

Peraltro tali componenti a loro volta sono costituite da una serie di sottosistemi ordinati, secondo una causalità naturale, alla produzione di determinati effetti.

Il danneggiamento dell'eco sistema, intervenendo sui processi causali della catena biologica, finisce per avere effetti di un'ampiezza non sempre relazionabile con l'entità dell'azione dannosa, i quali diverranno percepibili solo nel lungo periodo.

I danni recati dall'azione antigiuridica sono, così, difficilmente accertabili e, una volta percepiti, saranno difficilmente riconducibili alla stessa dal punto di vista causale per la distanza di luogo e di tempo che li separa da questa (147). Anche ricorrendo a criteri orientati alla certezza, quale è il criterio della causalità scientifica (148), non sarà sempre possibile individuare

(147) In tal caso il lasso di tempo generalmente lungo tra il verificarsi della causa del danno e il manifestarsi delle conseguenze dello stesso rende tali danni praticamente insuscettibili a meno che non si ammetta la copertura anche di eventi la cui causa efficiente sia da collocare anche in un periodo anteriore alla stipulazione del contratto di assicurazione ma la cui concreta dannosità e la relativa richiesta di indennizzo abbiano avuto luogo nel periodo di efficacia del contratto. Cfr. B. POZZO, *Il danno ambientale*, Milano, 1998, p. 199 ss.

Si potrebbe, ad esempio, ipotizzare l'introduzione di clausole *claims made* di largo impiego in altri ordinamenti, le quali limitano l'obbligo dell'assicuratore a tutte le richieste di indennizzo presentate dall'assicurato nel periodo di efficacia del contratto. Per l'impiego di tali clausole nel *common law* Cfr. M.A. CLARKE, *The law of Insurance contracts*, London-Hong Kong, 1997, 3^a ed., p. 429 ss.

Anche in Germania l'introduzione di tali clausole, e quindi del *Feststellungsprinzip* ai fini della individuazione dei sinistri rientranti nel periodo di operatività della copertura assicurativa, è prospettata con particolare riferimento alla *Umwelthaftpflichtversicherung*. Sul punto v. in particolare P. SCHMACKOWSKI, *Umwelthaftpflichtversicherung und Umwelthaftpflichtversicherung*, Karlsruhe, 1998, p. 231-234.

È evidente che, quando oggetto della richiesta è l'indennizzo per un evento accaduto anteriormente rispetto all'inizio del periodo di efficacia della copertura assicurativa, la clausola *claims made* si risolve in un'assicurazione retroattiva, sulla cui ammissibilità nel nostro ordinamento sono state sollevate non poche perplessità in relazione alla lettera dell'art. 1895. Cfr. G. SCALFI, *I contratti di assicurazione: Passivazione danni*, cit. p. 52; A. DE GREGORIO G.-A. FANELLI, *op. cit.*, p. 80 ss.

(148) Il problema della certa individuazione del soggetto passivo dell'obbligazione risarcitoria trova un ostacolo nella ordinaria pluralità di fattori a cui, a livello empirico, un dato evento risulta casualmente riconducibile; il che importa il ricorso a criteri astratti entro cui sussumere i fenomeni onde discernere, tra una pluralità di

la causa dei danni ambientali proprio per la distanza temporale e spaziale che separa evento — causa dall'evento — conseguenza.

Occorre inoltre considerare che l'azione umana viene ad inserirsi nei processi causali della catena biologica e non a sostituirsi

eventi o circostanze, tutti potenzialmente causa efficiente di un dato fenomeno già realizzatosi, il dato giuridicamente rilevante per il determinarsi del medesimo.

Volendo così ripercorrere le varie teorie in punto di causalità possiamo ricordare la tesi della causalità naturale in base alla quale, al fine di verificare l'esistenza o meno di un nesso eziologico tra un dato evento ed una certa situazione, sarebbe sufficiente accertare se l'una possa essere tale da costituire la condizione in assenza della quale l'altro non si sarebbe verificato. Tale tesi ha trovato particolare attenzione nel diritto penale M. SANSALICO, voce *Causalità*, in *Enc. dir.*, vol. VI, Milano, 1960, p. 639. In giurisprudenza v. tra le sentenze più recenti: Cass. pen. 2.6.1980, in *Giust. pen.*, 1981, II, 495; Cass. pen. 16.6.1981, in *Arch. giur. circ. sin.*, 1982, 302; Cass. pen. 2.10.1981, in *Giust. pen.*, 1982, II, 410; Cass., pen. 1.12.1981, *ivi*, 1983, 876; Cass. pen. 8.3.1989, *ivi*, 1989, II, 650; Cass. pen. 22.4.1989, *ivi*, 1991, I, 59; Cass. pen. 27.3.1991, *ivi*, 1991, II, 665; Cass. pen. 6.10.1995, *ivi*, 1996, II, 358.

La critica a tale criterio viene evidentemente dalla sua eccessiva ampiezza, tale per cui lo stesso risulta idoneo a comprendere nei fattori causali dell'evento anche circostanze che vi hanno contribuito in minima parte.

Né tale critica risulta sminuita dalla esistenza di correttivi al suddetto criterio come quello della c.d. *causa proxima*, che sembrerebbe trovare fondamento nell'art. 1223, dettato in materia di responsabilità civile, ove con riferimento al determinazione del *quantum* del risarcimento del danno si limita lo stesso alle perdite ed al mancato guadagno che siano « conseguenza immediata e diretta » dell'evento dannoso.

Tale criterio ha incontrato varie opposizioni in dottrina perché non consente « di distinguere tra cause mediate e cause immediate, tra cause prossime e cause remote »: così F. CIGOLINI, *La responsabilità da circolazione stradale*, Milano, 1955, p. 591.

Inoltre, come è stato fatto giustamente notare da altri, il legislatore nell'art. 1223 non ha inteso dettare i criteri per il rinvenimento di una causalità giuridica da anteporre ai fini dell'individuazione del soggetto civilmente responsabile, ma si sarebbe limitato ad individuare dei parametri di valutazione del danno. Cfr. F. CARVELLITI, *op. loc. cit.* il quale scrive in risposta a G. CORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: « fatto dannoso e conseguenza »*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, pp. 405 ss. che, per contro, sosteneva l'esistenza di una causalità giuridica fondata sull'art. 1223 contrapposta ad una naturale.

Al fine di restringere la portata del criterio della causalità adeguata, vista l'insufficienza del correttivo della *causa proxima*, si è ipotizzata l'adozione di un criterio che ricerchi la causa di un dato evento secondo un giudizio di tipo prognostico fondato su leggi probabilistiche. Cfr. G. BERTINO, *Diritto Penale*, Padova, 1986, 12^a ed. riv. e integrata, p. 312; P. FORCHETTI, *Responsabilità civile*, Padova, 1983, pp. 26-27.

Tale criterio adotta però un concetto di conoscenza di tipo statico in quanto fondato su una ipotesi di probabilità generale, finendo così per escludere l'esistenza di un nesso di causalità di fronte a fenomeni che, invece, potrebbero essere eziologica-

a questi. Ciò vuol dire che gli eventi dannosi non saranno, in genere, riconducibili in via esclusiva all'intervento dell'uomo, ma ad una combinazione di eventi naturali e artificiali.

