idonea a placare il sentimento di rivalsa del danneggiato¹⁶.

La circostanza che la prova della sussistenza e dell'entità del danno eventualmente derivante dalla violazione della norma comportamentale sia irrilevante al fine di comminare i *punitive damages*¹⁷ non deve indurre

ultima ostacola - per definizione - l'assoggettamento all'altrui potere autoritario; A. TRABUCCHI, *Recensione a C. M. Bianca*, in *Riv. dir. priv.*, I, 1977, 572.

¹⁶ In questi termini, A. ZOPPINI, *ivi*, 107. L'autore richiama, in proposito, le tesi formulate da W. CESARINI SFORZA, *Risarcimento e sanzione*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Cedam, Padova, 1940.

¹⁷ Può essere interessante osservare come la sentenza *BMW v. Gore* abbia determinato, nell'ambito del sistema giuridico nordamericano, una parziale inversione di tendenza, volta a ridimensionare l'ammontare delle somme liquidate a titolo di *punitive damages* e a ristabilire una certa simmetria tra questi ultimi e i danni compensativi. Per una puntuale riflessione sul tema, S. BARONE, *Punitive damages: multiplo risarcimento sanzionatorio-deterrente o iper-ristoro solo cautelativo?*, *op. cit.*, 1362, ove si legge che «già in *BMW v. Gore*, la Corte Suprema aveva sancito l'incostituzionalità di *punitive damages* che risultassero "grossly excessive", ossia non "reasonably necessary to vindicate the State's legitimate interests in punishment and deterrence". Nel caso di specie, la giuria aveva condannato la *BMW* al pagamento di 4.000 dollari per il ristoro del danno subito dal Sig. Gore, il quale aveva scoperto (solo successivamente all'acquisto) che la sua automobile era stata venduta come nuova, pur essendo già usata. In aggiunta, il verdetto prevedeva il pagamento dell'ulteriore somma di 4 milioni di dollari in considerazione della condotta di "gross, oppressive or malicious fraud" imputabile alla casa automobilistica, incline ad adottare questa politica di *no-disclosure* nei confronti dei clienti. In *State Farm v. Campbell*, sulla scorta delle *guidelines* emerse nel caso *Gore*, si ribadiva la necessità di assicurare una certa proporzionalità tra danni punitivi e

a concludere nel senso di un'incompatibilità dell'istituto con i principi che governano la nostra responsabilità civile. Si tratta, tutt'al più, di operare un distinguo tra quelle prestazioni il cui esatto ammontare non può prescindere dalla prova e dalla misura del danno sofferto - le quali, essendo strumentali alla riparazione dello stesso, hanno contenuto risarcitorio e sono vincolate all'osservanza delle relative regole - e quelle prestazioni che presuppongono esclusivamente un comportamento disapprovato dalla società, indipendentemente dal danno che ne sia derivato, di modo che la loro natura punitiva non ne consente l'assoggettamento alle norme del codice civile in materia di risarcimento.

Nonostante la doverosità di tali precisazioni terminologiche, il principio di diritto enunciato dalla Corte di Cassazione sembra ampliare ulteriormente i confini della materia, avendo le Sezioni Unite sostenuto che «sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria del responsabile civile»¹⁸.

Le considerazioni che supportano la tesi della delibabilità delle sentenze straniere aventi per oggetto danni punitivi muovono (da) e seguono, quindi, un più rigoroso percorso logico del quale occorre, a questo punto, dare conto.

compensativi, considerando questi ultimi di regola sufficienti a reintegrare la lesione subita, salva la particolare spregevolezza della condotta del danneggiante». Sul problema dei danni *grossly excessive*, v. anche G. ALPA, *Le funzioni della responsabilità civile e i danni "punitivi": un dibattito sulle recenti sentenze della Suprema Corte di Cassazione*, in *Contr. impr.*, IV, 2017, 1104; F. BENATTI, *Note sui danni punitivi in Italia: problemi e prospettive*, *ivi*, 1129 ss.; G. PONZANELLI, *Sezioni unite e danni punitivi*, *cit.*, 1124 ss.; ID., *Le Sezioni Unite sui danni punitivi tra diritto internazionale privato e diritto interno*, in *Nuova giur. civ. comm.*, X, 2017, 1413-1415.

¹⁸ Cass. Sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, *cit.*, 2626.

2. Il dibattito sulla delibazione delle sentenze straniere che liquidano i danni punitivi e i problemi di compatibilità dell'istituto con i principi fondamentali dell'ordinamento interno

I giudici italiani hanno tradizionalmente fatto leva sulla clausola generale dell'ordine pubblico per inferire l'incompatibilità dei danni punitivi con l'ordinamento giuridico nazionale.

Già nel 2007¹⁹ la Cassazione aveva rifiutato la delibazione di una sentenza della Corte distrettuale della Contea di Jefferson, confermando l'orientamento assunto dalla Corte d'Appello di Venezia, la quale aveva affermato che la domanda di parte ricorrente dovesse essere rigettata in quanto un eventuale accoglimento avrebbe determinato effetti contrastanti con l'ordine pubblico italiano. L'attore aveva successivamente dedotto la non contrarietà della pronuncia della Corte statunitense al predetto principio, sostenendo la non estraneità al nostro ordinamento di istituti parimenti dotati di una finalità sanzionatoria, come la clausola penale e il risarcimento del danno non patrimoniale.

Malgrado tale riferimento, la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto di non poter ascrivere una funzione afflittiva alla clausola penale, considerata un mero strumento negoziale di rafforzamento del vincolo contrattuale e, al contempo, una forma di liquidazione anticipata e forfettaria del danno.

Quanto al risarcimento del danno morale, la Cassazione ne ha individuato l'antecedente fattuale e giuridico nel verificarsi di una lesione, escludendo, per converso, la rilevanza di detto requisito ai fini della liquidazione dei *punitive damages*.

¹⁹ Cass., 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Foro it.*, I, 2007, 1460, con nota di Ponzanelli; in *Corr. giur.*, I, 2007, 497, con nota di Fava; in *Giur. it.*, III, 2007, 2724, con nota di Tomarchio; in *Danno resp.*, II, 2007, 1125, con nota di Pardolesi.

La *ratio* sanzionatoria che contraddistingue questi ultimi avrebbe dovuto desumersi, con maggiore chiarezza, dall'assenza di correlazione tra risarcimento e danno, di guisa che si è addivenuti, in quella sede, alla conclusione per la quale «nel vigente ordinamento l'idea della punizione e della sanzione è estranea al risarcimento del danno, così come è indifferente la condotta del danneggiante. Alla responsabilità civile è assegnato il compito precipuo di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, mediante il pagamento di una somma di denaro che tenda ad eliminare le conseguenze del danno arrecato. E ciò vale per qualsiasi danno, compreso il danno non patrimoniale o morale, per il cui risarcimento, proprio perché non possono ad esso riconoscersi finalità punitive, non solo sono irrilevanti lo stato di bisogno del danneggiato e la capacità patrimoniale dell'obbligato, ma occorre altresì la prova dell'esistenza della sofferenza determinata dall'illecito, mediante l'allegazione di concrete circostanze di fatto da cui presumerlo, restando escluso che tale prova possa considerarsi “*in re ipsa*”»²⁰.

