

Contratto e impresa

Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale

RIVISTA FONDATA DA FRANCESCO GALGANO

- Nuova disciplina UE delle vendite
- Intelligenza Artificiale e tutela della persona
- Auto a guida autonoma e responsabilità civile
- Dicotomia bene-servizio e supporto digitale
- ADR nei rapporti di Consumo
- Sui rimedi nel *civil law*
- Sul rapporto tra diritto civile e tributario
- Obbligazione e contratti
 - Compensatio lucri cum damno* e pensione di reversibilità
 - Contratti standard e crisi della disciplina
 - Blockchain contracts*
 - Smart contracts* e diritto bancario
 - Responsabilità contrattuale e risarcimento in forma specifica
 - Enti del terzo settore e responsabilità
- Impresa e società
 - Assicurazione dei danni punitivi
 - Outsourcing* e soggetti vigilati

 edicolaprofessionale.com/CI

Assicurazione dei “danni punitivi” e delle sanzioni punitive civili

SOMMARIO: 1. Il dibattito italiano sui danni punitivi. – 2. Danni punitivi e pene private anche nei recenti processi di depenalizzazione. – 3. Assicurazione e funzione deterrente della responsabilità civile. – 4. Il problema dell’assicurabilità dei danni punitivi negli Stati Americani. – 5. Il problema dell’assicurabilità delle sanzioni punitive nella *Governance* delle imprese di assicurazione.

1. – Ad alimentare il dibattito sui danni punitivi in Italia sono le ricadute nella giurisprudenza di merito di talune letture date della sentenza della Cassazione a sezioni unite del 2017 ⁽¹⁾. Si intende in questa sede

⁽¹⁾ Il riferimento è a Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Foro it.*, 2018, parte I, col. 2504 con nota di SALVI, *Le funzioni della responsabilità civile e il volto italiano dei danni punitivi il quale focalizza l’attenzione sull’utile distinzione tra “le funzioni, appunto, della responsabilità, e la funzione del risarcimento”*; in *Foro it.*, 2017, parte I, col. 2644 con nota di SIMONE, *La responsabilità civile non è solo compensazione: punitive damages e deterrenza*; in *Danno e resp.*, 2017, 419, con nota di LA TORRE, *Un punto fermo sul problema dei “danni punitivi”*; CORSI, *Le Sezioni Unite: via libera al riconoscimento di sentenze comminatorie di punitive damages*; PONZANELLI, *Polifunzionalità tra diritto internazionale privato e diritto privato*; MONATERI, *Le Sezioni Unite e le funzioni della responsabilità civile*; in *Corriere giur.*, 2017, 1050, con nota di CONSOLO, *Riconoscimento di sentenze, specie USA e di giurie popolari, aggiudicanti risarcimenti punitivi o comunque sopracompensativi, se in regola con il nostro principio di legalità*.

Ricordiamo alcuni contributi pubblicati a partire della stessa ordinanza di remissione alle sezioni unite: GRONDONA, *L’auspicabile “via libera” ai danni punitivi, il dubbio limite dell’ordine pubblico e la politica del diritto di matrice giurisprudenziale (a proposito del dialogo tra ordinamenti e giurisdizioni)*, in *Dir. civ. contemp.*, 2016, III; MONTANARI, *La resistibile ascesa del risarcimento punitivo nell’ordinamento italiano (a proposito dell’ordinanza n. 9978/2016 della Corte di Cassazione)*, ivi, 2017, I. NIVARRA, *Brevi considerazioni a margine dell’ordinanza di rimessione alle sezioni unite sui “danni punitivi”*, ivi; C. SCOGNAMIGLIO, *I danni punitivi e le funzioni della responsabilità civile*, in *Corriere giur.*, 2016, 919. Si veda anche NERVI, *Danni punitivi e controllo sulla circolazione della ricchezza*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 323 ss.

Per la succitata giurisprudenza di merito si veda Trib. Venezia, 18. 5. 2018, in *Foro it.*, 2018, 6, I, 2178: «L’idea dei danni punitivi nel nostro ordinamento riecheggia piuttosto in alcune pronunce di merito. Il risarcimento dei danni, previsto a carico del genitore che non abbia adempiuto i provvedimenti giudiziali relativi alla prole, ovvero abbia comunque tenuto condotte pregiudizievoli per il figlio minore, ha natura sanzionatoria, sicché prescinde dal concreto accertamento del pregiudizio arrecato ed è invece rapportabile ai danni

proporre una diversa prospettiva del problema a partire dal punto di vista delle coperture assicurative della responsabilità civile senza banalizzare la questione con lo stanco *refrain* del rialzo dei premi, ma piuttosto riflettendo sui contenuti dei contratti e sull'interpretazione degli stessi alla luce della suddetta giurisprudenza nonché sugli obblighi che potrebbero gravare sugli assicuratori operanti in Italia sotto la vigilanza di IVASS.

La sentenza delle Sezioni Unite ha aperto a riflessioni sulla possibilità per i giudici italiani di condannare il responsabile civile al pagamento di una somma di denaro a titolo di danno punitivo. Non entreremo nel merito del tema dell'ammissibilità dei danni punitivi nell'ordinamento italiano.

Al di là del dibattito che la sentenza ha suscitato ⁽²⁾, ci pare opportuno riprendere alcuni passi significativi della sentenza.

punitivi (nella specie, il tribunale ha condannato il padre, che esercitava del tutto sporadicamente il diritto di visita ed era assente dalla vita del figlio minore, con conseguente sofferenza di quest'ultimo, al risarcimento dei danni, in favore del figlio stesso, quantificati equitativamente in un importo corrispondente a quello dovuto per il suo mantenimento a decorrere dall'udienza presidenziale nel giudizio di separazione, disponendone infine l'affido esclusivo alla madre)». Il Trib. di Bergamo, ord. 30 marzo 2018 (https://www.wikilabour.it/public/Segnalazioni/1161e834-35e5-4584-bb0a-a1769cd10ef3/20180330_Trib-Bergamo.pdf) ha accolto il ricorso *ex art. 28 d.lgs. n. 150/2011 e ex art. 5, comma 2, d.lgs. n. 216/2003* promosso sempre dalla Filt Cgil dichiarando il carattere discriminatorio della "clausola di estinzione" inserita nel contratto individuale dei dipendenti e condannando Ryanair a titolo risarcitorio al pagamento in favore del sindacato ricorrente della somma di € 50.000,00. Dichiarò il giudice che «tra l'altro, a seguito del recente intervento delle Sezioni Unite, non v'è dubbio che tale danno sia annoverabile tra quelli c.d. "punitivi" la cui funzione è appunto quella di "punire" l'autore dell'illecito condannandolo al pagamento di una somma il cui importo è superiore al pregiudizio effettivamente patito».

A margine di queste sentenze si consideri quanto osservato dalla dottrina che vede come l'inefficienza delle azioni di classe in Italia potrebbe far lievitare i danni punitivi. In tal senso F. BENATTI, *Note sui danni punitivi in Italia: problemi e prospettive*, in *Contr. Impr. / Europa*, 2017, pp. 1129 ss., 1136-1137.

Va detto che da più parti si è osservato come l'ingresso nel nostro sistema dei danni punitivi richiederebbe una uniformazione ai principi costituzionali di cui agli art. 23 e 25 Cost. (SESTA, *Risarcimenti punitivi e legalità costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 313) e una rilettura delle norme sulla quantificazione del danno (DI MAJO, *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva (nota a Cass., Sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601)*, in *Giur. it.*, 2017, pp. 1794).

⁽²⁾ Oltre alle note di cui alla precedente nota si vedano inoltre i commenti di AL MUREDEN, *L'apertura delle Sezioni Unite ai punitive damages tra limiti del diritto interno e nuove prospettive di armonizzazione*, in *Giur. Comm.*, 2018, 995; DI MAJO, *Rileggendo agosto Thon, in merito ai c.d. danni punitivi dei nostri giorni*, in *Eur. e dir.priv.*, 2018, p. 1309 il quale ricorda la polemica tra Windscheid e Thon sull'ammissibilità di sanzioni punitive al di fuori del diritto penale. Parte della dottrina, pur riconoscendo la polifunzionalità della responsabilità civile, si concentra sulla natura compensatoria del risarcimento e sul/i significo/i dell'aggettivo "punitivo". Si veda sul punto ALPA, *Le funzioni della respon-*

«Non avrebbe utilità chiedersi se la *ratio* della funzione deterrente della responsabilità civile nel nostro sistema sia identica a quella che genera i *punitive damages*. L'interrogativo è solo il seguente: se l'istituto che bussa alla porta sia in aperta contraddizione con l'intreccio di valori e norme che rilevano ai fini della delibazione». Così dicendo la Suprema Corte delimita il proprio campo di indagine. Nel far ciò a nostro avviso puntualizza anche la esistenza di un problema, su cui dichiara di non prendere posizione, ovvero se la funzione deterrente della responsabilità civile secondo l'ordinamento italiano, che pare difficile mettere in discussione, sia identica a quella che connota i *punitive damages* nel sistema nordamericano (3).

Prosegue la sentenza, ammettendo la delibazione di sentenze a condanna ai danni punitivi (intesi come traduzione del termine inglese "*punitive damages*") e dichiarando come gli stessi non risultino contrari all'ordine pubblico internazionale (4), purché siano osservati alcuni presidi.

sabilità civile: un dibattito sulle recenti sentenze della Suprema Corte di Cassazione, in questa rivista, 2017, p. 1084, il quale sottolinea come la responsabilità oggettiva abbia inciso sulla funzione deterrente della responsabilità civile attenuandola e come non si possa lasciare al mercato il compito di circoscrivere l'ambito delle attività pericolose; FRANZONI, *Quale danno punitivo?*, *ivi*, p. 1115 il quale, in chiave originale, si pone il problema dell'onere della prova nell'azione di "risarcimento" punitivo. L'attore non dovrebbe provare il danno ma solo l'antigiuridicità; PONZANELLI, *Sezioni unite e danni punitivi*, *ivi*, p. 1122; DELLA CASA, *Punitive damages, risarcimento del danno, sanzioni civili: un punto di vista sulla funzione deterrente della responsabilità aquiliana*, *ivi*, p. 1142; A. CIATTI, *I danni punitivi quello che non vorremmo sentirci dire dalle Corti di common law*, in *Europa dir. priv.*, 2017, 1; G. SPOTO, *Risarcimento e sanzione*, in *Europa e dir. priv.*, 2018, p. 489. Sul concetto di danno punitivo si consideri anche l'evoluzione che lo stesso sta avendo negli Stati Americani. Si veda G. CALABRESI, *The Complexity of Torts – The Case of Punitive Damages*, in M. Stuart Madden (a cura di), *Exploring Tort Law*, Cambridge, 2005, p. 340 il quale arriva ad affermare che potrebbero trovare cittadinanza quando la tutela compensatoria non può aver luogo ad esempio perché non ho danni risarcibili.