In ragione di tali modalità di emersione del danno ambientale pare invero di dubbia efficacia una tutela risarcitoria legata all'esistenza di un danno che il soggetto passivo dell'azione lesiva altrui è tenuto a provare nella duplice dimensione di *an* e *quantum* onde far valere le proprie pretese risarcitorie.

Sono, forse, queste considerazioni che hanno mosso l'attenzione del legislatore nel senso di individuare, in materia di tutela dell'ambiente, peculiari criteri di determinazione del danno risarcibile e di imputazione di obblighi di ripristino a carico del responsabile dell'evento dannoso.

Due le reazioni che si sono avute con riferimento a tali interventi: alcuni hanno lamentato la scarsa incisività del nuovo modello di tutela dell'ambiente rispetto alla disciplina generale della responsabilità civile (149); altri, invece, hanno sottolineato l'innovatività di tali normative in punto di risarcimento del danno

mente collegabili tenuto conto della situazione concreta e dello stato attuale delle conoscenze scientifiche.

La dottrina penalistica ha così corretto il giudizio prognostico della causalità adeguata secondo il criterio della c.d. causalità scientifica. Cfr. G. FIANDACA, voce *Causalità*, *Dig. Pen.*, vol. II, Torino, 1998, p. 122; F. MANTOVANI, *op. ult. cit.*, p. 151; F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 1975, in particolare p. 153. Anche la giurisprudenza civile ha in recenti pronunce fatto ricorso alla c.d. causalità scientifica: Cass. 19.9.1996, n. 8348, in *Dir. econ. assic.*, 1997, 728; C. App. Milano 22.10.1996, in *Danno e resp.*, 1997, 734; C. App. Genova 10.3.1997, in *Danno e resp.*, 1997, 470 con nota R. De Matteis. Il criterio della causalità scientifica ha trovato recente applicazione anche in materia assicurativa: Cass. 3.4.1998, n. 3464, in *Dir. econ. assic.*, 1999, 285.

L'eccessiva rigidità dei giudici nell'applicazione delle leggi scientifiche astratte ha incontrato l'opposizione sia della dottrina della c.d. causalità flessibile (vedi A. VIOLANTE, *Responsabilità oggettiva e causalità flessibile*, Napoli, 1999, p. 59) sia le stesse sezioni unite della Cassazione, che nella sentenza dell'11.9.2002 n. 30328, pubblicata in *Dir. pen. proc.*, 2002, 1357, hanno sottolineato, tra l'altro, come « non sia consentito dedurre automaticamente dal coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica, la conferma, o meno, dell'ipotesi accusatoria sull'esistenza del nesso causale ».

(149) Cass. 3.2.1998, n. 1087, *cit.*

ambientale domandandosi se si possa ancora inserire simile tutela all'interno del sistema della responsabilità civile (150).

Anche in questo caso sembra che la dottrina, anziché prodigarsi per comprendere l'evolversi del modello della tutela civile contro gli illeciti, abbia finito per risolvere il problema di dare adeguata sistemazione ai nuovi fenomeni mantenendo fermo il concetto di risarcimento del danno e qualificando tali novità mediante l'idea di sanzione punitiva.

Con riferimento a quest'ultimo aspetto due sono le norme di cui ci andremo ad occupare: l'art. 18 della l. 8.7.1986 n. 349 e l'art. 17 del d.lgs. 5.2.1997 n. 22.

La prima individua i mezzi di tutela dell'ambiente nel risarcimento del danno e nel ripristino delle condizioni ambientali anteriori all'azione lesiva umana. È su quest'ultimo aspetto che sorgono i primi interrogativi. Infatti, una volta ammessa la risarcibilità dell'ambiente come bene giuridico in sé, occorrerebbe chiedersi che senso abbia fare espresso riferimento alla possibilità di dare rimedio alla lesione, non solo attraverso un ristoro del pregiudizio mediante utilità equivalenti, ma anche attraverso la ricostituzione dello *status quo antea* dal momento che tale forma di tutela è già prevista come alternativa al risarcimento all'art. 2058.

Il richiamo all'azione di ripristino nella legge l. 8.7. 1986 n. 349 rappresenta, però, una piccola rivoluzione nel sistema della responsabilità civile se si considera la lettura restituitiva e la scarsa applicazione dell'art. 2058 da parte della giurisprudenza (151).

La tutela in forma specifica, a lungo rimasta ai margini del sistema della responsabilità civile e (152), talvolta, ritenuta addi-

(150) V. *infra* nota 157.

(151) Per tali osservazioni si rinvia al testo di M.R. MARCELLA, *op. cit.*, p. 13 ss.

Con riferimento alla scarsa applicazione che tale norma ha avuto in giurisprudenza vale la pena di chiedersi se ciò può essere dovuto solo ad una lettura restituitiva della giurisprudenza dell'art. 2058 o anche al fatto che il *leso* preferisce agire per il risarcimento dei danni.

(152) Al riguardo vale la pena di ricordare la tendenza di giurisprudenza e dottrina a confondere la riparazione in forma specifica e l'esecuzione in forma specifica.

rittura estranea allo stesso (153), trova per tal via ampia rivalutazione anche in ragione delle interpretazioni che si sono avute proprio sull'art. 18, in base alle quali è stato letto nell'obbligo di ripristino il rimedio principale in caso di lesione dell'ambiente (154).

In considerazione della possibile ampiezza dei danni che possono conseguire alla turbativa dell'eco-sistema, per i motivi sopra accennati, la miglior tutela è rappresentata proprio da un intervento ripristinatorio delle condizioni iniziali in modo da evitare la prosecuzione di processi dannosi cui la turbativa dell'equilibrio ambientale aveva dato luogo.

Altra parte della dottrina non ha però mancato di sottolineare come la norma in esame non preveda, in modo analogo rispetto all'art. 2058, il limite della eccessiva onerosità del costo del

Sul punto C. CASTRONOVO, *Il risarcimento in forma specifica come risarcimento*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di Mazzamuto, cit., p. 481 ss.; M.R. MAERLA, *op. loc. cit.* Quest'ultima riconosce, in particolare, in R. SCOGNAMIGLIO, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, p. 214 ss. uno degli Autori che hanno avuto un ruolo preminente nel processo teorico di riconduzione dell'art. 2058 all'interno del sistema di responsabilità civile.

Da parte della giurisprudenza si può inoltre rilevare la tendenza a considerare il risarcimento in forma specifica come un *minus* rispetto al generale rimedio contro gli illeciti civili del risarcimento per equivalente.

Al riguardo si può ricordare quanto apoditticamente asserito dalla Suprema Corte nella sentenza Cass. 29.9.1987, n. 7298, in *Rep. Foro it.*, 1987, voce *Danni civili*, 91: «l'attribuzione al danneggiato del risarcimento per equivalente, in luogo della reintegrazione in forma specifica richiesta, non viola il principio della corrispondenza fra la domanda e la decisione, in quanto costituisce un *minus* rispetto al secondo, del quale rappresenta il sostitutivo legale mediante la prestazione della *eadem res debita*, sicché la richiesta relativa è ricompresa implicitamente nella domanda giudiziale di reintegrazione in forma specifica, così da potere essere disposta dal giudice anche d'ufficio.» (153) In tal senso Salv. ROMANO, *Il cosiddetto risarcimento in forma specifica*, cit., in particolare p. 14 ss.