In un caso analogo affrontato a distanza di pochi anni²¹, l'*exequatur* di una sentenza pronunciata dalla Corte di Cambridge nel Massachusetts veniva riconosciuto a un lavoratore statunitense dalla Corte d'Appello di Torino. Ragioni di coerenza del sistema e di “tutela delle aspettative” hanno spinto, questa volta, i giudici a cassare con rinvio la pronuncia oggetto di gravame in quanto se è vero che un presunto difetto di motivazione della sentenza straniera non si traduce automaticamente in una violazione dell'ordine pubblico²², è altresì vero che la Corte investita

²⁰ Cass., 19 gennaio 2007, n. 1183, cit., 1465.

²¹ Cass., 8 febbraio 2012, n. 1781, in *Foro it.*, V, 2012, 1449; in *Giur. it.*, I, 2013, 126; in *Danno resp.*, VI, 2012, 609; in *Riv. dir. int. priv. proc.*, I, 2013, 134.

²² L'art. 64 della legge 31 maggio 1995, n. 218 - in materia di riconoscimento di sentenze straniere - prevede che l'Italia possa darvi luogo, indipendentemente dal ricorso a uno specifico procedimento, quando il giudice della pronuncia poteva conoscere della causa secondo i principi sulla competenza giurisdizionale propri dell'ordinamento italiano; non vi sia stata violazione dei diritti essenziali della difesa, specie con riguardo all'atto

della delibazione deve poter valutare le conseguenze di un'ipotetica esecutività anche in termini di compatibilità con il suddetto principio.

Per compiere una simile operazione, è necessario che siano agevolmente identificabili i criteri adoperati dal giudice straniero in sede di liquidazione del danno e, nello specifico, che siano rese intelleggibili le singole voci di cui lo stesso si compone onde verificarne il carattere punitivo, apparentemente estraneo alla responsabilità civile così come delineata dalle norme di diritto interno²³.

Se, per un verso, il ricorso alle clausole generali consente agli operatori del diritto una flessibilità argomentativa idonea ad adeguare la norma al fatto, per altro, i rischi insiti in questo approccio interpretativo in termini di certezza e di stabilità sono molteplici. Nel caso dell'ordine pubblico, la declinazione in chiave strettamente statutale si è rivelata, a un certo punto, anacronistica e non più rispondente alle esigenze della giurisprudenza, suggerendo una rimediazione dell'orientamento cristallizzato nelle enunciate sentenze in una prospettiva sovranazionale. Come

introduttivo del giudizio che deve essere stato portato a conoscenza del convenuto secondo le modalità previste dalla legge del luogo dove si è svolto il processo; la costituzione in giudizio delle parti sia avvenuta nel rispetto di quella stessa legge (come anche l'eventuale dichiarazione di contumacia); la sentenza del cui riconoscimento si discute sia passata in giudicato secondo la legge del luogo in cui è stata pronunciata e, al contempo, non sia contraria ad altra sentenza di un giudice italiano (a sua volta passata in giudicato); non risulti pendente un processo davanti a un giudice italiano per il medesimo oggetto e fra le stesse parti, che abbia avuto inizio prima del processo straniero; le statuizioni del giudice straniero non producano effetti contrari all'ordine pubblico.

²³ Prima della sentenza n. 16601 del 2017, si riteneva che il fulcro del nostro modello risarcitorio fosse rappresentato dallo stato in cui venisse a trovarsi la sfera patrimoniale del danneggiato successivamente alla lesione e che, per questa ragione, la quantificazione economica del danno patito dovesse tendere alla eliminazione del pregiudizio, non potendosi contemplare spostamenti patrimoniali non sorretti da adeguata giustificazione causale.

autorevolmente sostenuto²⁴, le clausole generali non hanno, infatti, una valenza assiologica autonoma e compiuta, dovendo combinarsi non solo con i valori appartenenti alla realtà sociale, ma anche con i principi gerarchicamente sovraordinati di fonte costituzionale e internazionale.

Si è, dunque, passati - come si avrà modo di appurare nello studio del più recente indirizzo giurisprudenziale in tema di danni punitivi - da una nozione di ordine pubblico inteso quale limite alla circolazione di valori e principi ultranei rispetto a quelli caratterizzanti l'ordinamento interno e la sua struttura etico-sociale in un preciso momento storico, a un'accezione lata dello stesso, già tratteggiata nell'ordinanza con la quale sono stati rimessi gli atti al primo Presidente perché valutasse la necessità di un'assegnazione alle Sezioni Unite.

In questa nuova prospettiva, il richiamo all'ordine pubblico internazionale consente di superare l'atteggiamento preclusivo nei confronti di istituti e valori propri di altre esperienze giuridiche, garantendo una tutela più efficace di taluni diritti fondamentali. Ciò non implica che il riconoscimento di una sentenza debba essere subordinato a una praticabile sovrapposizione tra norme straniere e norme nazionali, alla stregua di un parallelismo che priverebbe ciascun ordinamento delle peculiarità sue proprie. È, infatti, tale diversità a giustificare l'esistenza delle norme del diritto internazionale privato, le quali non avrebbero ragion d'essere là dove si cercasse un livellamento tra istituti appartenenti a sistemi affatto diversi.

Dalla combinazione tra valori primari dell'ordinamento e valori della comunità internazionale - cui, per altro, fa riferimento la stessa Costituzione²⁵ - è, tuttavia, possibile desumere i nuovi limiti cui soggiace

²⁴ Cfr. P. PERLINGIERI, *op. cit.*, 224. Sull'opportunità di un'armonizzazione delle clausole generali con il sistema nel quale si inseriscono e, segnatamente, con i principi gerarchici superiori, si veda anche ID., *L'informazione e il contratto*, in *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, ESI, Napoli, 2003, 375.

²⁵ Il richiamo è agli artt. 10 e 117 cost., i quali impongono - com'è noto - all'ordinamento giuridico italiano di conformarsi alle norme del diritto internazionale generalmente

l'ingresso del prodotto giuridico straniero, di guisa che occorre verificare se la finalità meramente riparatoria del risarcimento rappresenti un valore primario tale da concretarsi in un vincolo per il legislatore e per il giudice della delibazione.

3. *Il decisum delle Sezioni Unite*

Le riflessioni sull'atteso intervento delle Sezioni Unite necessitano di qualche intendimento preliminare. La pronuncia della Corte non riguarda direttamente la configurabilità, nel nostro ordinamento, dell'istituto dei danni punitivi, come invece sostenuto all'indomani del deposito della sentenza²⁶. Il principio enunciato risulta più conferente con un altro *thema decidendum*, qual è quello della natura polifunzionale della responsabilità civile e della compatibilità con l'ordine pubblico di un provvedimento straniero, il cui oggetto sia rappresentato da una transazione concernente anche, e non esclusivamente, i cosiddetti "danni esemplari"²⁷.

L'equivoco di fondo che ha accompagnato taluno nella lettura della sentenza non poteva che evidenziare una certa ambiguità del ragionamento condotto dopo la rimessione.

riconosciute e, in particolare, allo Stato e alle Regioni di rispettare la Costituzione, nonché i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali nell'esercizio del potere legislativo.

²⁶ Il Sole 24 ore del 6 luglio 2017 titolava: "La Cassazione apre ai risarcimenti all'americana". Si veda, in proposito, G. PONZANELLI, *Polifunzionalità tra diritto internazionale privato e diritto privato*, in *Danno resp.*, IV, 2017, 435-436.