(3) In Europa, la stessa giurisprudenza britannica ha mostrato delle resistenze nel riconoscimento della figura dei *punitive damages* anche se sono state proprio le Corti inglesi ad aver dato vita al fenomeno nella seconda metà del '700. Si tratta dei noti casi *Wilkes v. Wood*, 98 E.R. (C. P. 1763) e *Huckle v. Money*, 95 E.R. 768 (1763).

È però da osservare un rinnovato interesse, per tali forme di sanzioni punitive, da parte della giurisprudenza della House of Lords. Intendiamo riferirci ai casi *Attorney-General v. Blake*, 1 A.C. 268 (2001) e *Kuddus (AP) v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary*, in U.K.H.L., 2001, 29.

(4) Sul punto La S.C. nella sentenza in esame puntualizza l'evoluzione del concetto di ordine pubblico internazionale. «Ciò che va registrato è senz'altro che la nozione di "ordine pubblico", che costituisce un limite all'applicazione della legge straniera, ha subito profonda evoluzione. Da "complesso dei principi fondamentali che caratterizzano la struttura etico-sociale della comunità nazionale in un determinato periodo storico, e nei principi inderogabili immanenti nei più importanti istituti giuridici" (così Cass. n. 1680/1984) è divenuto il distillato del "sistema di tutele approntate a livello sovraordinato rispetto a quello della

«L'esame va portato sui presupposti che questa condanna deve avere per poter essere importata nel nostro ordinamento senza confliggere con i valori che presidiano la materia, valori riconducibili agli artt. da 23 a 25 Cost. Così come si è detto che ogni prestazione patrimoniale di carattere sanzionatorio o deterrente non può essere imposta dal giudice italiano senza espressa previsione normativa, similmente dovrà essere richiesto per ogni pronuncia straniera. Ciò significa che nell'ordinamento straniero (non per forza in quello italiano, che deve solo verificare la compatibilità della pronuncia resa all'estero) deve esservi un ancoraggio normativo per una ipotesi di condanna a risarcimenti punitivi. Il principio di legalità postula che una condanna straniera a "risarcimenti punitivi" provenga da fonte normativa riconoscibile, cioè che il giudice a quo abbia pronunciato sulla scorta di basi normative adeguate, che rispondano ai principi di tipicità e prevedibilità. Deve esservi insomma una legge, o simile fonte, che abbia regolato la materia "secondo principi e soluzioni" di quel paese, con effetti che risultino non contrastanti con l'ordinamento italiano. Ne discende che dovrà esservi precisa perimetrazione della fattispecie (tipicità) e puntualizzazione dei limiti quantitativi delle condanne irrogabili (prevedibilità) (...) Presidio basilare per la analisi di compatibilità si desume in ogni caso dall'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione relativo ai "Principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene". La sua applicazione comporta, è stato notato anche in dottrina ⁽⁵⁾, che il controllo delle Corti di appello sia portato a verificare la proporzionalità tra risarcimento riparatorio-compensativo e risarcimento punitivo e tra quest'ultimo e la condotta censurata, per rendere riconoscibile la natura della sanzione/punizione. La proporzionalità del risarcimento, in ogni sua articolazione, è, a prescindere da questo disposto normativo, uno dei cardini della materia della responsabilità civile». Quanto al caso in esame la Corte pone un "utile sguardo" alla legge dello Stato della Florida, da cui provengono le sentenze di cui si tratta, «ove sono stati introdotti limiti al fenomeno della responsabilità multipla. Limiti costituiti dal divieto del *ne bis in idem*, dall'introduzione di massimali alternativi a seconda del tipo di responsabilità che si configura, dalla necessità di seguire un complesso rito

legislazione primaria, sicché occorre far riferimento alla Costituzione e, dopo il trattato di Lisbona, alle garanzie approntate ai diritti fondamentali dalla Carta di Nizza, elevata a livello dei trattati fondativi dell'Unione Europea dall'art. 6 TUE (Cass. 1302/13)"».

(5) Si veda in particolare SESTA, *op. loc. citt.* Sul timore che la liquidazione del danno si faccia carico di "sentimenti di vendetta sociale" si veda la puntuale analisi della sentenza di PERRIELLO, *Polifunzionalità della responsabilità civile e atipicità dei danni punitivi*, in *Contr. Impr./Eur.*, 2018, p. 454.

con una verifica iniziale della responsabilità ed una fase successiva relativa agli eventuali *punitive damages* (un miniprocesso, significativo per quanto riguarda il nostro sistema in quanto rafforzamento della garanzia sul procedimento *ex art. 24 Cost.*). Non è dunque puramente teorica la possibilità che viene schiusa con la revisione giurisprudenziale che le Sezioni Unite stanno adottando. Il caso di specie, che neppure comporta pronuncia a risarcimenti punitivi, non offre il destro per ulteriori approfondimenti, che la casistica potrà incaricarsi di vagliare. Ciò che conta ribadire è che la riconoscibilità del risarcimento punitivo è sempre da commisurare agli effetti che la pronuncia del giudice straniero può avere in Italia, con tutta l'ampiezza di verifica che si deve praticare nel recepimento, con le pronunce straniere, di un istituto sconosciuto, ma in via generale non incompatibile con il sistema».

La delibazione della sentenza straniera di condanna a *punitive damages* è in generale ammessa con un controllo del rispetto del presidio basilare relativo al rispetto dei principi della legalità e proporzionalità dei reati e delle pene propri della nostra Carta Costituzionale.

Non volevamo tediare il lettore con un copia e incolla della sentenza ma soltanto riportare l'esatto testo di due passi in cui si afferma che esiste un problema distinto da quello considerato dalla Corte relativo alla identità tra la innegabile funzione deterrente della responsabilità civile secondo l'ordinamento italiano e funzione deterrente dei danni punitivi propri degli ordinamenti nordamericani. Ancora la Corte nell'ammettere la delibazione di sentenze straniere di condanna ai danni punitivi pone l'accento sulla necessità di valutare se la normativa straniera rispetti o meno principi di legalità e proporzionalità delle pene. Si rinvia così ad una valutazione casistica tenuto altresì conto della distanza tra le leggi dei differenti Stati americani sul punto ⁽⁶⁾.

2. – Riteniamo ancora utile indagare sull'uso del termine danni punitivi. Se lo si intende come traduzione dall'inglese di "*punitive damages*" occorre confrontarsi con l'intero ordinamento nordamericano pur considerato nella sua evoluzione, come del resto ha fatto la Suprema Corte che in un passo, che ancora ricordiamo, evidenzia come la componente punitiva dei *punitive damages* distinti dai *compensatory damages* abbia trovato

⁽⁶⁾ In gran parte sempre attuale lo studio di PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, p. 463 ss.

un ridimensionamento da tempo negli Stati Uniti al fine di evitare *damage grossly excessive* (7).

D'altra parte non si può dimenticare la posizione di chi ha condannato aspramente il riduzionismo della Suprema Corte americana. La difficoltà di inquadrare esattamente la funzione e la natura dei danni punitivi, chiaramente evidenziata dal saggio di Calabresi pubblicato nel *liber amicorum* per Francesco Donato Busnelli, e la necessità di un loro inquadramento, in un prisma di multifunzionalità della responsabilità civile (8), si amplifica nell'attuale quadro evolutivo del frastagliato sistema americano connotato da notevoli distanze tra le differenti normative di livello statale nonché dalla variegata casistica (9).

Laddove si voglia indagare il problema che la Cassazione a sezioni unite pone circa la possibile identità tra la funzione deterrente della responsabilità civile secondo l'ordinamento italiano e funzione deterrente dei danni punitivi propri degli ordinamenti nordamericani, occorrerebbe in primo luogo comprendere cosa al momento si intende per "*punitive damages*" negli ordinamenti che finora hanno conosciuto la distinzione tra "*punitive damages*" e "*compensatory damages*".

Nell'attuale dimensione evolutiva del fenomeno si ritiene di poter muovere da considerazioni più generali sui rapporti tra assicurazione e pena, tema di certa attualità anche in considerazione dell'incremento del numero delle pene private (10).

(7) Prosegue la Corte nella sentenza in esame «Se nel 1996 già la Corte Suprema [caso BMW Supreme Court (Usa), 20-051996] aveva ripudiato, con due sole opinioni dissenzienti, questa configurazione dell'istituto, dodici anni dopo il percorso si era quasi ultimato. Nel mentre gran parte degli Stati disciplinavano normativamente l'istituto, sottraendolo a verdetti imprevedibili delle giurie (pur costituite, in origine, per garantire al danneggiante il giudizio dei suoi pari), la Supreme Court (20-022007, caso Philip Morris) sanciva che nel diritto statunitense lede la *due process clause*, di cui al XIV emendamento della Costituzione, la concessione di danni punitivi basati sul valore del diritto di credito vantato da tutti coloro che non hanno instaurato la lite. E la sentenza EXXON (U.S. Supreme Court, 25 giugno 2008) è giunta a stabilire anche un rapporto massimo di 1 a 1 tra importo della somma riconosciuta a titolo compensativo e liquidazione punitiva». Si veda anche LAMORGESE, *Luci e ombre nella sentenza delle Sezioni Unite sui danni punitivi*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 327.

(8) CALABRESI, *The complexity of torts. The case for punitive damages*, in *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*, II, Milano, 2008, p. 333 ss.