(154) Cfr. M. COMPORI, *Tutela dell'ambiente e tutela della salute*, in *Riv. giur. amb.*, 1990, p. 207; C. CASTRONOVO, *Il danno all'ambiente nel sistema di responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 517. In tal senso si è pronunciata anche la giurisprudenza Cass. SS.UU. 25.1.1989, n. 440, in *Foro it.*, 1990, I, 232. Per contro altri considera il ripristino come un *quid pluris* rispetto al risarcimento dei danni D. CHINDENI, *Il danno ambientale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, II, p. 431.

ripristino, il che varrebbe, secondo l'opinione di tali Autori, a qualificare tale forma di tutela come sanzionatoria (155).

Il motivo della mancata previsione di un simile limite deve essere, invece, a nostro avviso, piuttosto individuato nel preminente interesse per la ricostruzione dello *status quo antea* quale miglior rimedio proponibile per tal genere di danni, al fine di interrompere la catena di eventi dannosi tendenzialmente idonea a procedere all'infinito raggiungendo risultati imprevisi e imprevedibili. Il ripristino, in questa logica, sarebbe allora ordinato a due finalità: la riparazione dei danni attuali e la prevenzione di quelli futuri, e sarebbe, pertanto, preferibile, ad ogni costo, all'azione risarcitoria, idonea ad assolvere solo alla prima delle suddette funzioni.

Il vero *quid novi* introdotto dalla l. 8.7.1986 n. 349, rispetto al sistema di responsabilità civile delineato dal codice, è così costituito dal diverso e secondario ruolo che, in tale normativa viene ad assumere il risarcimento rispetto al preminente interesse dell'ordinamento alla ricostruzione dello *status quo antea*.

L'articolo 18 della suddetta legge ha richiamato l'attenzione della dottrina anche con riferimento ai parametri di quantificazione del danno risarcibile in esso indicati.

La sostanziale incommensurabilità dei danni ambientali ha, infatti, spinto il legislatore a cercare parametri diversi dalla quantificazione del danno materiale come la riprovevolezza della condotta del danneggiato, il profitto e il costo necessario per il ripristino cui il suddetto articolo fa espresso riferimento (156).

(155) Sul punto G. MORELLI, *Il danno ambientale nell'art. 18 l. 349/1986. Considerazioni introduttive*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 613; S. MAZZAMUTO, *Osservazioni sulla tutela reintegratoria di cui all'art. 18 l. 349/1986*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 699.

(156) Sul punto S. PATTI, *La valutazione del danno ambientale*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, p. 447; P. CENDON-P. ZVIZ, *L'art. 18 della legge n. 349/1986 nel sistema di responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 521 ss.; B. POZZO, in *La quantificazione del danno ambientale*, in *Dir. econ. assic.*, 1995, p. 791 ss.

Con riferimento al costo del ripristino occorre considerare come, se la tutela risarcitoria è ammessa solo ove sia impossibile la tutela in forma specifica, non si vede come si possa quantificare tale costo se il ripristino stesso è impossibile. Per tali osservazioni

Lo spostamento dell'attenzione dal danno all'offesa, rinvenibile nella disposizione di legge in esame, ha portato parte della dottrina ad evocare l'idea della sanzione punitiva onde trovare un'adeguata sistemazione a tale forma di tutela che pareva uscire fuori dai confini della logica risarcitoria (157).

Cfr. B. Pozzo, *Quantificazione del risarcimento e assicurabilità del rischio: note a margine del « caso Haven »*, in *Danno e Resp.*, 1997, p. 288.

(157) Cfr. A. De CURS, *La riparazione del danno all'ambiente: risarcimento o pena*, cit., p. 401; P. CENDON, *Il profilo della sanzione nella responsabilità civile*, cit., p. 71 ss. La qualificazione di tale forma di risarcimento in termini di sanzione punitiva ha richiamato l'attenzione della dottrina ad interrogarsi sulla assicurabilità dello stesso. Cfr. A. D. BOSNELL-G. PATTI, *Danno e responsabilità*, Torino, 1997, pp. 81-83. F. D. BOSNELL, *La parabola della responsabilità civile*, cit., pp. 666-668.

Al riguardo occorre osservare come in altri ordinamenti è stato addirittura disposto un obbligo di copertura assicurativa del danno ambientale § 19 *Umweltbunngesetz*. Sul punto v. in particolare B. Pozzo, *La responsabilità per danni all'ambiente in Germania e i connessi problemi di assicurabilità del rischio ambientale: il progetto per una nuova polizza R.C.*, in *Dir. Econ. assic.*, 1994, p. 16 ss.

Diverso è il problema dell'assicurabilità sotto il profilo del combinato assicurazione-prevenzione. Al riguardo si osserva come l'impresa assicuratrice, avendo interesse al non verificarsi dei danni ambientali su cui si fonda la sua obbligazione indennitaria, darebbe vita a controlli sull'assicurato idonei a garantire la rispondenza degli impianti di questi agli standard adeguati alla tutela ambientale. Inoltre l'interesse dell'assicurato al non verificarsi del danno viene mantenuto mediante l'apposizione di franchigie, scoperti obbligatori e massimali. Cfr. B. Pozzo, voce *Ambiente (strumenti privatistici di tutela dell')*, in *Dir. Disc. Priv. Sez. civ. Aggiornamento*, vol. II, Torino, 2003, p. 121; G. VOLPE-PUTZOLI, *Danno da inquinamento, responsabilità ed assicurazione*, in *Dir. Prat. assic.*, 1987, p. 100; F. DENOCZA, *Prevenzione e assicurazione*, in *Assic.*, 1978, p. 168; M. MANDO, *L'assicurazione per danni da inquinamento ambientale dopo l'art. 18 della legge 349/1986*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, p. 806 ss.

Sull'assicurazione del danno ambientale vale la pena ricordare che verso la fine degli anni '70 è stata elaborata una polizza per i danni contro l'inquinamento attraverso la costituzione di un pool costituito da 64 fra le più grosse compagnie di assicurazione. Nuove condizioni sono state approvate nel 1995 con forti limitazioni dei danni risarcibili: sono coperti solo danni alla persona e danni materiali. In particolare sono esclusi i danni da inquinamento strutturale. Sul punto P. BAVARESCO, *Danno ambientale e assicurazione: assicurabilità e non assicurabilità del danno ambientale*, in *Dir. econ. assic.*, 1999, p. 769 ss.

Ancora il decreto 8.10.1996 il ministro dell'ambiente ha previsto che le imprese esercenti attività di trasporto di rifiuti debbano munirsi di garanzia finanziaria per le obbligazioni commesse alle operazioni di bonifica ecc. nonché per il risarcimento degli ulteriori danni derivanti all'ambiente ai sensi dell'art. 18 della l. 8.7.1986 n. 349 in dipendenza dell'attività svolta. L'allegato 1 del decreto rappresenta poi uno schema di fidejussione bancaria o assicurativa. Sul punto P. BAVARESCO, *L'assicurazione fidejussoria*

Altri Autori hanno, per contro, evidenziato come anche in tale ipotesi siamo in presenza di un rimedio mediante il quale si compensa un danno; quindi siamo ancora in presenza di un autentico risarcimento (158).