²⁷ Sebbene la riferita enunciazione possa sembrare frutto di una forzatura argomentativa in considerazione del fatto che la pronuncia non riguardi direttamente il danno punitivo, bensì un accordo transattivo per addivenire al quale le parti si sono fatte reciproche concessioni, l'intervento nomofilattico delle Sezioni Unite è riconducibile al tenore dell'art. 363 c.p.c., il cui comma 3 è stato interpretato nel senso di consentire alla Corte di esprimersi in questa direzione anche quando il ricorso debba essere nel suo complesso rigettato, purché la questione decisa rivesta una particolare importanza. Sul punto, M. FRANZONI, *Danno punitivo e ordine pubblico*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2018, 283-285.

Prima di mettere a fuoco tali aporie concettuali, appare doveroso ricordare che l'antecedente storico su cui si è innestato l'intervento di legittimità aveva visto la società rivenditrice, la NOSA Inc., ottenere la dichiarazione di efficacia ed esecutività di tre pronunce statunitensi passate in giudicato.

La sentenza del 23 settembre 2008 della Circuit Court of the 17th Judicial Circuit for Broward County con cui la AXO Sport S.p.a. veniva condannata al pagamento di 1.436.136,87 dollari, unitamente alla sentenza del 14 gennaio 2009 con cui tale produttore italiano era, dallo stesso giudice, condannato alla rifusione dei costi e delle spese legali per un valore di 106.500,00 dollari e alla sentenza di appello del 13 ottobre 2010 che aveva liquidato l'ulteriore somma di dollari USA 9.000,00 per questa ulteriore fase del giudizio, avevano «accolto la domanda di garanzia promossa da NOSA, in relazione ad un indennizzo di un milione di euro transattivamente corrisposto ad un motociclista che aveva subito danni alla persona in un incidente avvenuto in una gara di motocross, per un asserito vizio del casco prodotto da AXO, distribuito da Helmet House e rivenduto da NOSA»²⁸.

La Corte d'Appello di Venezia si era espressa in senso favorevole, non avendo ravvisato nelle citate decisioni ragioni ostative alla delibazione ai sensi della legge 31 maggio 1995, n. 218, il cui art. 64 prevede, al punto g), quale condizione atta a ostacolare il riconoscimento di una sentenza, l'attitudine delle relative disposizioni a porsi in contrasto con l'ordine pubblico²⁹. Sulla scorta di queste affermazioni, la AXO proponeva ricorso per Cassazione, adducendo che le pronunce impugnate non dovessero produrre effetti nei confronti del debitore in solido in forza dell'art. 1304 c.c. e che la responsabilità della produttrice non potesse fondarsi su un giudizio meramente probabilistico di soccombenza (*“potential liability test”*), come tale incapace di dimostrare il contributo causale della

²⁸ Cass. Sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, cit., 2614.

²⁹ V. *retro* nota 22.

condotta alla verifica dell'evento dannoso, indi concludere nel senso dell'incompatibilità di una condanna sovracompensativa con i principi che governano la responsabilità civile³⁰.

La decisione delle Sezioni Unite ha il pregio di segnare un'apertura dell'ordinamento nazionale nei confronti di sentenze che, pur contemplando una liquidazione punitiva accanto alle somme previste a titolo di riparazione, non siano in disaccordo con quella trama assiologica che si è soliti sintetizzare nella locuzione "ordine pubblico".

L'interrogativo al quale la Corte ha tentato di fornire risposta è se la funzione compensativa della responsabilità civile rappresenti, per l'appunto, un principio inderogabile dell'ordinamento, in grado di fraporsi all'applicazione della norma straniera.

Nel caso di specie, le Sezioni Unite hanno ritenuto che non fosse stato disatteso un principio di ordine pubblico né processuale né sostanziale. In particolare, è stato sostenuto che non tutte le inosservanze di disposizioni processuali straniere concorrono a integrare una violazione del diritto di difesa, ma soltanto quelle atte a riverberarsi sull'intero andamento del processo, ponendosi in contrasto con il diritto di agire e resistere in giudizio. Il richiamo agli orientamenti comunitari ha consentito, in aggiunta, ai giudici di legittimità di ritenere il diritto di difesa passibile di compressione nel caso di sentenza irrogata nei confronti di chi, come il ricorrente, abbia avuto la possibilità di prendere parte al processo almeno nella fase anteriore a quella conclusasi con l'emissione del provvedimento³¹.

³⁰ Per la dettagliata ricostruzione della vicenda che ha dato corso alla pronuncia di legittimità, si rimanda a S. BARONE, *op. cit.*, 1359 ss.

³¹ Si vedano le argomentazioni svolte in Cass., 3 settembre 2015, n. 17519, in *Mass. Foro it.*, 2015, 554, ove si legge che «in tema di riconoscimento di sentenze straniere, il giudice deve verificare se siano stati soddisfatti i principi fondamentali dell'ordinamento, anche relativi al procedimento formativo della decisione, con la precisazione che non è ravvisabile una violazione del diritto di difesa in ogni inosservanza di una disposizione della legge processuale straniera a tutela della partecipazione della parte al giudizio, ma

Si è già detto che la delibazione non può essere subordinata alla corrispondenza tra norme appartenenti a ordinamenti diversi, essendo la risoluzione di eventuali punti di contrasto demandata alle regole del diritto internazionale privato. Vale, inoltre, sottolineare la portata intrinsecamente limitata della riferita pronuncia, i cui effetti rimangono circoscritti al rapporto giuridico sottoposto alla cognizione del giudice dell'*exequatur*.

Per tali ragioni, appare evidente come il contenuto di una simile clausola generale debba essere ricercato in luogo diverso dalla legislazione vigente in un tempo e in un contesto determinati. L'avvento della Costituzione ha contribuito a consolidare la partecipazione dell'Italia alla comunità internazionale e, conseguentemente, a rendere impraticabili soluzioni troppo rigide che si sostanzino in un collegamento con le leggi dei singoli ordinamenti nazionali, specialmente ove si consideri la molteplicità delle forme attuative di un principio³², così come la possibilità che quest'ultimo rimanga confinato nell'ordinamento sovranazionale senza tradursi in una puntuale norma interna³³.

soltanto quando essa, per la sua rilevante incidenza, abbia determinato una lesione del diritto di difesa rispetto all'intero processo, ponendosi in contrasto con l'ordine pubblico processuale riferibile ai principi inviolabili a garanzia del diritto di agire e resistere in giudizio, e non ove investa le sole modalità con cui tali diritti sono regolamentati o si esplicano nelle singole fattispecie. Invero, secondo quanto si evince dalla giurisprudenza comunitaria (corte di giustizia 2 aprile 2009, causa C-394/2007), il diritto di difesa può subire una moderata limitazione nel caso in cui il provvedimento sia stato emesso nei confronti di un soggetto che abbia avuto comunque la possibilità di partecipare attivamente al processo, quantomeno nella fase precedente a quella conclusasi con l'emissione del provvedimento».

³² In maniera pressoché testuale, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 225.

³³ Il giudice chiamato a indagare il profilo della conciliabilità con l'ordine pubblico sarà, dunque, tenuto a negare la sussistenza di un contrasto là dove ravvisi un'incompatibilità essenzialmente temporanea della norma straniera con la legislazione nazionale vigente, sempre che detta incompatibilità possa spiegarsi in ragione dello specifico momento

Sembra, dunque, ormai superata la distinzione ordine pubblico interno-ordine pubblico internazionale, quale canone cui improntare il riconoscimento di sentenze riguardanti, rispettivamente, il cittadino italiano e il cittadino straniero, in favore di una concezione onnicomprensiva che si propone di identificarlo quale «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, innanzitutto, dai sistemi di tutela approntati a livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria»³⁴.