(9) Si veda sul punto CERINI, *The polyfunctional role of punitive damages and the conundrum of their insurability: an Italian perspective*, in *Scandinavian Studies in Law*, 2018, pp.1-21; Id., *Polifunzionalità dei punitive damages: possibili conseguenze sul piano assicurativo*, in *Diritto del mercato assicurativo e finanziario*, 2018, p. 31 ss.

(10) V. *supra* nt. 1.

L'art. 96 c.p.c., come modificato dall'art. 45, comma 12, della l. 18 giugno 2009, n. 69 prevede il risarcimento dei danni in caso di azione o resistenza legale in malafede o negligenza grave ⁽¹¹⁾.

Si tratta di capire se la somma prevista sia una sanzione pecuniaria o un risarcimento del danno. La questione è importante perché, se è una sanzione pecuniaria, dovrebbe essere possibile per la vittima dell'abuso agire in sede giudiziale per ottenere anche il risarcimento danni in base alle norme sulla responsabilità civile.

Sul punto la Corte suprema italiana ⁽¹²⁾, ha affermato che «[i]n caso di ammenda ai sensi dell'art. 96 c.p.c. (la vittima) non può nemmeno ricevere un risarcimento per i danni in base alla norma generale sui torti contenuti nell'art. 2043 c.c. Il caso ha comportato un'azione per pagare un debito basato su documenti falsi». In questo modo la Cassazione identifica la sanzione di cui all'art. 96 con la sanzione risarcitoria, negando la possibilità per la vittima di agire distintamente *ex art. 96 c.p.c.* e *ex art. 2043 c.c.*

Uno dei più recenti e importanti ultimi interventi sul punto è quello introdotto dalla l.d. n. 67 del 2014 e relativi decreti attuativi di "depenalizzazione" ispirati in particolare alla sentenza della Corte Costituzionale n. 487 del 25 ottobre 1989 (in G.U. 2 novembre 1989 n. 44).

La Corte ha precisato che il principio costituzionale di riserva di legge in materia penale (art. 25 Cost.) dev'essere inteso come «mezzo per adeguate, ben definite e, pertanto, limitate scelte criminalizzatrici» e che «la criminalizzazione, costituendo l'ultima ratio, deve intervenire soltanto allorché, da parte degli altri rami dell'ordinamento, non venga offerta adeguata tutela ai beni da garantire» ⁽¹³⁾.

Con la citata legge delega e, soprattutto, con i decreti legislativi nn. 7 e 8 del 2016 si è intervenuti in attuazione di tali principi abrogando definitivamente fattispecie ormai obsolete, come quelle di cui agli artt. 652 c.p. «rifiuto di prestare la propria opera in occasione di un tumulto» o 661 «abuso della credulità popolare», e "derubricando" in illeciti amministrativi reati ormai non più sintomatici di un apprezzabile allarme sociale (si pensi all'appropriazioni di cose smarrite o alla guida senza patente).

⁽¹¹⁾ I giudici italiani hanno sanzionato dichiarazioni manifestamente infondate (V. Tribunale di Milano, 11 gennaio 2012, *De Jure*, 2012) o difese con manifesta finalità dilatoria (Tribunale di Padova 10 ottobre 2013, *De Jure*, 2013).

⁽¹²⁾ Cass. 16 maggio 2017 n. 12029 in *Giust. civ. mass.*, 2017.

⁽¹³⁾ C. Cost., 25 ottobre 1989, n. 487, in *Quaderni Regionali*, 1989, p. 1463.

In attuazione di tali principi, il legislatore delegato ha stabilito l'abrogazione di una serie di reati previsti dal codice penale o dalle norme speciali tassativamente indicati (artt. 1 e 2, d.lgs. n. 7 del 2016, artt. 1, comma 3, 2 e 3, d.lgs. n. 8 del 2016) nonché una "norma di chiusura" secondo cui «non costituiscono reato e sono soggette alla sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro tutte le violazioni per le quali è prevista la sola pena della multa o dell'ammenda» (art. 1, comma 1, d.lgs. n. 8 del 2016), rimane inoltre la sanzione risarcitoria per tutte le fattispecie che costituiscono un fatto illecito *ex art.* 2043 c.c. che verrebbe a compensare l'avvenuta depenalizzazione.

Non solo, ma accanto a reati trasformati in illeciti amministrativi puniti con sanzioni pecuniarie, ve ne sono altri – come l'ingiuria – che perdono il carattere di illecito penale per essere sanzionati, oltre che con il risarcimento, con una sanzione pecuniaria civile irrogata dal giudice civile e devoluta alla Cassa delle ammende. Il nuovo istituto dell'illecito sottoposto a sanzioni pecuniarie civili, in grado di prendere il posto dell'illecito penale, viene disciplinato nel d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7 ⁽¹⁴⁾.

Tale complesso normativo dà attuazione alla disposizione dell'art. 2, l. n. 67 del 2014, legge delega recante «Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili».

Si tratta di capire se in questo modo si è introdotto un terzo pilastro nel sistema sanzionatorio punitivo, che va ad affiancarsi alle sanzioni amministrative, sempre in funzione di depenalizzazione con l'obiettivo pure di rafforzare la tutela degli interessi della vittima.

Il tema dei rapporti tra risarcimento e pena e della natura compensatoria del primo non deve, a nostro avviso, essere confuso con al funzione deterrente della responsabilità civile già presente nei dibattiti di fine '800 quando si discuteva della sua assicurabilità ⁽¹⁵⁾. Si sosteneva, proprio in ragione della funzione deterrente della responsabilità civile, che questa non potesse essere oggetto di copertura assicurativa.

⁽¹⁴⁾ Si veda GATTA, *Depenalizzazione e nuovi illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie civili: una riforma storica*, 25 gennaio 2016, <https://www.penalecontemporaneo.it/d/4427-depenalizzazione-e-nuovi-illeciti-sottoposti-a-sanzioni-pecuniarie-civili-una-riforma-storica>.

⁽¹⁵⁾ Sulla distinzione tra funzioni della responsabilità civile e funzione del risarcimento da ultimo v. in particolare SALVI, *op. loc. cit.* Ricorda il dibattito tra Widscheid e Thon il già citato DI MAJO, *Rileggendo augusto Thon, in merito ai c.d. danni punitivi dei nostri giorni*, cit. loc. cit.

I dubbi in ordine all'assicurabilità della responsabilità civile sollevati dalla dottrina e dalla giurisprudenza verso la fine XIX secolo erano fondati su due principi: quello che vede nella colpevolezza del danneggiante un elemento essenziale della responsabilità civile e quello dell'inassicurabilità della colpa.

Il primo deriva dalla considerazione che non ogni danno trova ristoro, ma solo quello ingiusto imputabile ad una condotta colpevole del danneggiante ⁽¹⁶⁾. La colpa era necessariamente considerata un predicato dell'*i-niuria* ⁽¹⁷⁾.

Il secondo principio risulta, invece, fondato, in primo luogo, su ragioni di ordine pubblico: non si può tenere indenne il responsabile di un illecito dalle conseguenze negative della sua azione perché in questo modo si incentiverebbero le condotte anti-giuridiche ponendosi in contrasto con la funzione deterrente della responsabilità civile ⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁶⁾ Cfr. CANNATA, *Sul testo della lex Aquilia e la sua portata originaria*, in *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, a cura di L. Vacca, Torino, 1995, p. 25 ss.

⁽¹⁷⁾ Si discute al riguardo se l'ingiustizia debba essere riferita al danno o all'atto. In passato si era ritenuto che ingiusto fosse l'atto e che la locuzione "danno ingiusto" fosse da attribuirsi ad un errore terminologico del legislatore: così PACCHIONI, *Il danno ingiusto secondo il vecchio e il nuovo codice*, in *Scritti in onore di G. Ferrini*, vol. II, Milano, 1947, p. 174 ss.; S. PUGLIATTI, voce *Alterum non laedere*, in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, 1958, p. 98 ss.; BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, vol. II, Milano, 1964, p. 432.

Per contro attualmente si tende a ricondurre l'ingiustizia al danno: così VISINTINI, *Il danno ingiusto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 182; BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, *ivi*, 1988, p. 654; RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, *cit.*, p. 107ss.

La questione pare di poca utilità e le soluzioni prospettate non distanti le une dalle altre: l'atto è ingiusto perché ha violato una situazione giuridica tutelata dall'ordinamento, quindi il danno è ingiusto e viceversa.

⁽¹⁸⁾ Sintetica ma eloquente sul punto l'affermazione di SANTERNA, *Tractatum illustrium*, Venezia, 1633, VI, p. 354: «*culpa assecurati non tenetur promissor* e ancora sul punto ID., *Tractatus perutilis et quotidianus de assecurationibus et sponsionibus mercatorum*, in *Tractatus de fideiussionibus*», Torino, 1615, p. 545 nn. 10-11.

L'illiceità di tale contratto viene affermata per la prima volta in giurisprudenza dal Tribunale del Commercio di Parigi con sentenza del 21 agosto 1844, Come riportata da J.M. PARDESSUS, *Assurance contre les accidents des voitures*, Consultation, Paris, 1860, p. 68 ss., il quale si pone sulla scia di una lunga tradizione dottrinale Cfr. POTHIER, *Trattato del contratto di assicurazione*, in *Opere di G.R. Pothier*, a cura di Dupin Seniore, Livorno, 1841, p. 46 ss.

Il Tribunale argomentava la sua conclusione in considerazione del fatto che il trasferimento della sanzione civilistica risarcitoria in capo all'assicuratore avrebbe incentivato condotte imprudenti da parte degli assicurati.

Sul caso fu chiamato a redigere parere uno dei più noti giuristi competenti in materia a quel tempo, il quale ebbe a sottolineare come il contratto di assicurazione garantisca più la vittima che l'assicurato autore del danno il quale non trova alcun interesse nel recare pregiudizi a terzi. Fu poi sulla base di identiche considerazioni che la Corte di Appello di

In Italia tale regola trovava espressione nell'art. 434 del c. comm. del 1882 ove si disponeva al riguardo che «l'assicuratore non risponde delle perdite e dei danni (...) cagionati da fatto o colpa dell'assicurato».