Più recentemente la dottrina ha individuato, nelle novità in materia di tutela dell'ambiente introdotte dall'art. 17 del decreto Ronchi (d.lgs. 5.2.1997 n. 22), un ulteriore allontanamento del sistema della responsabilità civile dalla logica risarcitoria (159).

Al II comma di tale articolo si prevede, infatti, che « chiunque cagiona, anche in maniera accidentale, il superamento dei limiti di cui al comma 1, lettera d), ovvero determina un pericolo concreto ed attuale di superamento dei limiti medesimi è tenuto a procedere a proprie spese agli interventi di messa in sicurezza, di bonifica e di ripristino ambientale delle aree inquinate e degli impianti dai quali deriva il pericolo di inquinamento ».

Quindi, non solo il danno, ma anche il pericolo di danno è fonte di obblighi.

Alcuni hanno così sottolineato come tale norma « riguarda un modello di responsabilità civile che ne travalica i limiti tradizionali... » in quanto « ...l'attitudine preventiva rispetto al danno risulta sicuramente accresciuta... » (160).

e il danno ambientale: spunti di riflessione della normativa sul trasporto dei rifiuti, in *Dir. econ. assic.*, 1998, p. 723 ss.

Va detto però che altro è l'assicurazione altro è la fidejussione ancorché prestata da un'impresa assicuratrice. V. *supra* parte I, capitolo 2, nota 96.

(158) In tal senso S. PATTI, *Il danno ambientale: il problema della quantificazione*, in *La parabola del danno ambientale: atti del convegno Rbge Mediteranee 29.6.1993*, Milano, 1994, p. 3 ss.; A. D. CANDIAN, *Responsabilità civile per danno ambientale e assicurazione*, *ivi*, p. 15 ss.

Del resto quando ci siamo occupati della distinzione tra risarcimento e pena abbiamo osservato come l'utilizzo dei parametri di quantificazione del danno, quali la colpevolezza, non sono sufficienti a far sconfinare l'obbligazione risarcitoria nella categoria della pena, in quanto saremmo sempre in presenza di una riparazione di un danno e non della ricostruzione dell'ordine violato. V. *supra* p. 114.

(159) M. GRANIERI-R. PARDOLISI, *Oltre la funzione riparatoria della responsabilità civile nella tutela ambientale*, in *Danno e Resp.*, 1998, p. 845 ss.

(160) Tali parole sono di M. GRANIERI-R. PARDOLISI, *op. cit.* p. 851 ss.

Il rimedio individuato nel decreto Ronchi opererebbe, infatti, fingendo l'esistenza del presupposto della tutela risarcitoria, rappresentato dal danno effettivo.

Per tal via, quindi, « si introduce un particolar obbligo risarcitorio che stante il suo fittizio presupposto, anticipa il danno che dovrebbe riparare assumendo la veste di strumento cautelare » (161).

Occorrerebbe, però, chiedersi se simili osservazioni valgano a rilevare un peculiare profilo punitivo della responsabilità civile nell'ipotesi in esame, oppure se non sia più opportuno parlare al riguardo di uno speciale impiego della tutela in forma specifica.

Con riferimento a tale norma si poteva, allora, forse diversamente osservare che alla tutela risarcitoria tradizionale, nei casi indicati dall'art. 17 del decreto Ronchi, viene ad aggiungersi una tutela in forma specifica che agisce nel senso del ripristino della situazione anteriore non solo a seguito del danno, ma anche in presenza della situazione di pericolo.

Nuovamente, quindi, la tutela ripristinatoria viene ad avere un ruolo preminentemente rispetto a quella risarcitoria; il che evidenzia la crisi di questa in quanto non più adeguata a rappresentare il perno del sistema della responsabilità civile in considerazione dell'ampliamento della tutela in forma specifica ad opera sia di interventi legislativi sia di interpretazioni giurisprudenziali.

(161) Così M. GRANER-R. PANDOLFI, *op. loc. cit.* Gli A. sottolineano come si tratterebbe di un'azione preventiva diversa dai rimedi cautelari, in quanto non legata ai presupposti del *periculum in mora* e del *damus boni iuris*, e riflettano sulla possibilità di qualificare tale strumento di tutela come una speciale e nuova « azione di danno temuto ambientale ». Simili riflessioni, però, dovrebbero valere nel senso di allontanare questa ipotesi dalla logica risarcitoria. Significativo è il fatto che nella recente proposta di direttiva di cui dà notizia B. Pozzo, *La proposta di nuova direttiva sulla prevenzione e il risarcimento del danno all'ambiente*, in *Danno e resp.*, 2002, p. 11 ss., si stabilisca che nel caso in cui si sia verificato un danno « significativo » all'ambiente, l'autorità a ciò deputata in ciascuno Stato provvederà a richiedere al soggetto responsabile di procedere al ripristino delle condizioni *quo antea* o eseguirà direttamente tali operazioni. Il 30.4.2004 è stata pubblicata la direttiva 2004/35/CEE « Sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale ».

L'idea di responsabilità civile come sistema improntato al risarcimento di un danno trova un ridimensionamento in materia ambientale anche riguardo alla posizione recentemente assunta dalla Suprema Corte la quale ha osservato come « per integrare il fatto illecito, che obbliga al risarcimento del danno, non è necessario che l'ambiente in tutto o in parte venga alterato, deteriorato o distrutto, ma è sufficiente una condotta, sia pure soltanto colposa, in violazione di disposizioni di legge o di provvedimenti adottati in base a legge » (162).

Si viene così a riconoscere l'esistenza di un'obbligazione risarcitoria in assenza del danno, il che pare significativo di uno spostamento dell'attenzione del sistema della responsabilità civile verso l'illecito considerato in sé e non come fonte di pregiudizi suscettibili di essere compensati.

Con riferimento a questo particolare profilo, allora, se si segue la distinzione tra pena e risarcimento per cui la prima sarebbe volta a sanzionare l'offesa ripristinando l'ordine violato, laddove il secondo sarebbe volto alla ricostituzione della situazione presente e futura della vittima, in relazione al pregiudizio da questa concretamente patito (163), allora sembra difficile negare che, anche in materia di danni ambientali, l'idea di pena fa la sua comparsa nel sistema della responsabilità civile.

5. *Rilevni conclusivi.*

Nella metamorfosi (164) del sistema della responsabilità ci-

(162) Così Cass. pen. 10.6.2002, n. 22539 leggibile sul sito www.ambienteeditto.it. In senso analogo la suprema Corte aveva già affermato che « Per integrare il fatto illecito che obbliga al risarcimento del danno ambientale è sufficiente una condotta, sia pure soltanto colposa, in violazione di disposizioni di legge o di provvedimenti adottati in base a legge ». Così Cass. pen. 5.4.2002, in *Giur. it.*, 2003, con nota di L. BARBERA, *Il danno ambientale come danno presunto risarcibile allo Stato, agli enti territoriali, alle persone fisiche e alle associazioni ecologiste*.

(163) V. *supra* parte I, capitolo 3, § 4.2.

(164) *Les métamorphoses de la responsabilité* è il titolo del colloquio *commun tenutosi in Poitiers il 15-16 maggio 1997* in occasione della *Sixième Journée René*

vile è possibile osservare l'emersione di un dato e la crisi di un concetto. Il dato che emerge è una progressiva estensione dell'operatività della tutela compensatoria a diritti ed interessi con riferimento ai quali non sempre è possibile rinvenire un danno patrimoniale quale conseguenza della relativa violazione oppure rispetto ai quali tale voce di danno non risulta proporzionata in relazione alla gravità dell'offesa quale strumento idoneo a ricostituire la sfera del soggetto danneggiato per come la stessa si presentava prima dell'illecito.