Il quadro di riferimento con il quale la pronuncia deve porsi in sintonia è ben altra cosa dall'insieme delle norme imperative o inderogabili, come si evince dal ruolo al quale è chiamato il singolo giudice: valutare l'impatto che una decisione straniera, efficace ed esecutiva, può avere sui valori essenziali dell'ordinamento, senza addentrarsi nel merito delle scelte *aliunde* operate.

Tale ultima constatazione sembra coerente con i criteri indicati dalla stessa Corte al fine di indirizzare i giudici investiti della delibazione. Il riconoscimento di una sentenza straniera che preveda un risarcimento punitivo, ritenuto non «ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano», deve fondarsi su «basi normative che garantiscono la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità della stessa ed i limiti quantitativi»³⁵. Il sindacato del giudice riguarda, in sostanza, il rispetto, nell'ordinamento di provenienza, del principio di legalità e si atteggia, pertanto, a mero controllo di legittimità.

storico al quale è riferibile una certa produzione normativa. In tal senso, A. LAMORGESE, *Luci e ombre della sentenza delle Sezioni unite sui danni punitivi*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2018, 320.

³⁴ Cass., ord. 19 maggio 2016, n. 9978, cit., 1973, la quale rinvia, a supporto della posizione espressa, a Cass. nn. 1302 e 19405 del 2013, n. 27592 del 2006, n. 22332 del 2004, n. 17349 del 2002, n. 2788 del 1995.

³⁵ Cass. Sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, cit., 2626.

Si nutre, invece, qualche perplessità in ordine alla riconducibilità dei danni punitivi alle consolidate categorie della responsabilità civile. Se si assume che il risarcimento del danno non patrimoniale possa avere una valenza sanzionatoria quando si tratta di determinare il cosiddetto “prezzo del dolore”, è tuttavia d’obbligo rimarcare la differenza che intercorre tra il danno derivante da fatto illecito e il danno punitivo. Le ipotesi sussumibili nell’ambito dell’art. 2043 c.c., oltre a essere, per espressa previsione normativa, atipiche (“qualunque fatto doloso o colposo”), presuppongono l’esistenza e la prova di un danno, per quanto difficile e incerta quest’ultima possa rivelarsi. Diversamente, il danno punitivo postula una forte tipicità e la sentenza che lo prevede diviene delibabile soltanto in quanto la prestazione sia frutto dell’intermediazione legislativa, in armonia con quanto stabilito dagli artt. 23 e 25 cost.

Tali osservazioni consentono di giustificare l’atipicità dell’illecito aquiliano alla luce dello scopo cui mira il correlato risarcimento, qual è la tutela della vittima mediante la reintegrazione e la riparazione; per ciò che attiene ai *punitive damages*, la tipicità delle ipotesi di condanna si armonizza, all’opposto, con la finalità afflittiva del danneggiante³⁶.

Non può, infine, sottacersi la tendenza inaugurata in tempi non lontani, che ha registrato un graduale avvicinamento tra civiltà ed

³⁶ Sulla necessità di non interpretare la scelta di riconoscere alla responsabilità civile la funzione deterrente usualmente attribuita al danno punitivo nel senso di una perfetta sovrapposibilità di quest’ultimo al danno derivante da fatto illecito, M. FRANZONI, *op. cit.*, 292. Tale distinzione è stata, altresì, evidenziata da G. SCARCHILLO, *La natura polifunzionale della responsabilità civile: dai punitive damages ai risarcimenti punitivi. Origini, evoluzioni giurisprudenziali e prospettive di diritto comparato*, in *Contr. impr.*, I, 2018, 307, con particolare attenzione al danno non patrimoniale scaturente da reato. Si è osservato come, anche in questo caso, il compito di riequilibrare il patrimonio del danneggiato e quello del responsabile dell’illecito, proprio della responsabilità civile, non consenta al risarcimento di tramutarsi in una “pena” aggiuntiva. L’interpretazione secondo la quale il sistema della responsabilità civile risulta ancorato al danno piuttosto che alla condotta antigiusuridica varrebbe, infatti, a privare il risarcimento di qualsivoglia connotazione sanzionatoria.

esperienze giuridiche eterogenee. La legislazione ordinaria ha, infatti, introdotto disposizioni che consentono di affiancare alla principale funzione compensativa della responsabilità civile una funzione deterrente-punitiva³⁷; dal canto loro, i Paesi di *common law* si sono sforzati, a seguito

³⁷ Nell'ordinanza di rimessione si legge di una «già avvenuta introduzione, nel nostro ordinamento, di rimedi risarcitori con funzione non riparatoria, ma sostanzialmente sanzionatoria. Si possono segnalare, a titolo solo esemplificativo, i seguenti: - la L. 8 febbraio 1948, n. 47, art. 12, che, in materia di diffamazione a mezzo stampa, prevede il pagamento di una somma “in relazione alla gravità dell’offesa ed alla diffusione dello stampato”; - l’art. 96 c.p.c., comma 3 (aggiunto dalla L. 18 giugno 2009, n. 69, art. 45), che prevede la condanna della parte soccombente al pagamento di una “somma equitativamente determinata”, in funzione sanzionatoria dell’abuso del processo (nel processo amministrativo vd. il D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, art. 26, comma 2); - l’art. 709 *ter* c.p.c. (inserito dalla L. 8 febbraio 2006, n. 54, art. 2), in base al quale, nelle controversie tra i genitori circa l’esercizio della responsabilità genitoriale o le modalità di affidamento della prole, il giudice ha il potere di emettere pronunce di condanna al risarcimento dei danni, la cui natura assume sembianze punitive; - la L. 22 aprile 1941, n. 633, art. 158 e, soprattutto, D.Lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, art. 125 (proprietà industriale), che riconoscono al danneggiato un risarcimento corrispondente ai profitti realizzati dall’autore del fatto, connotato da una funzione preventiva e deterrente, laddove l’agente abbia lucrato un profitto di maggiore entità rispetto alla perdita subita dal danneggiato, sebbene il cons. 26 della direttiva CE (cd. Enforcement) 29 aprile 2004, n. 48 (sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale), attuata dal D.Lgs. 16 marzo 2006, n. 140 (v. art. 158), abbia precisato che “il fine non è quello di introdurre un obbligo di prevedere un risarcimento punitivo” (Cass. n. 8730 del 2011 ne ammette la “funzione parzialmente sanzionatoria, in quanto diretta anche ad impedire che l’autore dell’illecito possa farne propri i vantaggi”); - il D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 187 *undecies*, comma 2, (in tema di intermediazione finanziaria), che prevede, nei procedimenti penali per i reati di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato, che la Consob possa costituirsi parte civile e “richiedere, a titolo di riparazione dei danni cagionati dal reato all’integrità del mercato, una somma determinata dal giudice, anche in via equitativa, tenendo comunque conto dell’offensività del fatto, delle qualità del colpevole e dell’entità del prodotto o del profitto conseguito dal reato”; - il D.Lgs. 15 gennaio 2016, n. 7 (artt. 3-5), che ha abrogato varie fattispecie di reato previste a tutela della fede pubblica, dell’onore e del patrimonio e, se i fatti sono dolosi, ha affiancato al risarcimento del danno, irrogato in favore della parte lesa, lo strumento afflittivo di

della sentenza *Gore v. BMW*³⁸, di leggere in una prospettiva costituzionalmente orientata la figura dei danni esemplari, negando legittimità a quelli ritenuti “*grossly excessive*”.