La dottrina italiana, con riferimento all'assicurabilità degli atti dell'assicurato, afferma l'assicurabilità della responsabilità civile, di cui riconosce la funzione deterrente, distinguendo tra assicurazione contro i danni e assicurazione della responsabilità civile e tra atti dolosi, gravemente colposi e colposi ⁽¹⁹⁾.

Riguardo alla prima bipartizione, si osserva come la regola dell'inassicurabilità della colpa sia nata con riferimento all'assicurazione marittima e all'assicurazione terrestre contro i danni. In tali ipotesi l'interesse, che può muovere l'assicurato a lucrare l'indennizzo mediante il danneggiamento della *res*, costituisce un primo limite all'assicurabilità delle colpe. Altro si può dire per l'assicurazione della responsabilità civile, in cui il danneggiante non trarrebbe alcun vantaggio diretto dall'essere assicurato per la propria responsabilità. L'unico soggetto, infatti, che potrebbe avvantaggiarsi di tale situazione è il terzo che vedrebbe così garantite le proprie pretese risarcitorie ⁽²⁰⁾. Si osserva inoltre come colpa, colpa grave e dolo debbano avere un trattamento diverso ⁽²¹⁾. Solo l'assicurazione di atti intenzionali, come tali soggetti al controllo dell'assicurato, può importare un incentivo per quest'ultimo alla commissione di illeciti. Per contro gli atti colposi sarebbero nella sostanza equiparabili al caso fortuito, in quanto dovuti ad una mera negligenza o imperizia dell'agente senza che questi abbia intenzione di darvi luogo. Diverso è il discorso della colpa grave in cui il livello di negligenza è tale che il soggetto, anche se non ha agito con l'intenzione di dar luogo a quel determinato evento, poteva quanto meno prospettarsi l'accadimento dello stesso ed evitarlo ⁽²²⁾.

Per tali ragioni Vivante conclude nel senso dell'assicurabilità della colpa nell'assicurazione della responsabilità civile, mantenendo però fermo il divieto di coprire con garanzia assicurativa illeciti dolosi o gravemente

Parigi respinse le conclusioni del Tribunale con sentenza del 1° luglio 1845, affermando la validità dell'assicurazione della responsabilità civile.

⁽¹⁹⁾ Cfr. VITERBO, *L'assicurazione della responsabilità civile*, Milano, 1936, p. 37 ss.

⁽²⁰⁾ Cfr. VITERBO, *op. cit.*, p. 37.

⁽²¹⁾ Sul punto VIVANTE, *Contratto di assicurazione: le assicurazioni terrestri*, I, Milano, 1886, p. 204 ss.

⁽²²⁾ Del resto Vivante definisce il concetto di colpa grave proprio partendo dall'effetto che la copertura assicurativa può avere sul soggetto nel senso di ridurre il livello di diligenza del medesimo. Si avrebbe allora colpa grave quando «l'assicurato omette quelle ordinarie cautele che avrebbe usato, se non si fosse coperto coll'assicurazione»: così VIVANTE, *op. loc. cit.*

colposi in quanto «simile patto metterebbe in pericolo la sicurezza sociale» (23). La tendenza ad aprire anche all'assicurabilità degli illeciti gravemente colposi emerge, comunque, già nella relazione del deputato Lafarge alla legge francese del 13 luglio 1930 sul contratto di assicurazione ove si legge che «la colpa grave, che non implica da parte del suo autore alcuna intenzione fraudolenta (...) rimane un rischio (...) mancando l'intenzione di nuocere» (24).

La presenza di ipotesi di responsabilità "oggettiva" nel codice del 1942 ha poi avvicinato ulteriormente assicurazione e responsabilità (25).

Ci premeva ricordare le parole di Vivante e Viterbo perché denotano la consapevolezza dell'importanza di una polifunzionalità della responsabilità civile (26), che nel mentre offre compensazione alla vittima esplica una funzione deterrente rispetto al responsabile civile senza che ciò possa essere di ostacolo alla sua assicurabilità.

Altro è il tema della assicurabilità di perdite patrimoniali derivanti dall'irrogazione di sanzioni risarcitorie ultracompensoatorie/punitive.

3. – La dottrina italiana che si è occupata del tema della copertura di poste risarcitorie ultracompensoatorie ha tentato una conciliazione tra le istanze di deterrenza dei danni punitivi e il trasferimento, in tutto o in parte, della sanzione ad un terzo pagatore attraverso il contratto di assicurazione, ammettendo la possibilità per l'assicuratore di rivalersi sul responsabile. In tal modo la sanzione resterebbe a carico di questi. Ciò sarebbe possibile attraverso un divieto ad una rinuncia alla surroga ex art. 1916 c.c., tipico dei contratti della assicurazione contro la responsa-

(23) In tal senso VIVANTE, *op. cit.*, p. 204.

(24) Come riportata da BONNECASE, *Osservazioni critiche d'insieme sulla legge francese del 13 luglio 1930 relativa al contratto di assicurazione*, in *Assicurazioni*, 1935, I, p. 332 ss.

(25) A. D. CANDIAN, *Responsabilità civile e assicurazione*, Milano, 1993.

(26) ZENO-ZENCOVICH, *Alcune riflessioni sulla riconoscibilità nell'ordinamento italiano di sentenze statunitensi di condanna a "punitive damages"*, in *Judicium.it*, 11 luglio 2016, p. 2; MAGGIOLO, *Microviolazioni e risarcimento ultracompensoatorio*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 92 ss.; P. PERLINGIERI, *Le funzioni della responsabilità civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 119 ss.; S. PATTI, *Il risarcimento del danno e il concetto di prevenzione*, in *La resp. civ.*, 2009, p. 165 ss.; ROPPO, *Responsabilità oggettiva e funzione deterrente. Note sparse*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2008, 288 ss.; MONATERI, *La responsabilità civile*, Torino, 1998, p. 19; RODOTÀ, *Modelli e funzioni della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 595 ss.; A. D. CANDIAN, *op. cit.*, 1993; ALPA, *L'assicurazione di fronte all'evolversi del concetto di responsabilità*, in *Assicurazioni*, 1995, I, p. 534 ss. Da tempo si propone una rilettura dell'art. 2059. Si veda per una ricostruzione F. QUARTA, *Una proposta di rilettura dell'art. 2059 c.c. quale fonte di sanzione civile ultracompensoatoria*, in *Percorsi di diritto civile. Studi 2009/2011*, a cura di Di Raimo, Francesca e Nazzaro, Napoli, 2011, p. 311 ss.

bilità civile, e per tal via ammettendo che l'assicuratore dopo aver pagato, e con ciò soddisfatto l'interesse della vittima, potesse/dovesse sempre surrogarsi contro il responsabile (27).

Il diritto dell'assicuratore, che ha pagato l'indennità, di surrogarsi nei diritti dell'assicurato verso terzi responsabili del danno (28) era già presente nell'art. 438 del codice di commercio del 1882 e risale ad un'antica tradizione presente nell'assicurazione marittima (29).

La dottrina sotto il previgente codice di commercio individuava il fondamento del diritto di surroga dell'assicuratore nel danno che il terzo aveva cagionato all'assicuratore che doveva essere compensato (30).

Altra parte della dottrina, relativamente al codice del 1942, ritiene che la surroga sarebbe una condizione propria della fattispecie del contratto di assicurazione che opererebbe una sostituzione integrale dell'assicuratore all'assicurato nella sua situazione patrimoniale in relazione ad un rischio determinato. Questo fenomeno sostitutorio giustificherebbe la sopportazione delle perdite connesse con la posizione dell'assicurato, ma anche l'attribuzione dei diritti ad essa relativi (31).

(27) Osserva al riguardo A. D. CANDIAN, *op. cit.*, p. 144, che le sanzioni punitive civili non sarebbero assicurabili ove abbiano “come presupposto un comportamento caratterizzato da dolo o per lo meno da una particolare negligenza che evidenzi una per così dire coscienza dell'illecito”. La funzione deterrente delle pene private potrebbe essere mantenuta attraverso la previsione di un'azione di regresso verso il responsabile. Cfr. A. D. CANDIAN, *op. cit.*, p. 142. Si può, però, dubitare che in tale ipotesi si possa ancora parlare di assicurazione.

(28) Sul punto SRAFFA, *L a costituzione di parte civile dell'assicuratore che ha pagato l'indennità all'assicurato*, in *Riv. dir. comm.*, 1927, p. 257. L'autore compie una riflessione sulla natura e la *ratio* dell'istituto in critica alla giurisprudenza dell'epoca che individuava il fondamento della surroga dell'assicuratore nel fatto che, a seguito dell'atto illegittimo del terzo, “si sposta e si altera, oltre il corso normale dell'alea, l'equilibrio dei rapporti fra assicurato e assicuratore”: così Cass. 11 marzo 1924, in *Giur. it.*, 1924, I, p. 346.

(29) BRUNETTI, *Diritto marittimo privato italiano*, III, Torino, 1938, p. 820. Sull'art. 438 GASPERONI, *Assicurazione (in generale)*, in *Nuovo Dig.*, I, Torino, 1937, p. 838.

(30) In tal senso SRAFFA, *op. loc. cit.*

(31) Così SALANDRA, *L'assicurazione della responsabilità civile secondo il nuovo codice*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, p. 145 ss. Questa soluzione necessiterebbe di essere rimeditata alla luce delle sentenze della Sezioni Unite (Cass., sez. un., 22 maggio 2018 nn. 12564, 12565, 12566 e 12567, in <http://dirittocivilecontemporaneo.com/2018/06/le-sezioni-unite-sulla-compensatio-lucris-cum-danno/>) le quali statuiscono che la questione del cumulo del risarcimento del danno con l'indennità corrisposta al danneggiato da un terzo soggetto, diverso dal danneggiante, deve essere rimeditata e risolta avendo riguardo alla funzione (risarcitoria o meno) del beneficio o vantaggio (es. indennità assicurativa, rendita INAIL da invalidità, indennità di accompagnamento, pensione di reversibilità). Se il risarcimento e l'indennità assicurativa devono essere cumulati perché entrambi avrebbero funzione compensatoria, allora la rinuncia alla surroga potrebbe, ove ammessa, portare ad una liberazione del responsabile del danno, il quale peraltro in caso di assicurazione danni non è neppure il

Se così fosse, non sarebbe ammissibile un'eventuale rinuncia dell'assicuratore al proprio diritto di surroga.