Un simile dato lo si avverte nel progressivo decentramento del sistema della responsabilità civile dalla tutela di beni del soggetto alla tutela del soggetto concepito, non più come proprietario o come fonte di redditi, ma come persona avente un valore in sé al di fuori e al di sopra di ogni logica del mercato.

Anche in ambiti diversi dalla tutela della persona è però possibile rinvenire l'emergere di una estensione dei confini della responsabilità civile.

Abbiamo in particolare richiamato l'attenzione sulla tutela dell'ambiente come bene in cui il risarcimento del danno patrimoniale finisce per risultare un rimedio spesso insufficiente per come l'evento dannoso si presenta nella realtà dei fatti.

Per tal via il sistema della responsabilità civile viene a coprire spazi in cui la tutela risarcitoria, intesa come compensazione del detrimento patito in ragione dell'illecito altrui mediante utilità equivalenti, non si presta ad essere efficacemente impiegata perché manca un detrimento commensurabile e quindi compensabile, manca un detrimento valutabile in termini monetari e

Sauvter. Di particolare interesse, ai fini della nostra ricerca, è la relazione del prof. L. CADIER, *Les métamorphoses du Préjudice*, in *Les métamorphoses de la responsabilité*, Paris, 1997, p. 37 ss. L'A. osserva una progressiva « *dissolution des caractères du préjudice réparable* » che sotto il profilo oggettivo si presenta nel venir meno di un « *préjudice très vraisemblable* » (p. 44). Si nota inoltre un progressivo ampliamento della danno morale riparabile il che fa concludere l'A. nel senso che « *la responsabilité civile manifeste sa fonction normative, ou disciplinaire, sinon punitive* » (p. 63).

come tale suscettibile di essere perfettamente compensato con un equivalente in denaro.

Emerge così la crisi di un concetto: quello di risarcimento del danno quale perno del sistema della responsabilità civile (165).

I rimedi risarcitori, in senso stretto, infatti, da un lato, non possono più essere considerati come « la » sanzione contro gli illeciti civili in relazione all'attuale ambito di applicazione, all'interno del sistema di responsabilità civile, della tutela in forma specifica, la quale in alcuni casi, come in ipotesi di danno ambientale, rappresenta il rimedio principale contro l'illecito civile.

Da un altro lato, l'obbligazione risarcitoria viene estesa al ristoro di danni incommensurabili e, quindi, anche non compensabili, detrimenti che, per l'unicità del bene perduto, non possono trovare utilità equivalenti.

Si viene riscoprendo il concetto di riparazione dei danni non patrimoniali progressivamente scomparso con la mancata riproposizione nel codice Rocco della distinzione tra risarcimento e riparazione contenuta nel codice Zanardelli.

Sono, allora, due i paradigmi presenti nel sistema della responsabilità civile, ulteriori rispetto alla riparazione in forma specifica: il risarcimento del danno patrimoniale e la riparazione del danno non patrimoniale, partizione questa che sembrerebbe ricalcare la distinzione presente nel diritto tedesco tra risarcimento del *materieller Schaden*, ordinato ad una *Ansgleichsfunktion*, e riparazione del *immaterieller Schaden*, ordinata ad una *Gengungungsfunktion*, la quale, peraltro, a differenza di quanto accadeva sotto il codice Zanardelli, non rappresenta più un paradigma minoritario nel sistema degli illeciti civili (166).

(165) Sul punto v. I. FERRANTI, in A. PALAZZO - I. FERRANTI, *Etica del diritto privato*, Padova, 2002, p. 127 ss.

(166) In dottrina vi è chi riconduce all'interno del sistema di responsabilità civile anche la tutela inibitoria. Se è indubitabile che anche questa rappresenti un rimedio

Si finisce così per riaprire una problematica che pareva ormai sopra quella della distinzione tra riparazione del danno non patrimoniale e pena (167): se quest'ultima è altro dal risarcimento in quanto esorbitante dalla logica della compensazione per utilità equivalenti, pare ammissibile chiedersi se, ed entro quali limiti, anche la riparazione di danni non patrimoniali, ovvero di danni non suscettibili di immediata compensazione per utilità equivalenti, non possa rappresentare un'autentica pena calata all'interno del sistema di responsabilità civile.

Un simile interrogativo trova, come abbiamo già avuto modo di sottolineare, a nostro avviso, una risposta in un ripensamento della distinzione tra risarcimento e pena che estenda l'ambito del primo oltre i confini della compensazione per utilità equivalenti riferendo le regole e i principi del sistema privatistico di tutela contro gli illeciti anche al rimedio della riparazione del danno morale in quanto comunque ordinato ad una logica compensatoria e non punitiva.

Anche quelle peculiari estensioni del rimedio della riparazione dei danni non patrimoniali in cui per l'incommensurabilità del pregiudizio il giudice adotta criteri nella determinazione del *quantum debentur*, che paiono spostare l'oggetto della tutela civile dal danno all'offesa (168), siamo in realtà soltanto di fronte a particolari espressioni del potere equitativo del giudice (169).

Contro gli illeciti, sembra, però, che il suo porsi a monte del torto, in funzione preventiva dello stesso, finisca per collocarla al di fuori della idea di responsabilità.

Si occupa del problema M. LIBERTINI, *La tutela civile inibitoria*, in *Jus*, 1988, p. 42 ss. ora in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S. Mazzamuto, cit. p. 331 ss.

Recentemente si è parlato di tutela inibitoria come rimedio generale contro gli « illeciti civili di pericolo » categoria conosciuta ricalcando la partizione penalistica tra reati di danno e reati di pericolo. Cfr. F. PERROLDI, *Inibitoria e illecito civile di pericolo*, in *Foro Pad.*, 1996, p. 23 ss.

(167) V. *supra* § 1.3.

(168) V. *supra* nota 138.

(169) V. *supra* p. 114.

Simili conclusioni non risultano, però, ancora risolutive della questione relativa ad un eventuale recupero dell'idea di pena all'interno del sistema di responsabilità civile.

Il problema della qualificazione di talune estensioni del rimedio della riparazione dei danni morali è, infatti, reso più complesso, come abbiamo avuto modo di considerare nei paragrafi precedenti, dalla presenza di pronunce giurisprudenziali di condanna ad obbligazioni risarcitorie in caso di condizioni di anti-giuridicità che non trovano espressione in documenti oggetto di compensazione (170).

Ancora si può ricordare come l'idea di pena privata, oltre che con riferimento alla riparazione dei pregiudizi non patrimoniali, sia stata evocata dagli interpreti nelle ipotesi in cui si avverte la necessità di una tutela ultra compensatoria al fine di corroborare l'efficacia preventivo-deterrente della responsabilità civile in presenza di un'offesa la cui gravità non trova corrispondenza nel danno ad essa conseguente (171).

Date tali premesse, qualora si ritenga di poter affermare l'esistenza di vere e proprie sanzioni punitive all'interno del sistema delle tecniche di tutela contro gli illeciti civili, si deve rimettere in discussione la stessa partizione teorica tra responsabilità penale, ordinata all'irrogazione di una pena, e responsabilità civile, fonte di un'obbligazione risarcitoria.