Sebbene questo recente fenomeno sia in grado di spiegare la scelta compiuta dalle Sezioni Unite, sembra, tuttavia, più corretto considerare i *punitive damages* una figura peculiare, appartenente a un contesto storico, culturale e politico ben preciso che, probabilmente, avrebbe dovuto indurre i giudici di Cassazione a più equilibrati apprezzamenti, anche in vista di un futuro recepimento dell’istituto da parte della legislazione nazionale.

4. L’archetipo dell’art. 614 bis c.p.c.: le astreintes

L’art. 614 bis c.p.c. ha dotato il diritto processuale civile di uno strumento generale di coercizione indiretta volto a favorire l’adempimento di quelle obbligazioni che, caratterizzandosi per il *facere* infungibile delle relative prestazioni, non lasciano margini di operatività alla tradizionale tutela esecutiva diretta e rendono potenzialmente inadeguato e insoddisfacente il ricorso alle ordinarie azioni di risoluzione e di risarcimento per equivalente³⁹.

sanzioni pecuniarie civili, con finalità sia preventiva che repressiva (il cui importo è determinato dal giudice sulla base dei seguenti criteri: gravità della violazione, reiterazione dell’illecito, arricchimento del soggetto responsabile, opera svolta dall’agente per l’eliminazione o attenuazione delle conseguenze dell’illecito, personalità dell’agente, condizioni economiche dell’agente)».

³⁸ V. *retro* nota 17.

³⁹ La potenziale inidoneità dei rimedi tradizionali a soddisfare pienamente l’interesse del creditore all’esecuzione di una prestazione di *facere* e l’esigenza di assicurare alla parte conseguentemente meno tutelata una *parità delle armi* con il debitore hanno indotto una certa dottrina a postulare la concessione della misura di cui all’art. 614 bis c.p.c. anche in sede cautelare. Sul punto, M. MONTANARI, *Provvedimenti cautelari e misure coercitive* -



La disputa involge, in sostanza, il profilo della concreta efficacia delle statuizioni del giudice e si propone di superare i limiti della tradizionale esecuzione coattiva mediante la configurazione di una sorta di “pagamento per rassegnazione”, collocato a metà strada tra l’esecuzione volontaria da parte del debitore diligente e l’esecuzione forzata contro quello renitente⁴⁰.

La disposizione che attribuisce al giudice la facoltà di fissare, al momento della condanna e su istanza della parte interessata, una somma di denaro dovuta dall’obbligato per ogni violazione o inosservanza successivamente contestata ovvero per ogni giorno di ritardo nell’esecuzione del provvedimento rimanda all’istituto francese di matrice giurisprudenziale delle *astreintes*, nel quale si è inteso rinvenire l’antecedente storico dell’art. 614 *bis* c.p.c.

L’*astreinte* è stata definita come un procedimento «destinato a far pressione su di un debitore condannato da una decisione di giustizia per incitarlo a porla in esecuzione; essa consiste in una condanna crescente in funzione del grado di resistenza del debitore: il provvedimento di *astreinte* minaccia il debitore di una condanna accessoria il cui importo definitivo sarà fissato al momento successivo della sua liquidazione»⁴¹.

Le analogie con la misura inserita, nel nostro ordinamento, dalla legge sulla razionalizzazione del processo civile sono riconducibili alla funzione compulsoria che i due istituti sono chiamati ad assolvere nei riguardi del debitore. Il soddisfacimento dell’interesse creditorio alla esecuzione della prestazione dipende, infatti, dalla capacità dell’obbligato di persistere

Astreinte in sede cautelare e azione di manutenzione del contratto, in *Giur. it.*, IV, 2017, 843.

⁴⁰ Quantunque si tratti di un adempimento ottenuto sotto l’effetto della paura, delle minacce o delle pressioni esercitate sul debitore per vincere la sua resistenza e fargli capire che è nel suo interesse eseguire la prestazione, che il “pagamento per rassegnazione” si contraddistingua per la sua volontarietà è affermato da R. PERROT, *La coercizione per dissuasione nel diritto francese*, in *Dir. proc. civ.*, 1996, 658-959.

⁴¹ F. DE STEFANO, *Note a prima lettura della riforma del 2009 delle norme sul processo esecutivo ed in particolare dell’art. 614 bis c.p.c.*, in *Riv. esec. forz.*, IV, 2009, 520.

nell'inosservanza del provvedimento di condanna, malgrado il timore di incorrere in una sanzione pecuniaria commisurata all'inadempimento ovvero al ritardo nell'attuazione della condotta imposta.

Il nostro legislatore ha, tuttavia, provvisto il creditore di uno strumento di pronta esecutività che gli consente di autoliquidare la somma dovutagli senza una nuova intermediazione dell'organo giudiziario. Questa circostanza, oltre a segnare un punto di frizione tra il modello italiano e quello francese di *astreinte*, concorre a mettere in risalto lo scopo della norma, dettata al fine di assicurare un'adeguata tutela giurisdizionale in chiave attuativa del fondamentale diritto di difesa di cui all'art. 24 cost. e dei canoni del giusto processo enunciati dall'art. 111 cost.⁴².

La circostanza che nel panorama legislativo siano presenti settoriali misure di esecuzione indiretta⁴³ è stata, in aggiunta, ritenuta contrastante con l'art. 3 della Carta fondamentale in quanto foriera di irragionevoli discriminazioni: tali norme sono, infatti, insuscettibili di applicazione analogica giusta la loro natura sanzionatoria ovvero eccezionale⁴⁴.

Sebbene il sistema si sia dotato di un mezzo di esecuzione indiretta a vocazione generale, l'esigenza di assicurare all'avente diritto la più adeguata protezione ha dovuto e deve, in ogni caso, essere bilanciata con altri valori di rilevanza costituzionale, eventualmente incisi dall'adozione di un provvedimento di siffatta specie. La questione riguarda, in particolare, la libertà di autodeterminazione del soggetto passivo dell'obbligazione, la cui volontà si trova a essere coartata e indirizzata in vista del raggiungimento del risultato voluto dal creditore.

⁴² Sul diritto a un equo processo in ambito sovranazionale, si rimanda all'art. 6 Cedu.

⁴³ Per un'approfondita riflessione sulle misure coercitive di settore e sui problemi di coordinamento delle correlate disposizioni con la misura generale stabilita dall'art. 614 bis c.p.c., A. MONDINI, *L'attuazione degli obblighi infungibili*, Giuffrè, Milano, 2014, 35 ss.

⁴⁴ Detta natura sanzionatoria ovvero eccezionale avrebbe potuto, difatti, concretare una significativa menomazione della tutela giurisdizionale (e, dunque, una violazione dell'art. 24 cost.) se non fosse stata predisposta una generale misura compulsoria in grado di garantire il soddisfacimento di interessi correlati a prestazioni infungibili. *Ivi*, 14.