Ad analoghe conclusioni giungono quanti configurano nel meccanismo della surroga un'applicazione del principio indennitario in quanto, se l'assicurato potesse percepire oltre all'indennizzo da parte dell'assicuratore anche il risarcimento da parte del terzo, avrebbe delle entrate superiori al danno patito ⁽³²⁾.

Sembra per contro difficile ritenere fondate simili posizioni. Il punto è che non è dato cogliere indici normativi relativi all'imperatività dell'art. 1916 il quale sembra essere il frutto di una scelta politica piuttosto che l'affermazione di un principio fondante la natura e la struttura del contratto di assicurazione ⁽³³⁾.

La giurisprudenza del resto ha ormai da tempo affermato la validità delle clausole di rinuncia alla surroga ponendosi piuttosto il problema dell'oggetto del contratto nelle ipotesi in cui è apposta una simile clausola. Con particolare riguardo all'assicurazione, stipulata dal vettore per i danni alla merce trasportata, contenente una clausola per conto di chi spetta, anche se l'assicuratore ha rinunciato a rivalersi nei confronti del vettore per l'indennizzo corrisposto, questo contratto non può essere parificato ad una assicurazione della responsabilità civile del vettore stante la diversità di oggetto tra i due tipi di assicurazione. Dalla rinuncia sorge soltanto il potere del vettore di respingere in via di eccezione le pretese di rivalsa dell'assicuratore ⁽³⁴⁾.

Si sostiene ancora in giurisprudenza che la surroga dell'assicuratore nella posizione dell'assicurato verso il danneggiante responsabile si risolve in una peculiare forma di successione nel diritto di credito dell'assicurato verso il terzo responsabile, nei limiti dell'indennizzo versato ⁽³⁵⁾.

soggetto assicurato onerato dal premio, con un impatto sulla funzione deterrente della responsabilità civile. Due sono le possibili soluzioni: negare la rinunciabilità della surroga oppure escludere la *compensatio* in caso di contratto di assicurazione che prevede la rinuncia alla surroga.

⁽³²⁾ Cfr. MUNGARI, *Riflessioni sulla surrogazione dell'assicuratore*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1964, II, 378; SOTGIA, *Valore ed effetti della notificazione dell'assicuratore al responsabile del danno di voler esercitare a suo tempo il diritto di surroga secondo l'art. 1916 c.c.*, in *Assicurazioni*, 1960, I, 210.

⁽³³⁾ Così VOLPE PUTZOLU, *Assicurazione contro i danni*, in *Dig. Comm.*, I, Torino, 1988, 416.

⁽³⁴⁾ In tal senso Cass., 18 maggio 2006, n. 11679, in *Dir. maritt.*, 2007, p. 823. A favore della rinunciabilità anche la sentenza sulla cumulabilità di risarcimento e indennizzo relatore Rossetti. Cass., 11 giugno 2014, n. 13233, in *Foro it.*, 2014, I, p. 2064.

⁽³⁵⁾ Così Cass., 23 febbraio 2009, n. 4347, in *Mass. Foro it.*, 2009; Cass., 3 dicembre

Come detto la rinuncia alla surroga è di norma contenuta nei contratti contro la responsabilità civile, dove la operatività della stessa contro il responsabile, che è anche l'assicurato, svilirebbe la funzione del contratto⁽³⁶⁾.

Con riferimento alla soluzione proposta in dottrina in merito ai danni punitivi, va detto che qui si ammetterebbe non una surroga per l'intero rischio di responsabilità civile, ma solo per le poste punitive.

Il profilo della assicurabilità dei danni punitivi risulta in gran parte risolto da clausole di esclusione, che in Italia potrebbero trovare limitazioni nella disciplina delle assicurazioni obbligatorie (v. in particolare art. 144 del codice delle assicurazioni, d.lgs. n. 209 del 2005). Inoltre in linea con l'art. 1370 c.c., relativo alla interpretazione in senso più favorevole all'aderente in caso di contratto per condizioni generali quali sono i contratti di assicurazione, tali clausole dovrebbero essere interpretate nel senso restrittivo di una esclusione solo di danni punitivi intesi come traduzione dall'inglese di "*punitive damages*" e non come sanzione risarcitoria avente una funzione deterrente rafforzata su basi quantitative. L'esclusione dovrebbe essere limitata ai casi in cui il soggetto assicurato si trova ad essere condannato per un danno punitivo irrogato ai sensi di una normativa che testualmente lo prevede. Potrebbe essere il caso di un cittadino italiano/impresa con sede in Italia condannato al pagamento dei danni punitivi da una Corte americana in base ad una sentenza deliberata in Italia.

Sul punto a nostro avviso merita attenzione l'uso che della *contra proferentem rule* è stato fatto nel diritto americano con riguardo alla efficacia della copertura dei danni punitivi in particolare in ipotesi di atti intenzionali.

2007, n. 25182, in *Assicurazioni*, 2008, II, 2, p. 186; Cass., 24 novembre 2005, n. 24806, in *Mass. Foro it.*, 2005.

⁽³⁶⁾ Al fine di delimitare l'ambito di applicazione dell'art. 1916 è anche necessario definire chi sono i "terzi responsabili" di cui al I comma della norma. Secondo alcuni tali sarebbero i soggetti, estranei al rapporto assicurativo, che sono tenuti a rispondere dell'evento dannoso a titolo di responsabilità civile verso l'assicurato. Sarebbero allora esclusi gli altri soggetti tenuti a rispondere per contratto o per legge, come l'assicuratore del terzo responsabile. Per contro in dottrina si ritiene che il termine terzo responsabile possa essere riferito più latamente a tutti coloro che rivestono una posizione di terzietà rispetto al rapporto assicurativo e che sono tenuti a rispondere per contratto, fatto illecito o per altra causa legittima di obbligazione (LA TORRE, *Il punto sulla surrogazione dell'assicuratore*, in *Assicurazioni*, 1978, I, p. 341 ss.). Responsabile è infatti non solo il danneggiante imputabile dell'illecito civile, ma, anche chi è tenuto a rispondere dell'obbligazione assunta in via generale.

Si hanno casi in cui le Corti sono state chiamate ad interpretare il testo di clausole, ove si limitava la copertura assicurativa ai «*results in bodily injury or property damage neither expected nor intended from the standpoint of the insured*»⁽³⁷⁾, alla luce della *contra proferentem rule* in modo da avere estensione della copertura anche in ipotesi di atti intenzionali.

Qui l'applicazione della regola che impone all'interprete di risolvere i dubbi interpretativi nel senso più favorevole al contraente non predisponente, contrasterebbe però con le ragioni di *public policy* che stanno alla base del divieto di assicurare gli atti intenzionali.

È forse per tali ragioni che i giudici tendono ad escludere un'interpretazione del testo che estenda la copertura assicurativa anche agli atti intenzionali dell'assicurato, sebbene una simile lettura possa risultare rispondente appunto alla *contra proferentem rule*⁽³⁸⁾.

Per le stesse ragioni talune Corti statunitensi, anche quelle che ammettono l'assicurabilità dei *punitive damages*, considerano *void* la espressa inclusione all'interno dei rischi assicurati della responsabilità derivante da una condotta intenzionale⁽³⁹⁾.

Nel caso in cui la polizza non contenga previsioni al riguardo né di segno negativo, né di segno positivo, i giudici americani tendono a riconoscere una «*implied exception*» alla copertura di atti intenzionali che sono solitamente alla base della decisione di irrogazione di danni punitivi⁽⁴⁰⁾: dal momento che tale esclusione risponde a ragioni di ordine pubblico, ove non espressa, la si deve ritenere implicita nel contenuto del contratto di assicurazione.

Ancora occorre ricordare che l'assicurabilità di danni punitivi, in accordo con la interpretazione contro il predisponente, è stata ammessa in Stati che espressamente prevedono la assicurabilità dei danni punitivi.

Così la *Section 38.2-227* del *Virginia Code* ritiene assicurabili *punitive damages* «*arising out of the death or injury of any person as the result of*

(37) *V. Millard Warehouse, Inc. v. Hartford Fire Ins. Co.*, 283 N.W. 2d 56, 61 (Neb. 1979).

(38) Come riferito da KIBLER, *Intentional Injury Exclusionary Clauses: The Question of Ambiguity*, in *Val. U. L. Rev.*, 21 (1987), p. 377.

(39) *St. Paul Fire & Marine Insurance Co. v. Sernow*, 222 Conn. 823, 610 A. 2d 1281 (1992).

(40) Anche in questo caso tale atteggiamento vale sia per gli Stati che negano in generale l'assicurabilità dei *punitive damages* (*V. Ranger Ins. Co. v. Bal Harbor Club, Inc.*, 549 So. 2d 1005, 1007 (Fla 1989)), sia per quelli che ammettono l'assicurabilità degli stessi (*V. St. Paul Ins. Co. v. Talladega Nursing Home, Inc.*, 606 F 2d 631, 632 (5th Cir. 1979)).

negligence, including willfull and wanton negligence, but excluding intentional acts».

In questi casi l'esistenza di una previsione legislativa, che deve essere ponderata tenuto conto del diverso "peso punitivo" dei *punitive damages* negli Stati americani, come peraltro riconosce la nostra stessa Cassazione a sezioni unite 2017, ha trovato conferma nelle pronunce dei giudici che hanno esteso la copertura assicurativa ai *punitive damages* in applicazione della *contra proferentem rule* ⁽⁴¹⁾.

In alcune ipotesi comunque le Corti statunitensi hanno ammesso l'assicurabilità dei c.d. danni punitivi sulla base della mera *contra proferentem rule* senza valutare se l'estensione della copertura assicurativa a perdite pecuniarie, che siano conseguenza dell'irrogazione di sanzione punitiva, possa risultare contraria alla stessa natura e funzione della pena e alla stessa *public policy* ⁽⁴²⁾.