I mutamenti che si avvertono nel sistema della responsabilità civile impongono, pertanto, una ben più ampia riflessione circa la possibilità di importare anche nel nostro ordinamento la partizione tra *compensatory* e *punitive damage* propria del sistema di *common law* e dei relativi problemi di assicurabilità.

Si riapre così la problematica relativa alla possibilità di discernere elementi di discriminazione tra responsabilità civile e responsabilità penale e alla riferibilità al diritto privato dei principi

(170) V. *supra* p. 187.

(171) V. *supra* § 2.

e delle regole propri del sistema penale primo tra tutti quello dell'effettività della pena, principale ed insormontabile ostracolo ad una assicurabilità delle sanzioni punitive (172).

(172) Vi è in vero in dottrina chi ha ribaltato i termini della questione ritenendo che la riparazione di danni non patrimoniali non sarebbe da ricondurre all'idea di pena in quanto ciò urterebbe con la sua assicurabilità. Non si verrebbe così a discutere della natura di tali sanzioni onde valutare l'assicurabilità, ma, affermata quest'ultima come certa, si traggono conclusioni sulla natura privatistica della riparazione dei danni morali.

Così P. D'AMICO, *op. cit.*, p. 63 pone, a sostegno della natura privatistica di tali riparazioni, il fatto che il legislatore, nel disciplinare la responsabilità civile, volge la sua attenzione « non tanto all'autore del danno (come dovrebbe avvenire nella prospettiva della pena privata) quanto al soggetto che lo ha subito... (basti pensare), all'assicurabilità del danno non patrimoniale. » Quindi la riparazione del danno morale non avrebbe natura di pena in quanto assicurabile. Un simile ragionamento risulta falsato dall'aver assunto come premessa certa una condizione che tale non è. Non si comprende infatti da quale dato sia possibile desumere l'assicurabilità delle riparazioni non patrimoniali. Non basta il fatto che queste siano collocate all'interno delle disposizioni del codice sulla responsabilità civile ritenuta dallo stesso legislatore assicurabile nei limiti del dolo *ex art.* 1917. Tale dato non escluderebbe la loro natura di pena inassicurabile.

Si potrebbe, infatti, affermare che l'art. 1917 riguarda solo i rimedi *stricto sensu* risarcitori. Peraltro, se mai fosse rinvenibile una simile disposizione, la stessa non varrebbe ad escludere la natura punitiva della riparazione dei danni non patrimoniali. Si potrebbe, infatti, ammettere che questo rimedio costituisca un'autentica pena privata, interrogandosi sulla conformità della disposizione *de qua*, al precetto costituzionale della personalità della pena. Riteniamo così opportuno muovere dal problema della natura delle riparazioni non patrimoniali per risolvere la questione della loro assicurabilità e non compiere il procedimento logico inverso.

IL PROBLEMA DELL'ASSICURABILITÀ DELLE SANZIONI PUNITIVE CIVILI

CAPITOLO II

SOMMARIO: 1. Assicurazione e sanzioni punitive civili. — 1.1. Funzione deterrente della responsabilità civile e limiti di assicurabilità. — 1.2. Pena e riparazione nel sistema di responsabilità civile. Possibili interferenze nel binomio assicurazione e responsabilità civile. — 2. Il problema dell'assicurabilità dei *punitive damages* nel diritto americano. — 2.1. Possibile estensione della copertura assicurativa alla *Vicarious liability*. — 2.2. Inassicurabilità degli *intentional acts* come regola generale della *liability insurance*. Alcune pronunce discordanti. — 2.3. *Public Policy* e assicurabilità dei *punitive damages*. — 3. I c.d. danni punitivi in Europa. — 3.1. Risarcimento e pena nelle sentenze dei giudici degli Stati europei. — 3.2. La delibazione da parte di giudici degli Stati europei di sentenze di condanna al pagamento di *punitive damages*. — 3.3. I *punitive damages* nella prospettiva di un *European Common Core of Tort Law*. Scenari e prospettive. — 4. Distinzione tra pena e riparazione dei danni non patrimoniali. Rilevi conclusivi sulla generale assicurabilità della responsabilità civile. — 5. Il problema dell'assicurabilità in senso tecnico della riparazione di danni morali. — 6. L'idea di pena nella responsabilità civile in una prospettiva futura e futuribile. Alcuni risvolti problematici. — 6.1. Pena privata e principi costituzionali. — 6.2. Pena privata e sussidiarietà del diritto penale. Un caso di eccedenza del mezzo rispetto allo scopo. — 7. Considerazioni di riepilogo.

1. Assicurazione e sanzioni punitive civili.

Nell'ampio dibattito, soprattutto dottrinale, che si è sviluppato intorno alla possibilità, e secondo alcuni anche alla necessità (1), di trovare in rimedi di tipo sanzionatorio punitivo risposte agli illeciti civili, ci sembra che scarso rilievo sia stato

(1) È soprattutto la dottrina penalistica che si è interrogata sulla miglior rispondenza delle sanzioni punitive civili alle finalità preventive del diritto penale con riferimento a talune categorie di illeciti qualificate dal preminente coinvolgimento di interessi privati. V. in particolare le osservazioni di F. BRICOLA, *op. loc. cit.*

dato, da parte della dottrina italiana (2), ai problemi che una simile scelta può avere sul piano applicativo.

Intendiamo, al riguardo, riferirci, in particolare, alla questione dell'assicurabilità delle sanzioni punitive civili.

Quando abbiamo considerato le possibili ragioni di ordine pubblico che si oppongono all'assicurazione della responsabilità ovvero alla possibilità di prestare garanzia assicurativa per le eventuali conseguenze sanzionatorie di una data condotta anti-giuridica, abbiamo sottolineato il diverso modo in cui si pone il problema sotto il profilo della responsabilità civile e sotto quello della responsabilità penale.

La prima è in via generale assicurabile salvo il limite dell'inasicurabilità degli atti intenzionali (3), limite oltre il quale l'assicurazione diverrebbe un incentivo alla commissione di atti illeciti.

Per contro i confini dell'assicurabilità della responsabilità penale sono traducibili in una generalizzata inassicurabilità della pena fondata su ragioni di ordine pubblico ordinate all'attuazione dei principi del sistema sanzionatorio punitivo (4).

Se questi sono i termini del problema, pare doveroso interrogarsi su quali siano le conseguenze di una eventuale commistione tra rimedi punitivi e rimedi compensatori sul piano del possibile relazionarsi di assicurazione e responsabilità (5).

(2) Tra gli Autori che, anche se brevemente, si sono occupati del tema si ricorda A.D. CANDIAN, *Responsabilità civile e assicurazione*, cit., pp. 141-145.

Per contro si rileva la particolare attenzione riconosciuta dalla dottrina straniera sul punto. Cfr. B. GROSSFELD, *op. loc. cit.*

Per la giurisprudenza e dottrina americana in materia di assicurabilità dei *punitives damages v. infra* § 2.

(3) In vero, come abbiamo avuto modo di osservare, la giurisprudenza tende ad ammettere l'assicurabilità del dolo in ipotesi di assicurazione obbligatoria. V. *supra* parte I, capitolo 2, § 5.