La ricerca del giusto punto di equilibrio tra la libertà d'iniziativa economica privata e il diritto a un giusto processo, da una parte, e il nucleo essenziale dei diritti inviolabili della persona, dall'altra, ha condotto all'adozione di una disciplina che si offre di conciliare l'efficacia della misura con la tutela del debitore⁴⁵. L'art. 614 *bis* c.p.c. stabilisce, a tal fine, l'inapplicabilità delle disposizioni ivi contenute alle controversie di lavoro subordinato, pubblico o privato, e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa. La necessità di tutelare il destinatario del comando giudiziale ha, per di più, indotto il legislatore a prevedere, al primo comma, la clausola generale della manifesta iniquità quale limite alla imposizione della misura.

Taluno ha opportunamente sottolineato la rischiosità di quest'ultimo accertamento che si caratterizza per la non stretta giuridicità e per la discrezionalità riservata al giudice⁴⁶, il quale ben potrebbe rifiutarsi di comminare sanzioni progressive in forza di un sensibile squilibrio tra il sacrificio con esse imposto al debitore e l'interesse del creditore a vedere eseguita la prestazione ovvero tra il predetto sacrificio e l'entità (oltre che la durata) dell'inadempimento⁴⁷.

Il legislatore ha inteso, dunque, contenere la discrezionalità giudiziaria attraverso un'indicazione dei criteri che devono orientare la concreta determinazione della somma dovuta dal debitore per non essersi prontamente conformato all'ordine del magistrato. Il riferimento, tra gli altri, al danno quantificato o prevedibile solleva, tuttavia, qualche perplessità in ordine alla natura e alla funzione di una misura che, pur

⁴⁵ Così R. PERROT, *op. cit.*, 662.

⁴⁶ Nel senso che l'iniquità implichi, contrariamente all'illegittimità, una valutazione non rigorosamente giuridica concernente la non corrispondenza della misura astratta alle caratteristiche effettive del caso concreto, F. DE STEFANO, *op. cit.*, 531, ove si puntualizza che, se si trattasse di illegittimità, la condanna alla prestazione principale e quella accessoria non potrebbero essere pronunciate.

⁴⁷ Cfr. L. BARRECA, *L'attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare (art. 614-bis c.p.c.)*, in *Riv. esec. forz.*, IV, 2009, 507.

essendo espressamente qualificata di coercizione indiretta, pare assumere anche profili risarcitori.

5. La duplice funzione delle astreintes: coazione indiretta all'esecuzione del provvedimento giudiziale e sanzione prevista per l'ipotesi di protratta inosservanza dello stesso

Diversamente dall'*astreinte* di diritto francese, indipendente dai *dommages-intérêts* per espressa previsione legislativa⁴⁸, l'ultimo comma dell'art. 614 *bis* c.p.c. dispone che «il giudice determina l'ammontare della somma di cui al primo comma tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile». La norma sembrerebbe mettere in luce un ulteriore elemento di contrasto tra l'ordinamento francese e quello italiano in relazione a taluni aspetti dell'istituto.

L'art. 34 della legge 9 luglio 1991, n. 91-650 ha delineato i tratti distintivi della misura nel senso di una completa autonomia dal risarcimento del danno. Essa è, difatti, privata dal legislatore straniero di qualsiasi connotazione compensativa del ritardo e del pregiudizio sofferto⁴⁹, venendo in rilievo, ai fini della commisurazione della sanzione, soltanto le condizioni economiche del debitore, non anche il danno patito dal soggetto attivo del rapporto obbligatorio sottostante.

L'importanza attribuita alla situazione patrimoniale dell'obbligato si spiega in ragione dello scopo al quale mira l'irrogazione della condanna accessoria: fissare una somma idonea ad aggredire il patrimonio del debitore nella misura necessaria a dissuaderlo dall'inosservanza del comando giudiziale e indurlo all'esecuzione della prestazione. Tale assunto risulta suffragato da un dato ulteriore: l'eventualità che l'*astreinte* possa

⁴⁸ Il riferimento è alla legge 9 luglio 1991, n. 91-650.

⁴⁹ Così F. DE STEFANO, *op. cit.*, 521.

essere irrogata in assenza di una specifica istanza della parte interessata corrobora la tesi della sua indipendenza dal risarcimento del danno e della dimensione non esclusivamente privatistica dell'interesse protetto dal legislatore francese, concretantesi nel rispetto dei provvedimenti del giudice⁵⁰.

Ci si chiede, dunque, se le stesse considerazioni possano estendersi alla misura disciplinata dal nostro codice di procedura civile, stante il riferimento, apparentemente fuorviante, al “danno quantificato o prevedibile”.

Sebbene la funzione di preliquidazione del risarcimento del danno derivante dalla mancata ottemperanza del provvedimento del giudice non risulti, in astratto, incompatibile con la funzione compulsoria⁵¹, è utile cercare di individuare il fine concretamente perseguito dal legislatore con l'introduzione dell'art. 614 *bis* c.p.c.

A ben guardare, l'*astreinte* si atteggia, nella sua iniziale formulazione, quale semplice minaccia correlata a un momento nel quale l'adempimento è ancora possibile e il debitore può uniformarsi alla decisione. Una dottrina ha, per l'appunto, ritenuto che l'organo giudiziario si limita, in questa fase, a prospettare al debitore la sanzione pecuniaria alla quale rischia di esporsi se non darà attuazione al comando giudiziale⁵². Soltanto

⁵⁰ La connotazione fortemente pubblicistica emerge, con ancora maggiore evidenza, in relazione a uno strumento coercitivo proprio del sistema britannico, noto come “*contempt of court*”. Trattasi di una sanzione pecuniaria volta a punire il debitore che, rendendosi disobbediente all'ordine del giudice, «manifesta disprezzo verso l'autorità della corte». In questi termini, A. MONDINI, *L'attuazione degli obblighi infungibili*, op. cit., 22. Cfr. anche V. VARANO, *Contempt of Court*, in *Dig. disc. pen.*, III, 1989, 107 ss.; R. PERROT, op. cit., 668, il quale ricorda che in Inghilterra o in Canada ogni disobbedienza all'ordine del giudice è un reato, sanzionato con una multa e, nel caso di recidiva, con il carcere. Per tali ragioni, la multa si sostanzia in una vera pena pubblica di cui beneficia non il creditore, ma lo Stato.

⁵¹ In questi termini, A. MONDINI, *ivi*, 97.

⁵² È lo stato di incertezza in ordine alle sorti della decisione giudiziale a consentire la qualificazione dell'*astreinte* in termini di semplice minaccia. La speranza che il debitore si

successivamente, in caso di protratta inosservanza dello stesso, l'iniziale intimidazione si trasforma in una vera e propria sanzione, come tale attuabile mediante esecuzione coattiva diretta. Il presupposto applicativo di quella che si vuole qualificare come "pena privata" è l'aver trasgredito un ordine del giudice, non anche il pregiudizio determinatosi in capo al creditore a causa dell'inadempimento o del ritardo, rispetto al quale sembrano pacificamente esperibili le tradizionali azioni a carattere compensativo.

La tesi preferibile è, dunque, nel senso di escludere la finalità risarcitoria del rimedio e l'identificazione del "danno quantificato o prevedibile" con il pregiudizio derivante dall'inadempimento dell'obbligazione originaria. È stato fondatamente sostenuto che il riferimento è, invece, «al danno successivo alla condanna cioè al pregiudizio conseguente alla eventuale inosservanza, violazione o intempestiva attuazione dell'obbligo (che si sostituisce a quello originario ed è) posto dalla condanna principale»⁵³.