Forse merita riflettere sul come il principio di *public policy* è inteso dai giudici americani che ne fanno applicazione. Al riguardo possiamo richiamare la descrizione che un Autore americano ha compiuto di tale giudizio: «*The principle of freedom of contract rests on the premise that it is in the public interest to accord individuals broad powers to order their affaire through legally enforceable agreements. In general, therefore, parties are free to make such agreements as they wish, and courts, will enforce them without passing on their substance. Occasionally, however, a court will decide that the public interest in freedom of contract is outweighed by some public policy and will refuse to enforce the agreement or some part of it on that ground*» ⁽⁴³⁾.

Questo vuol dire che la questione potrà avere una soluzione diversa a seconda del differente equilibrio degli interessi in gioco nel caso sottopo-

⁽⁴¹⁾ Cfr. *United Serv. Auto.Ass'n v. Webb*, 369 S.E. 2d 196, 199 (Va 1988).

⁽⁴²⁾ In *Harrell v. Travelers Indem. Co.*, 567 P. 2d 1013, 1015 (Or. 1977) la Corte affermò «*We hold that (the insurance policy)provisions were ambiguous, at the least, so as to require the resolution of any reasonable doubts against the insurance company; that upon reading the policy provisions as set forth above, and in the absence of any express exclusion of liability for punitive damages, a person insured by such a policy would have reason to suppose that he would be protected against liability for "all sums" which the insured might become "legally obligated to pay" and that the term "damages" would include all damages, including punitive damages which became, by judgment, a "sum" that he became "legally obligated" to pay*».

Per ulteriori indicazioni giurisprudenziali v. PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, p. 463, nt. 91.

⁽⁴³⁾ Così FARNSWORTH, *Contracts*, Boston-Toronto-Londra, 1990, p. 345.

sto all'attenzione della Corte. Condizione che non risulta poi distante da quanto accade nei sistemi di *civil law* (44).

4. – Al di là della applicazione della *contra proferentem rule*, il tema della assicurabilità dei danni punitivi trova posizioni controverse da parte dei giudici dei differenti Stati americani (45).

Come noto, i sistemi di *common law* (46), conoscono due paradigmi sanzionatori dell'illecito civile: i *compensatory damages* e i *punitive damages* (47): gli uni volti a compensare il danneggiato del detrimento subito in conseguenza dell'illecito altrui, gli altri volti a punire il responsabile (48).

(44) Celebre la descrizione della *public policy*, che risulterebbe essere “*a very unruly horse, and when once you get stride it you never know where it will carry you*”: così Burrough, J., in *Richardson v. Mellish*, 2 Bing. 229, 252, 130 Eng. Rep. 294, 303, (1824).

Con riferimento alla natura casistica del diritto anche nei sistemi di *civil law* si ricordano le parole di HESSELINK, *The New European Private Law*, The Hague-London- New York, 2002, p. 16, «*in a code system the courts and the scholars together master the gap between the abstract rules and the specific cases (concretisation) that legislator has left. Legislator (necessarily) provides abstract rules, the scholars are the expert on what their specific implication are, and the courts (inspired by these scholars) decide what they mean in specific case*».

(45) Cercheremo in questa sede di limitarci ai casi essenziali relativamente al tema di cui ci occupiamo rinviando alla più penetrante analisi compiuta da CERINI, *op. loc. cit.*

(46) Il riferimento generale al sistema di *common law* e non solo al diritto americano, in cui i *punitive damages* hanno trovato più piena applicazione, è voluto in ragione delle pronunce della *House of Lords* che hanno segnato un distacco dalla passata riluttanza dei giudici inglesi a riconoscere a favore del danneggiato *punitive damages*. Intendiamo riferirci ai casi *Attorney-General v. Blake*, 1 A.C. 268 (2001) e *Kuddus (AP) v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary*, in U.K.H.L., 2001, 29. Per alcune prime indicazioni comparative si rinvia a E. URSO, *I punitive damages fra regole standards e principi: una indebita vocazione pubblica di un antico strumento privatistico?*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2001, p. 3 nt. 19 del dattiloscritto aggiornato.

(47) Una delle questioni che ha permesso una presa di posizione della giurisprudenza americana sulla distinzione tra *compensatory damages* e *punitive damages* riguarda la tassazione delle rispettive entrate. Cfr. *O'Gilvie et al. v. United States* 117 S.C.T. 452, 456-457 (1996).

In base allo *Small Business Job Protection Act* del 1996 solo i primi sarebbero esenti da tassazione. La *Supreme Court*, chiamata a rispondere sulla retroattività della suddetta regola, ha argomentato la propria decisione sulla base della diversa funzione di *punitive* e *compensatory damage*: i primi soltanto potrebbero rappresentare delle entrate passibili di tassazione in quanto volti ad arricchire il danneggiato; per contro i *compensatory damages* sarebbero esclusivamente indirizzati a ricostituire la sfera del leso del detrimento subito e non potrebbero così rappresentare una posta attiva nella posizione reddituale del danneggiato. Si veda E. URSO, *Recenti sviluppi nella giurisprudenza statunitense e inglese in materia di Punitive damages*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 81.

(48) Occorre sin da ora precisare che la giurisprudenza di alcuni Stati americani, pur richiamando la distinzione nominale tra *punitive* e *compensatory damages*, manca di legare la stessa ad una corrispondente distinzione sul piano sostanziale. Cfr. *Lanese v. Carlson*, 344

Del resto è nel diritto statunitense che il problema dell'assicurabilità di sanzioni punitive è stato posto in concreto all'attenzione delle Corti statuali con risposte variegatae ⁽⁴⁹⁾.

A ben vedere tali distinti orientamenti poggiano in realtà su differenze relative ai casi concreti e, ad esempio, alla presenza o meno di atti intenzionali del responsabile, per quanto non sempre l'intenzionalità è richiesta ai fini della condanna al pagamento di danni punitivi essendo sufficiente che vi sia un *reckless behavior*, ma anche una *gross negligence* ⁽⁵⁰⁾.

La inassicurabilità degli atti intenzionali risulta una regola generale che può dirsi universalmente riconosciuta, collegata allo stesso concetto di rischio come elemento essenziale del contratto di assicurazione, presente nella normativa sul contratto di assicurazione dei differenti ordinamenti quale norma di ordine pubblico volta a prevenire la commissione di atti dannosi da parte dell'assicurato ⁽⁵¹⁾.

A.2d 361,364 (Conn. Super. Ct. 1975) ove si afferma che «*In this state, the purpose of exemplary damages and the rules for their determination indicate that they are essentially compensatory, not punitive, in fact and effect*». Analoghe considerazioni si sono avute da parte di altre Corti statali *Fagot v. Ciravola*, 445 F. Supp. 342, 345 (E. D. La. 1978); *Ray v. City of Detroit*, 242 N.W.2d 494, 496 (Mich. Ct. App. 1976); *Vratsenes v. New Hampshire Auto, Inc.*, 289 A2d 66, 68 (N.H. 1972).

⁽⁴⁹⁾ Ampi anche i dibattiti dottrinali sul punto in particolare i contributi di PRIEST, *Insurability and punitive damages*, in *Ala. L. Rev.*, 40 (1989), p. 1009 ss. e più recentemente WIDISS, *Liability insurance coverage for punitive damages? Discerning answers to the conundrum created by disputes involving conflicting public policies, pragmatic considerations and political actions*, in *Villanova Law Rev.*, 39 (1994), p. 455 ss.; OWEN, *A punitive damages overview: functions, problems and reform*, *ivi*, p. 363 ss in particolare p. 389; CARBIN, *Punitive damages and the significance of recent trends for insurers*, in *Int. Ins. L. Rev.*, 6 (1998), p. 122.

⁽⁵⁰⁾ CERINI, *Polifunzionalità dei punitive damages: possibili conseguenze sul piano assicurativo*, in *Diritto del mercato assicurativo e finanziario*, 2018, p. 39.

⁽⁵¹⁾ In tal senso v. BESSON, *Le contrat d'assurance et la morale*, in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle*, a cura di Ripert, t. II, Parigi, 1950, p. 181 ss.; LA TORRE, *Responsabilità e autoreponsabilità nell'assicurazione (art. 1900)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1968, p. 442 ss. e in *Studi in memoria di A. Torrente*, vol. I, Milano, 1968, p. 569 ss. ora in *Scritti di diritto assicurativo*, cit., p. 421 ss.

La regola da noi contenuta nell'art. 1917 trova rispondenza nella legislazione francese, tedesca e inglese.

Così l'art. L. 113-1 del *Code des assurances* esclude la copertura del «*faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré*». In senso analogo il § 61 VVG. Cfr. LORENZ, *Der subjektive Risikoabschluss durch par. 61 VVG und die Sonderregelung in par. 152 VVG*, in *VersR*, 2000, pp. 4-6.

Anche nel sistema di common law è riconosciuto che «*an implied exception to coverage under any form of insurance is an intentional or expected injury damage or loss*»: così FREEDMANN, *Richard's on Insurance*, New York, 1990, 6a ed., pp. 47-48.

Tale regola trova particolare applicazione anche con riguardo alla questione della assicurabilità dei *punitive damages* irrogati tenuto conto generalmente anche della intenzionalità dell'atto ⁽⁵²⁾: gli *intentional acts* sono ritenuti infatti per lo più inassicurabili anche in quegli Stati che considerano i *punitive damages* assicurabili ⁽⁵³⁾.

Per contro, ove la condotta sanzionata non sia intenzionale, la esclusione della copertura assicurativa finirebbe per determinare un effetto dannoso sul responsabile di gran lunga superiore all'effetto positivo di prevenzione degli illeciti ⁽⁵⁴⁾ con un rischio di *overdeterrence*.