(4) V. *supra* parte I, cap. 1, § 4.2.

(5) Il discorso si inserisce nella problematica relativa alla stessa proponibilità di misure sanzionatorie punitive all'interno del sistema di responsabilità civile.

La possibilità di parlare di sanzioni punitive civili ha trovato l'opposizione di quanti vedevano in ciò una possibile contaminazione tra sistema della responsabilità civile e sistema della responsabilità penale considerando la stessa proposizione dell'idea

Le sanzioni punitive civili sarebbero, infatti, conseguenze dell'illecito distinte dal risarcimento del danno in quanto volte, non a ricostituire la sfera del danneggiato, ma a sanzionare la condotta antiggiuridica del responsabile.

Pertanto, sebbene si tratti di rimedi contro gli illeciti civili, la loro assicurabilità sarebbe messa in crisi da un possibile accostamento delle stesse alla categoria generale della pena.

1.1. Funzione deterrente della responsabilità civile e limiti di assicurabilità.

La problematica coesistenza di assicurazione e sanzioni pu-

na attacco all'*actorias* statuale che trova espressione nella stessa interrogazione della pena. A. MINOZZI, *op. cit.*, p. 59 ss.; R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, vol. IV, Parigi, 1924, p. 187; P. ESMEIN, *Paine ou réparation*, in *Mélanges en l'honneur de P. Roubier*, vol. II, Parigi, 1961, p. 37 ss.; R. JHERING, *Das Schuldbenommen in römischen Privatrecht*, in *Vermischte Schriften juristischen Inhalts*, Leipzig, 1879, p. 227. I toni di quest'ultimo Autore si attenuano in un suo successivo scritto R. JHERING, *Der Kampf ums Recht*, Wien, 1897, p. 75 ss.

Ad un periodo di ostilità per le sanzioni punitive civili segue un periodo che potremmo definire di sostanziale disinteresse ovvero di accettazione di un'idea che però non sembra trovare risponda nel diritto applicato e che finisce per essere identificata con un risarcimento connotato da una maggiore funzione repressiva. Cfr. L. JARACH, *Pena civile*, in *Dizionario pratico di diritto privato*, vol. V, t. I, Milano, 1939, p. 386, il quale osserva come non basta riferirsi ad obbligazioni risarcitorie che hanno solo una « colorazione e funzione vagamente sanzionatoria » per parlare di pena privata.

Occorrerà aspettare gli anni '80 per avere quella che parte della dottrina ha definito come un'autentica « riscoperta » delle pene private. L'espressione compare in F.D. BUSNELLI, *Verso una riscoperta delle « pene private »*, cit., p. 26 ss.; F. BARTOLA, *op. loc. cit.*; G. PONZANELLI, voce *Pena privata*, in *Enc. giur. Trecc.*, vol. XXII, Roma, 1990, p. 1. V. altresì in particolare E. MOSCATI, *Pena (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano, 1982, p. 770 ss.; Id., *Pena privata e autonomia risarcitoria*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, I, p. 511 ss.; G. BONIENI, *ut. op. loc. cit.*; P. CENDONI, *Responsabilità civile e pena privata*, in *Le pene private*, cit., p. 293 ss.; F. GALGANO, *Alla ricerca di sanzioni civili inderivate*, in *Contr. Impr.*, 1987, p. 531 ss.; P. GALLO, *op. ult. cit.*, in particolare p. 7 ss. e pp. 32-33. Quest'ultimo, nel ripercorrere le interpretazioni che hanno formulato un possibile « impianto » dell'idea di pena nel diritto privato, opera una distinzione, in parte già conosciuta dalla dottrina tra sanzioni punitive civili e pene private in quanto le prime non consistono solo nell'obbligo alla corresponsione di una somma di denaro, ma possono essere rappresentate anche da decadenze o invalidità. Le pene private, che quindi rappresenterebbero una *species* della generale categoria delle sanzioni punitive civili, sarebbero poi a loro volta distinguibili in negoziali, legislative e giudiziali.

nitive all'interno del sistema della responsabilità civile troverebbe facile soluzione se si individuasse l'emersione dell'idea di pena privata in un mero potenziamento della funzione deterrente della responsabilità civile stessa rappresentato, in concreto, da una determinazione del *quantum debetur* in misura superiore all'entità del danno patito (6).

Si potrebbe allora ritenere che i dubbi sulla illiceità di una simile copertura assicurativa perdono consistenza in ragione della regola generale dell'inassicurabilità degli illeciti dolosi di cui all'art. 1917 quale norma posta dall'ordinamento a salvaguardia della funzione di prevenzione degli illeciti propria anche della responsabilità civile (7).

Soltanto la copertura di un atto intenzionale potrà rappresentare un incentivo alla commissione dell'illecito in quanto è nell'azione dolosa che il soggetto potrà tenere in considerazione la presenza di una polizza quale elemento favorevole alla realizzazione dell'illecito. In ipotesi di azione colposa, invece, una simile condizione potrà incidere nel senso di ridurre il livello di attenzione e diligenza del responsabile, il quale, comunque, non agirà in virtù di una precisa intenzione di attuare una condotta antigiuridica. In tal caso, quindi, l'esistenza di una copertura assicurativa non può rappresentare un fattore determinante del torto, ma solo un aggravamento del rischio di illeciti, un aggravamento che, però, trova compensazione negli strumenti negoziali cui l'assicuratore può ricorrere per prevenire il determinarsi dell'evento dannoso indennizzabile, basti pensare all'apposizione di franchigie, massimali, scoperti obbligatori, clausole *bonus/malus* (8).

(6) Questa è la prospettiva di A. D. CANDIAN, *op. loc. ult. cit.*

(7) Osserva al riguardo A. D. CANDIAN, *op. ult. 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 evidenzia una per così dire coscienza dell'illecito ».

(8) Secondo alcuni la funzione deterrente delle pene private potrebbe essere mantenuta attraverso la previsione di un'azione di regresso verso il responsabile. Cf. A. D. CANDIAN, *op. ult. cit.*, p. 142. Si può, però, dubitare che in tale ipotesi si possa

L'assicuratore, infatti, verrebbe ad avere un interesse concorrente con quello dell'ordinamento: ridurre il rischio di illeciti, in modo da ridurre altresì il costo degli indennizzi; ciò porterebbe l'impresa assicuratrice ad inserire nella polizza le suddette clausole che rappresentano dei veri e propri rimedi contrattuali alla prevenzione dei torti (9).

Date tali premesse si dovrebbe concludere nel senso che la copertura assicurativa, in ipotesi di assicurazione della responsabilità civile, ha ad oggetto anche perdite rappresentate da sanzioni punitive civili nei limiti in cui queste non costituiscono la conseguenza giuridica di una condotta dolosa.

Simili conclusioni sono, però, fondate su un presupposto teorico, suscettibile di essere rimesso in discussione.

Una distinzione funzionale-quantitativa tra risarcimento in senso stretto e pene private che porti a vedere in queste ultime un mero accrescimento della funzione preventivo-deterrente della tutela risarcitoria, pare, infatti, come abbiamo già avuto modo più diffusamente di osservare (10), riduttiva e, quindi, inidonea a cogliere la vera essenza del fenomeno.

1.2. Pena e riparazione nel sistema di responsabilità civile.

Possibili interferenze nel binomio assicurazione e responsabilità civile.