L'obbligazione risarcitoria presuppone non solo l'inosservanza di un obbligo preesistente, ma che la suddetta violazione abbia altresì prodotto un danno che in tanto diventa giuridicamente rilevante, in quanto aderente ai parametri fissati dall'ordinamento. Essa rappresenta la risposta apprestata dal legislatore al fine di eliminare le conseguenze negative di un inadempimento già verificatosi.

Coerentemente con questa ricostruzione, i rimedi del risarcimento e dell'*astreinte* possono dirsi collocati su piani affatto diversi, essendo

determini ad adempiere - onde evitare di incorrere nella condanna pecuniaria soltanto annunciata dal giudice - fa in modo che la somma di denaro così individuata non configuri ancora una sanzione, ma un avvertimento con mero valore indicativo. In maniera pressoché testuale, R. PERROT, *op. cit.*, 666.

⁵³ C. DELLE DONNE, *L'introduzione dell'esecuzione indiretta nell'ordinamento giuridico italiano: gli artt. 614 bis del codice di procedura civile e 114, comma 4, lett. e) del codice del processo amministrativo*, in *L'esecuzione processuale indiretta* (a cura di) Capponi, Ipsoa, 2011, 123.

quest'ultima destinata a spiegare i propri effetti prima che si determini il danno e indipendentemente dallo stesso. La sua precipua finalità deve essere rinvenuta altrove e, specificamente, nell'attitudine a «propiziare la realizzazione in natura dell'interesse protetto, la quale precede in senso logico la realizzazione per equivalente cui è invece deputato il rimedio risarcitorio»⁵⁴.

Per tali ragioni, non si ritiene congruo attribuire al “danno quantificato o prevedibile” il ruolo di elemento costitutivo di una misura che, al momento della sua adozione, ha già una propria *ratio* e rispetto alla quale i criteri individuati dall'ultimo comma dell'art. 614 *bis* c.p.c. sembrano venire in rilievo a soli fini quantificatori⁵⁵.

6. *Se siano configurabili ulteriori funzioni della responsabilità civile*

Dalle considerazioni anzi formulate è possibile trarre spunti di conferma in ordine al contributo offerto da taluni ordinamenti giuridici stranieri al dibattito sull'ammissibilità di una responsabilità civile senza danno⁵⁶, già preannunciato dagli studi in tema di pene private.

A fronte di una tendenziale ostilità della giurisprudenza nei confronti della categoria, le riflessioni concernenti la non estraneità al sistema di sanzioni civili afflittive sono rimaste relegate, per lungo tempo, nell'ambito di un dibattito puramente accademico⁵⁷.

⁵⁴ S. MAZZAMUTO, *La comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 973.

⁵⁵ Questa la posizione di A. MONDINI, *op. cit.*, 141.

⁵⁶ Sulla tendenza della responsabilità civile a svincolarsi da verifiche inerenti alla sussistenza di un danno economico immediatamente percepibile o quantificabile e a recuperare la sua “primigenia” natura sanzionatoria/deterrente allo scopo di fornire un più flessibile strumento di tutela delle situazioni giuridiche rilevanti, v. P. GALLO, *op. cit.*, 216.

⁵⁷ V. *retro* nota 3.

Nondimeno, la costante trasformazione dei mercati e la dinamicità delle relazioni giuridiche suggeriscono un ripensamento del tradizionale apparato sanzionatorio, avvertito come indispensabile al fine di ovviare a quelle inefficienze del modello risarcitorio di cui si è discusso in apertura.

La previsione di un rimedio a preminente carattere compensativo, pur astrattamente idonea a determinare l'astensione dal comportamento anti-giuridico, può, in concreto, non assolvere allo scopo nell'ipotesi in cui la misura prevedibile del risarcimento si prospetti considerevolmente inferiore all'utilità che il responsabile intende trarre dall'iniziativa illecita⁵⁸. L'eventualità che la risposta dell'ordinamento all'inosservanza della norma possa affrancarsi dall'accertamento e dalla quantificazione del pregiudizio determinatosi, traducendosi nell'imposizione di una prestazione in favore del soggetto tutelato dalla regola violata⁵⁹, consentirebbe di superare i limiti derivanti dallo stringente regime probatorio cui soggiace la tutela civile e di rimodularne i canoni di funzionamento in un'ottica di maggiore adeguatezza della sanzione.

⁵⁸ Cfr. E. MOSCATI, *Pena (dir. priv.)*, cit., 781. La tesi secondo la quale alle pene private deve riconoscersi un'attitudine a prevenire e reprimere inadempimenti/illeciti che non cagionino danni o che ne cagionino in misura esigua a fronte dei potenziali introiti conseguibili dal danneggiante è sostenuta anche da M. G. BARATELLA, *op. cit.*, 214, la cui riflessione ha il pregio di sottolineare come l'iniziativa del danneggiato e il beneficio economico previsto in suo favore siano in grado di spiegare la maggiore adeguatezza della sanzione punitiva civile (anche rispetto alla sanzione penale) a soddisfare l'interesse del soggetto leso.

⁵⁹ Posto che la pena quale sanzione in grado di incidere sulla libertà personale dell'autore dell'illecito è appannaggio esclusivo dell'esperienza pubblicistica e che la relativa tipicità è espressamente prevista a livello costituzionale in ragione della natura superindividuale dell'interesse protetto dalla norma penale, la riflessione concerne la configurabilità, sul piano dei rapporti privatistici, di una pena non criminale, intesa quale sanzione idonea a colpire un bene diverso da quello leso a seguito della violazione di un dovere di astensione o di un obbligo di agire, ma pur sempre concretantesi in una prestazione suscettibile di apprezzamento economico.

Nel quadro appena delineato, la codificazione delle “multe giudiziali” - intervenuta, sulla scorta degli stimoli provenienti dalle Corti francesi, per mezzo della legge 18 giugno 2009, n. 69 - ha dotato il diritto processuale interno⁶⁰ di uno strumento, la cui natura repressiva può desumersi non soltanto dall’indipendenza delle somme dovute da qualsivoglia verifica afferente al danno occorso⁶¹, ma anche dalla cumulabilità della condanna

⁶⁰ Le osservazioni svolte possono estendersi alla penalità di mora disciplinata dall’art. 114 c.p.a., il cui comma 4 attribuisce al giudice dell’ottemperanza la facoltà - in caso di accoglimento del ricorso e su istanza della parte interessata - di fissare la somma di denaro dovuta dal resistente per ogni violazione o inosservanza successiva ovvero per ogni ritardo nell’esecuzione del giudicato, salvo che ciò sia manifestamente iniquo e purché non sussistano altre ragioni ostative. Per riflessioni critiche sul ruolo dell’*astreinte* nell’ambito del diritto processuale amministrativo, si rimanda a M. TARUFFO, *Note sull’esecuzione degli obblighi di fare e di non fare*, in *Giur. it.*, III, 2014, 749, ove si evidenzia come le analogie con la misura disciplinata dall’art. 614 bis c.p.c. debbano considerarsi più apparenti che reali: mentre, infatti, il codice di procedura civile contiene un riferimento testuale agli “obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro”, il codice del processo amministrativo non rimanda esplicitamente alle prestazioni infungibili. L’*astreinte* amministrativa sarebbe, dunque, applicabile anche quando l’Amministrazione sia stata condannata al pagamento di una somma di denaro. Benché non si tratti di una soluzione condivisa, sembra doversi attribuire al rimedio previsto dall’art. 114, lett e), c.p.a. una valenza generale assimilabile a quella caratterizzante l’*astreinte* francese, in netta antitesi a quanto stabilito dall’art. 614 bis c.p.c.