Ancora le decisioni dei giudici tengono conto della presenza o meno di una responsabilità vicariale. Nel tentativo di tradurre il termine "*vicarious liability*" si è utilizzata la espressione "responsabilità per fatto altrui" ⁽⁵⁵⁾. Difficile però assimilare la responsabilità vicariale con la responsabilità per fatto altrui presente nel nostro ordinamento ⁽⁵⁶⁾. Innanzitutto la responsabilità per fatto altrui nel nostro ordinamento, a differenza di quanto avviene nel sistema di *common law*, può operare solo con riferimento alla sola responsabilità civile, mentre non può trovare spazio nel diritto penale per il principio di personalità della pena espresso nell'art. 27 della nostra Costituzione ⁽⁵⁷⁾.

Addirittura la scienza giuridica penale italiana, nell'individuare i periodi storici in cui sono riscontrabili ipotesi di responsabilità penale per

⁽⁵²⁾ Abbiamo già visto che non c'è una perfetta coincidenza tra intenzionalità dell'atto illecito e irrogazione di sanzioni punitive civili. V. *supra*.

⁽⁵³⁾ In particolare sul punto la giurisprudenza ha preso espressa posizione nei seguenti casi *Southern Farm Bureau Casualty Insurance Co. v. Daniel*, 246 Ark. 849, 440 S.W.2d 582 (1969); *St. Paul Fire & Marine Insurance Co. v. Sbernow*, 222 Conn. 823, 610 A.2d 1281 (1992); *American Insurance Co. v. Saulnier*, 242 F. Supp. 257 (D. Conn. 1965). Cf. *Tedesco v. Maryland Casualty Co.*, 127 Conn. 533, 18 A.2d 357 (1941); *Caulfield v. Amica Mutual Insurance Co.*, 31 Conn. App. 781, 627 A.2d 466 (Conn. App. Ct. 1993); *Hartford Life Insurance Co. v. Title Guarantee Co.*, 520 F.2d 1170 (D.C. Cir. 1975); *Pray v. Lockhard Aircraft Corp.*, 644 F. Supp. 1289 (D.D.C. 1986); *Continental Insurance Co. v. Hancock*, 507 S.W.2d 146 (Ky. 1973); *West v. Pratt*, 871 S.W.2d 477 (Tenn. 1994).

⁽⁵⁴⁾ Sul punto WIDISS, *Liability insurance coverage for punitive damages? Discerning answers to the conundrum created by disputes involving conflicting public policies, pragmatic considerations and political actions*, in *Villanova Law Rev.*, vol. 39, 1994, p. 455 ss.

⁽⁵⁵⁾ Così CADOPPI e PRICOLO, voce *Vicarious liability nel diritto anglo-americano*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XV, Torino, 1999, p. 187.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. CADOPPI e PRICOLO, *op. loc. cit.*

⁽⁵⁷⁾ Cfr. CADOPPI e PRICOLO, *op. cit.*, p. 189 i quali, però, (p. 189, nt. 3) considerano anche la possibilità di assimilare alcune ipotesi di *vicarious liability* ai nostri reati c.d. "di posizione". Si pensi alla responsabilità del direttore o vicedirettore responsabile di un periodico di cui all'art. 57 c.p.

fatto altrui, osserva come la riproposizione di siffatta figura in tempi moderni sia da ricondurre a «fasi patologiche della storia» (58).

Se però si ha presente l'operatività in concreto dell'istituto nel sistema anglo-americano, non pare che vi sia alcunché di patologico o di lesivo dei diritti umani. Si tratta, infatti, unicamente di un istituto che importa, nella sostanza, l'assenza dello «*actus reus* del soggetto cui si sostituisce l'*actus reus* posto in essere da un terzo» (59). È il caso del datore di lavoro, non responsabile di alcun illecito, che si trova a rispondere per la condotta del suo dipendente.

La dottrina osserva in particolare come il legislatore o la giurisprudenza americana ricorrono alla *vicarious liability* per individuare un responsabile in ipotesi in cui il reato rischierebbe altrimenti di non essere imputabile al materiale artefice dell'illecito, come nel caso di un reato proprio commesso da un soggetto che non ha la qualifica prevista nella fattispecie penale (60).

Il fenomeno giuridico trova ragione di esistere in una particolare concezione della pena e dei principi propri delle sanzioni punitive (61), tale per cui, per alcune ipotesi di illecito, l'attenzione viene spostata dalla afflizione del reo alla riparazione dell'offesa. In tale prospettiva, per trovare un soggetto passibile della pena, quale strumento di ricostituzione della situazione giuridica violata, si ritiene responsabile un terzo. Pare evidente che in queste ipotesi la stessa funzione deterrente della responsabilità civile abbia un ridotto ruolo.

Queste considerazioni hanno rilevanza al momento in cui si riflette sul rapporto *vicarious liability* – assicurazione e ci permettono di comprendere le ragioni che stanno alla base delle pronunce delle Corti statuali americane le quali si sono espresse a favore della assicurabilità di perdite pecuniarie conseguenti alla irrogazione di una sanzione punitiva comminata in relazione ad una responsabilità c.d. "vicariale".

I giudici americani tendono in genere ad ammettere la possibilità di condanna alla corresponsione di *punitive damages* a titolo di *vicarious liability* (62), e a riconoscere l'assicurabilità di un simile rischio in quanto

(58) In tal senso v. MANTOVANI, *Diritto penale generale*, Padova, 2017, 10^a ed., p. 294.

(59) Le parole tra virgolette sono di CADOPPI e PRICOLO, *op. cit.*, p. 187.

(60) In tal senso CADOPPI e PRICOLO, *op. loc. ult. cit.*

(61) Il principio della personalità della pena è riconosciuto anche nel diritto americano che però trova non poche eccezioni tra cui figura appunto la dottrina della *vicarious liability*.

(62) In alcuni casi le Corti hanno argomentato tale conclusione, con riferimento appunto alla *employer's vicarious liability* osservando come in tali ipotesi i *punitive damages* avrebbero efficacia come sanzione per la violazione sull'obbligo di sorveglianza dell'em-

il soggetto passivo dell'obbligo a corrispondere una data somma di denaro a titolo di *punitive damage* non è il diretto responsabile dell'atto sanzionato e quindi l'assicurabilità dei danni punitivi in questo caso non sarebbe in contrasto con la funzione dei *deterrence* dei danni punitivi e con le ragioni di *public policy* che starebbero alla base della inassicurabilità dei danni punitivi ⁽⁶³⁾.

Si tratta comunque di una soluzione non assolutizzabile e che va collocata nell'estrema varietà degli orientamenti che non consentono di affermare la riconosciuta o meno assicurabilità dei danni punitivi nel sistema statunitense.

Un peso fondamentale nelle decisioni sulla assicurabilità dei danni punitivi hanno anche i diversi interessi pubblici coinvolti. Così troviamo differenti orientamenti a seconda che si tratti di responsabilità per circolazione stradale o di *product liability* ⁽⁶⁴⁾ tenuto conto del diverso potere

ployer sull'*employee* che ha commesso l'illecito. Si è allora ammessa la irrogazione di *punitive damages* a carico dell'*employer* che non ha prevenuto l'illecito dell'*employee* pur avendone la possibilità. Così è stato in *Hale v. Farmer's Ins. Exch.*, 117 Cal Rptr. 146, 152-53 (App. 1975). In altri casi si è data rilevanza alla presenza di una autorizzazione o di una ratifica da parte dell'*employer* rispetto all'atto dell'*employee*. Cfr. *Openshaw v. Oregon Auto. Ins. Co.*, 487 P.2d 929, 932 (III 1971).

Per contro alcuni Autori hanno rilevato come ammettere la *vicarious liability* anche in ipotesi di *punitive damages* «it is contrary to all principle to punish one person for the misdeeds of another»: così ATIYAH, *The damages lottery*, Oxford, 1997, p. 175.

⁽⁶³⁾ Cfr. *U.S. Concrete Pipe Co. v. Bould*, 437 So. 2d 1061 (Fla. 1983); *Highlands Insurance Co. v. McCutchen*, 486 So. 2d 4 (Fla. Dist. Ct. App. 1986); *Scott v. Instant Parking, Inc.*, 105 Ill. App. 2d 133, 245 N.E.2d 124 (Ill. App. Ct. 1969); *U.S. Fidelity & Guaranty Co. v. Open Sesame Child Care Center*, 819 F. Supp. 756 (N.D. Ill. 1993); *Norfolk & Western Railway Co. v. Hartford Accident & Indemnity Co.*, 420 F. Supp. 92 (N.D. Ind. 1976); *Pennbank v. St. Paul Fire & Marine Insurance Co.*, 669 F. Supp. 122 (W.D. Pa. 1987). Particolare è il caso del New Jersey. In *Malanga v. Manufacturers Casualty Insurance Co.*, 28 N.J. 220, 146 A.2d 106 (1958), i giudici hanno riconosciuto assicurabili i *punitive damages* in caso di *vicarious liability*.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. *Fitzgerald v. Western Fire Insurance Co.*, 209 Mont. 213, 679 P.2d 790 (1984).

In dottrina si osserva comunque che la funzione deterrente dei *punitive damages* possa permanere, in via indiretta, in caso di una loro assicurabilità anche ove la relativa condanna dipenda da una *product liability*. Si pensi all'aumento dei premi, alla perdita della reputazione della impresa, ai costi dei processi. Cfr. OWEN, *Punitive damages in products liability litigation*, 1976, II, 74, p. 1262 ss.

Queste osservazioni richiamano il contenuto dal libro di NABET, *La peine privée en droit des assurances*, Aix-Marseille, 1986, p. 82 ss. in cui l'a. nota come il sistema assicurativo possa porsi non in contrasto ma addirittura come complemento della pena.

In una prospettiva di analisi economica e di valutazione più strettamente socio-politica, il contratto di assicurazione potrebbe esercitare una funzione preventivo-deterrente degli illeciti sia mediante apposite clausole contrattuali (*bonus-malus*; franchigie, scoperti obbligatori, ecc.) sia mediante gli *standard* minimi di assicurabilità che l'impresa assicuratrice potrebbe imporre all'assicurato e che sarebbero appunto orientati alla prevenzione di illeciti

economico dell'impresa e del conducente di veicoli e quindi tenuto conto del diverso impatto deterrente della personalità della sanzione punitiva.