⁶¹ Il profilo dell’indipendenza dalla rilevanza del danno rende problematica la riconduzione delle somme indicate nella sentenza allo schema della liquidazione preventiva e forfettaria del danno. La funzione del provvedimento giudiziale pare più congruamente rinvenibile nella predeterminazione di una sanzione per l’ipotesi di inosservanza di un dovere di condotta ed è soltanto in quest’accezione che sembra possibile discutere di sanzione penale. Coerentemente con le premesse appena formulate, il rapporto tra la penale giudiziale e il risarcimento del danno è stato, dunque, ritenuto di alternatività dei due rimedi nel limite quantitativo della penale giudiziale, restando in ogni caso salva la risarcibilità dell’ulteriore pregiudizio che il creditore riesca a provare. Si vedano, nel merito, le riflessioni svolte da A. MARINI, *La clausola penale*, cit., 62-64.

pecuniaria, generalmente fissata a un tanto per ogni giorno di ritardo⁶², con la condanna principale.

In un'ottica segnatamente dissuasiva, spetta al giudice il compito di predeterminare la sanzione in misura tale che il destinatario di un precedente provvedimento di condanna possa dirsi indirettamente e sufficientemente stimolato a conformarvisi⁶³. Tuttavia, soltanto la verifica di quella singolare forma di illecito concretantesi nell'inottemperanza dell'ordine del magistrato vale a giustificare l'estrinsecazione dell'ulteriore funzione che qui si intende ascrivere alla penalità di mora, riconducibile all'idea di punizione del responsabile⁶⁴.

Se, prima della riforma, le uniche misure di coazione indiretta fruibili dal giudice al fine di garantire l'osservanza delle proprie decisioni si limitavano alle sole ipotesi eccezionalmente contemplate dal legislatore in materia di brevetti per invenzioni industriali e marchi d'impresa⁶⁵, l'introduzione di un rimedio suscettibile di applicazione generalizzata offre, ora, all'interprete ulteriori argomenti a supporto della configurabilità, nell'ordinamento giuridico italiano, di una funzione dissuasiva e, al contempo, punitiva della responsabilità civile.

Quanto alla pronuncia sui danni punitivi, la facoltà riconosciuta al giudice della delibazione di rendere esecutive, nel territorio dello Stato,

⁶² Che l'originaria funzione dell'*astreinte* sia quella di indurre il destinatario di un provvedimento di condanna a dare esecuzione alla decisione del giudice è dimostrato dal fatto che la somma di denaro dovuta possa essere individuata con riferimento ai giorni trascorsi nel ritardo ovvero ad altre unità di tempo (ora, settimana, mese) ritenute, in concreto, maggiormente idonee a fare pressione sulla parte inadempiente. In argomento, B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Les obligations, t. 3, Régime général*, Paris, Litec, 1997, 237.

⁶³ Si veda F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Morano Editore, 1958, 243 ss.

⁶⁴ Sulla descrizione della penalità di mora come tecnica che ruota intorno all'idea di deterrenza («ossia di minaccia in funzione preventiva»), prima ancora che di punizione del responsabile, A. ZOPPINI, *op. cit.*, 307-308.

⁶⁵ Il riferimento è a quanto previsto, in maniera pressappoco identica, dagli artt. 86, r.d. 29 giugno 1939, n. 1127 e 66, comma 2, r.d. 21 giugno 1942, n. 929.



n. 1/2019

sentenze straniere che liquidano somme aggiuntive rispetto a quelle dovute per compensare il danno⁶⁶ consente di tracciare un varco nei più consolidati orientamenti giurisprudenziali sulla questione delle pene private.

A conclusione dell'indagine, torna, infatti, opportuno chiedersi se il carattere "privato" di una pena derivi esclusivamente dalla natura dei soggetti ai quali è rimessa la sua concreta determinazione⁶⁷ ovvero se possa e debba considerarsi pena privata anche una sanzione, comunque prevista dal legislatore e applicata dal giudice in qualità di organo dello Stato, ma incidente su interessi privati⁶⁸.

Una certa dottrina ha ritenuto che, essendo l'antigiuridicità condizione necessaria e sufficiente per l'operatività dei danni punitivi, gli stessi si sostanzino in una vera e propria "pena privata"⁶⁹ o "sanzione civile indiretta"⁷⁰, la cui *ratio* sarebbe quella di garantire l'effettività dell'ordinamento mediante la protezione di interessi non individuali, bensì generali.

⁶⁶ In tal senso, G. CRICENTI, *I principi della responsabilità civile*, Cacucci Editore, Bari, 2018, 29.

⁶⁷ È il caso, qui soltanto accennato, della clausola penale e della caparra confirmatoria.

⁶⁸ Cfr., sul punto, E. MOSCATI, *Pena (dir. priv.)*, cit., 784 ss.

⁶⁹ Può, invero, condividersi l'opinione di quanti ritengono che l'accostamento dell'aggettivo "punitivo" al risarcimento contenga un riferimento alla figura del danno civile tradizionale, la cui entità è pari alla differenza tra la consistenza del patrimonio della vittima prima dell'illecito e quella esistente dopo detto accadimento, mentre l'accostamento dell'aggettivo "punitivo" al danno voglia significare la prospettazione non di un danno in senso tecnico, bensì di una "pena privata". Per ragguagli, M. FRANZONI, *op. cit.*, 295.

⁷⁰ Di "sanzioni civili indirette" discorre F. GALGANO, *Alla ricerca delle sanzioni civili indirette: premesse generali*, in *Contr. impr.*, II, 1987, 533, rimandando a quelle misure che «della sanzione hanno soltanto la funzione; mirano a garantire l'effettività dell'ordinamento giuridico, a prevenire la trasgressione di precetti posti a salvaguardia di interessi generali».

Orbene, pur non escludendosi che allo Stato possa derivare, in via mediata, una qualche utilità dal ricorso a siffatta tipologia rimediale in termini di puntuale osservanza delle norme giuridiche e di ordinata convivenza civile, la soluzione “morbida”, qui condivisa, è nel senso di ritenere le figure dell’*astreinte* e dei *punitive damages* “pene private” in considerazione del fatto che le somme così liquidate vadano a vantaggio del privato, la cui iniziativa assurge, pertanto, a condizione irrinunciabile della sanzione⁷¹.

Riscattati, dunque, da capziosi “pregiudizi culturali”⁷² e da interpretazioni probabilmente non coerenti con i più recenti sviluppi legislativi e giurisprudenziali, gli studi in materia di sanzioni civili afflittive sono in grado di fotografare l’attuale stato dell’arte e di stimolare - *de iure condendo* - una riflessione sulla diretta applicabilità dei danni esemplari da parte delle Corti nazionali e sull’opportunità di valorizzare la funzione sociale della responsabilità civile nei termini già prefigurati dal *decisum* delle Sezioni Unite.

⁷¹ Cfr. F. BRICOLA, *op. cit.*, 29.

⁷² P. CENDON, *La riparazione nella diffamazione a mezzo stampa*, in *La responsabilità civile* (a cura di) Cendon, Giuffrè, Milano, 1988, 250.