5. – Come abbiamo avuto modo di sottolineare si assiste ad un incremento dell'adozione di pene private anche in funzione di depenalizzazione in attuazione dei principi enunciati dalla Corte Costituzionale con la già richiamata pronuncia n. 487 del 25 ottobre 1989 ⁽⁶⁵⁾.

Si apre così un più generale problema di assicurabilità delle pene private che si pone con riguardo all'applicazione del principio di personalità pena sancito nell'art. 27 Cost.

La dottrina tende a risolvere il problema affermando che tali principi sono garanzie che troverebbero ragione nella tutela dell'individuo da restrizioni della propria libertà personale e quindi andrebbero riferite esclusivamente alle pene detentive o alle sanzioni pecuniarie convertibili in sanzioni detentive e non alle pene private volte ad incidere esclusivamente sul patrimonio del responsabile ⁽⁶⁶⁾.

Il principio della personalità, inteso come intrasmissibilità della pena, invece, pare essere piuttosto un'estensione del principio di effettività: la pena per essere effettiva deve cadere con certezza nella sfera giuridica del responsabile; laddove l'effettività è stata da taluni considerata non una mera regola, ma l'autentica espressione del modo di essere della pena ⁽⁶⁷⁾. L'incertezza sulla sua irrogazione, infatti, rende inattuabile la stessa funzione cui essa è ordinata: il mantenimento dell'ordine costituito, in quanto la mancata effettività della sanzione finisce per attenuare o addirittura per rendere inoperante la funzione deterrente propria della pena stessa generalmente intesa come sanzione punitiva ovvero sanzione ordinata non solo alla riparazione dell'ordine violato ma alla creazione di un ulteriore danno a carico del responsabile in funzione di rafforzamento della funzione deterrente della sanzione.

Si apre così una conflittualità nella sostanza insolubile: se si ritiene che le pene private debbano essere ordinate al principio di personalità, le stesse devono essere ritenute inassicurabili anche se operanti nel sistema

(si pensi al necessario esercizio di controlli sulla qualità dei prodotti messi in commercio, al buono stato di funzionamento dei macchinari ecc.) Cfr. LOCATELLI, *Il ruolo degli assicuratori privati nel sistema di prevenzione del danno alla persona. Opportunità e problemi*, in *Assicurazioni*, 1997, p. 639-660.

⁽⁶⁵⁾ V. *supra*, par. 1.

⁽⁶⁶⁾ Così GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996.

⁽⁶⁷⁾ Sul punto D'AGOSTINO, voce *Sanzione (teoria gen.)*, cit., p. 309 ss.; ID., *La sanzione nell'esperienza giuridica*, cit., p. 23.

di responsabilità civile ⁽⁶⁸⁾, se non sono ordinate a tale principio allora forse sono da considerare come altro dal sistema sanzionatorio punitivo.

Sul punto si osserva come il principio della inassicurabilità delle sanzioni punitive potrebbe trovare in realtà espressa consacrazione nel codice delle assicurazioni d.lgs. n. 209 del 2005 all'art. 12 ove è sancito il divieto di stipulare assicurazioni che «hanno ad oggetto il trasferimento del rischio di pagamento delle sanzioni amministrative» oltre a quelle che hanno ad oggetto il pagamento del riscatto in caso di sequestro di persona, già previsto all'art. 2 del d.l. 8 del 1991 in materia di sequestri di persona a scopo di estorsione ⁽⁶⁹⁾.

Alla luce di quanto sin qui detto e considerato, a nostro avviso occorre distinguere differenti problemi che si intrecciano nella prospettiva più ristretta dell'assicurabilità dei danni punitivi secondo l'ordinamento italiano.

Vi è il problema (dobbiamo dire più astratto che concreto) della validità di una espressa copertura dei danni punitivi irrogati verso un assicurato italiano da Corti Statunitensi le cui sentenze siano state deliberate in Italia ove la legge applicabile al contratto sia quella italiana. La soluzione potrebbe essere trovata nel divieto di assicurazione di sanzioni amministrative ove si consideri l'art. 12 del c. ass. priv. espressivo di un principio generale di inassicurabilità delle sanzioni punitive e del più generale principio della personalità della pena. Uno spazio all'assicurabilità, seguendo le indicazioni di parte della dottrina ⁽⁷⁰⁾, si potrebbe trovare, mantenendo il peso degli effetti punitivi sulla persona responsabile, ove oltre alla espressa previsione della copertura dei danni punitivi, sia prevista la operatività della surroga dell'assicuratore nei confronti del responsabile per i danni punitivi.

Sempre in caso di condanna a danni punitivi da parte di una Corte americana di un assicurato italiano, vi può essere il problema, nel silenzio della polizza, di riconoscere una copertura implicita delle sanzioni punitive oppure di riconoscere una simile copertura anche in presenza di una clausola di esclusione che presenti un'incertezza interpretativa tale da aprire all'applicazione dell'art. 1370. Anche la soluzione a questo problema impone di valutare l'ammissibilità per il nostro ordinamento di una

⁽⁶⁸⁾ MANCA!!!

⁽⁶⁹⁾ Cfr. RUSSO, *sub art. 12*, in *Commentario breve al diritto delle assicurazioni*, cit., p. 286 ss.

⁽⁷⁰⁾ A. D. CANDIAN, *op. loc. cit.*

copertura del rischio di irrogazione di sanzioni punitive nei termini di cui al precedente caso.

Vi sarà poi il diverso problema della estensione della copertura contro il rischio da responsabilità civile anche a risarcimenti ultracompensatori comminati da Corti italiane.

Sul punto è forse importante richiamare la dottrina che si è focalizzata sulla distinzione tra funzione deterrente della responsabilità civile e funzione compensatoria/punitiva del risarcimento ⁽⁷¹⁾. Per dare rilevanza alla riprovevolezza della condotta del danneggiante forse non vi è neppure necessità di parlare di risarcimenti ultracompensatori essendo sufficiente valutare le ricadute a livello di sofferenza del danneggiato di tali condotte, incorporandole all'interno del concetto di danno. È il caso di condotte che, per la loro condanna sociale, hanno avuto sicuramente prodotto una condizione di sofferenza e disagio della vittima per il senso di ingiustizia e di impotenza. È il caso, ad esempio, del prodotto dannoso non ritirato dal mercato per evitare costi eccessivi sebbene si conosca la sua dannosità. Per corroborare la funzione deterrente della responsabilità civile, non vi sarebbe necessità di incidere sulla dimensione compensatoria del risarcimento. Ove si parli di “danno punitivo” in questi termini non vi sono problemi di assicurabilità né di estensione della copertura essendo sempre di fronte ad una obbligazione risarcitoria rispetto alla quale l'assicuratore ha l'obbligo di tenere indenne l'assicurato in base all'art. 1917 e alle condizioni di contratto.

Vi potrà essere il problema di estendere la espressa esclusione da contatto dei danni punitivi a risarcimenti c.d. ultracompensatori comminati da giudici italiani che magari abbiano utilizzato il termine danni punitivi nella redazione della sentenza ⁽⁷²⁾. In questo caso ci pare che, in base all'art. 1370, il significato di “danni punitivi”, di cui alla clausola contrattuale, vada inteso nel senso più favorevole all'aderente e quindi in senso stretto, riferendolo solo ai danni punitivi comminati in ordinamenti che riconoscono la partizione tra risarcimenti compensatori e “risarcimenti” punitivi ⁽⁷³⁾.

⁽⁷¹⁾ V. *supra* nt. 2.

⁽⁷²⁾ V. *supra* nt. 1.

⁽⁷³⁾ Usiamo le virgolette in quanto il termine risarcimento è legato alla funzione compensatoria dell'obbligazione a carico del danneggiante e, come osservato in dottrina, in caso di danni punitivi non si ha compensazione di un danno e la prova di questo non dovrebbe essere neppure richiesta. Cfr. FRANZONI, *op. loc. cit.*

Di questi aspetti ci parrebbe doveroso che le Compagnie tenessero conto nella costituzione delle riserve e nella stesura delle condizioni contrattuali alla luce degli obblighi di gestione prudentiale introdotti dalla normativa di settore.

Tra gli interventi in risposta alla crisi del 2008 vi sono le misure adottate dall'UE nel settore assicurativo sia per gettare le basi per un sistema assicurativo più resiliente, sia per garantire un'adeguata vigilanza nel settore. Il principale intervento è la emanazione della direttiva Solvibilità II, ossia la Dir. 2009/138/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009, sull'avvio e l'esercizio dell'attività di assicurazione e di riassicurazione.

La direttiva segna un cambiamento fondamentale nei requisiti di adeguatezza patrimoniale, gestione del rischio e requisiti di informativa al fine di: proteggere gli assicurati e i consumatori europei; mantenere il quadro europeo in linea con gli ultimi sviluppi in materia di assicurazioni, gestione del rischio, tecniche finanziarie, relazioni finanziarie internazionali e norme prudentziali; razionalizzare il modo in cui i gruppi sono controllati e garantire una maggiore cooperazione tra le autorità di vigilanza, in particolare per quanto riguarda i gruppi assicurativi multinazionali.

A tal fine, e analogamente a quanto i quadri normativi proposti da Basilea II e Basilea III hanno mirato a fare a livello globale nel settore bancario, la direttiva pone le basi per un sistema assicurativo più prudentiale e stabilisce requisiti di solvibilità più completi di quelli pre-esistenti. Come in Basilea, la direttiva si fonda su tre pilastri centrali: risorse finanziarie adeguate (pilastro 1); un adeguato sistema di *governance* (compresa la gestione dei rischi) e un'efficace supervisione degli assicuratori (pilastro 2); informativa al pubblico e rendicontazione normativa (pilastro 3).

Il concetto di rischio oggetto della *governance* non è quello solo assicurativo, ma comprende tutti i rischi da gestire legati al mercato in cui l'impresa si trova ad operare. Anche il diritto, nella sua mutevolezza e adeguamento ai contesti sociali, rappresenta un rischio da gestire. Da qui la necessità per le imprese di munirsi di utili presidi per affrontare l'impatto che la sentenza sezioni unite del 2017 può avere sulla delibazione delle sentenze straniere di condanna al pagamento dei danni punitivi e forse anche sul sistema della responsabilità civile in Italia.