Per operare una partizione tra pena, risarcimento e sanzioni

ancora parlare di assicurazione. Con tale contratto, infatti, si verrebbe a garantire un credito, secondo lo schema della fidejussione, e non un rischio. V. *supra* parte I, capitolo 2, nota 96.

(9) Cf. R. LOCATELLI, *Il ruolo degli assicuratori privati nel sistema di prevenzione del danno alla persona. Opportunità e problemi*, in *Assic.*, 1997, pp. 639-660; S. MAGRINI, *Il dolo dell'assicurato e di terzi nel contratto di assicurazione*, *ivi*, 1995, pp. 362-371. V. *amplius infra* nota 57.

Per la letteratura straniera sul rapporto tra efficacia deterrente della responsabilità civile e assicurazione v. in particolare J. FLEMMING, *The role of negligence in modern tort law*, in *Virginia Law Rev.*, 53 (1967), p. 823 ss.

(10) V. *supra* pp. 113-114.

punitive civili occorre individuare l'elemento che differenzi questi ultime rispetto ai rimedi di tipo compensatorio evidenziando altresì la condizione, che le stesse condividono con l'obbligazione risarcitoria, al fine di distinguerle dalle sanzioni punitive penali.

Una volta riconosciuti i limiti di una partizione funzionale-quantitativa fondata sul maggior potere deterrente delle sanzioni punitive rispetto a quelle compensatorie, sulla base delle nostre considerazioni relative alla distinguibilità a livello ontologico di risarcimento e pena, si può, allora, individuare la caratteristica peculiare delle sanzioni punitive civili, idonea a distinguerle dalle obbligazioni risarcitorie, nel fatto che le prime a differenza delle seconde, non troveranno nell'esistenza di un danno il proprio necessario presupposto.

Questo non vuol dire che il *quantum* della sanzione punitiva debba essere semplicemente superiore al danno in modo da accrescere la spinta preventiva del rimedio sanzionatorio (una simile conclusione, infatti, ci porterebbe ad una nuova distinzione funzionale-quantitativa), ma vuol dire che, nel caso della sanzione punitiva civile, il danno non rappresenta il punto di riferimento per la commisurazione del *quantum debeat* perché essa non è volta a ristorare il pregiudizio subito.

Quindi, mentre il risarcimento costituisce la compensazione di una perdita, la pena privata importa un arricchimento giustificato in quanto volto a sanzionare la condotta del responsabile dell'illecito (11).

Manca ancora, però, un chiarimento in merito alla sostanza concettuale espressa nel termine pena privata: abbiamo infatti individuato nel mancato riferimento ad un pregiudizio oggetto di compensazione l'elemento che vale a distinguere la stessa dal risarcimento. Occorre adesso individuare la dimensione ontologica che valga a differenziarla dalla pena.

(11) Cf. T. PADOVANI, *Lectio brevis sulla sanzione, in Le pene private*, cit., p. 60.

Il dato che più nettamente emerge al riguardo è rappresentato da quell'aggettivo « privata » che accompagna il termine pena. Si tratta, quindi, di una sanzione punitiva che opera all'interno del sistema di diritto privato. Saremmo pertanto in presenza di un'espressione di una *potestas* sanzionatoria che mira a ricostituire, in via immediata e diretta, l'ordine violato attraverso la tutela degli interessi dei privati lesi mediante la corresponsione di una somma di denaro a favore di questi ultimi e non dello Stato (12).

Una simile costruzione teorica, però, rivela tutta la propria problematicità nel momento in cui ci si pone in una logica applicativa.

Riconoscere nelle sanzioni punitive civili uno strumento avente la sostanza della pena, in quanto volto a colpire l'offesa e non a compensare il danno, ma operante nel sistema di diritto privato significa, dal punto di vista operativo, riferire alla stessa quell'insieme di regole e principi in cui trova espressione la sostanza rappresentata dal termine sanzione punitiva e su cui sono fondate le storiche argomentazioni sulla inassicurabilità delle pene.

Pensiamo al principio di effettività. Le pene devono essere effettive. Se non lo sono, l'incertezza sulla loro irrogazione, finisce per rendere inattualizzabile lo scopo cui sono ordinate: il mantenimento dell'ordine costituito. La possibilità di sfuggire alla sanzione, infatti, finisce per attenuare o rendere addirittura inoperante la funzione deterrente propria della pena stessa (13).

A tale principio sembra collegarsi, come naturale completamento, quello della personalità e quindi della non trasferibilità della pena: permettere che un terzo possa assumere la stessa in

(12) Questa sembra essere una possibile chiave di lettura del fenomeno rispondente alle partizioni ontologiche tra pena e risarcimento v. *supra* parte I, capitolo 3, § 4.2.

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

luogo del responsabile, vuol dire, nella sostanza, garantire l'imputabilità di quest'ultimo e quindi la inefficacia della sanzione punitiva (14).

Riferire un simile principio al sistema della responsabilità civile significa, allora, mettere in discussione la validità ed efficacia di quello strumento negoziale che è stato definito da taluni come « l'ombra » del sistema di responsabilità civile (15): il contratto di assicurazione.

Assicurare un soggetto dal rischio di incorrere in una sanzione punitiva significa, infatti, escludere la certezza e la personalità della pena attraverso il trasferimento della stessa in capo ad un terzo non responsabile dell'illecito sanzionato, ovvero l'assicuratore, trasferimento che peraltro avverrebbe a costo parziale in virtù del meccanismo gestionale di ripartizione del rischio all'interno della comunione degli assicurati (16).

Si ripropongono così, per le pene private quali rimedi contro gli illeciti civili, gli stessi limiti di ordine pubblico che abbiamo visto escludere l'assicurabilità delle pene.

Quindi, ammettere la presenza di sanzioni punitive all'interno della responsabilità civile, significa escludere l'operatività del meccanismo negoziale assicurativo in tale ambito. Penalizzare la responsabilità civile vuol dire espropriare il diritto dei privati, quel diritto fatto di relazioni negoziali mediante le quali i soggetti regolamentano i loro particolari interessi (17), da quella parte del diritto privato in cui siano stati fatti confluire principi e regole propri del diritto penale.

Né pare risolutorio ammettere che le sanzioni punitive civili non siano rette dai principi propri del sistema penale.

(14) V. *supra* p. 108.

(15) L'espressione è di A.D. CANDIAN, *op. cit.*, p. 3.

(16) In particolare la incompatibilità tra il contratto di assicurazione e lo « *Stufwerk* » proprio anche delle *Privatstrafen* è stata rilevata da uno degli Autori a cui dobbiamo un significativo contributo nella elaborazione concettuale della categoria delle pene private. B. GROSSFELD, *op. loc. cit.*

(17) V. *supra* parte I, capitolo 3, nota 34.

Il termine pena è, infatti, rappresentativo di una sostanza concettuale in cui trovano espressione appunto le regole e i principi propri del sistema sanzionatorio punitivo a meno di non volerla ridurre ad un puro *vestmentum* avente il solo fine di dare un nome a quanto non è un risarcimento in senso stretto (18).

2. Il problema dell'assicurabilità dei punitive damages nel diritto americano.

Per dare maggior concretezza a quanto abbiamo avuto modo sin qui di evidenziare sembra opportuno far riferimento ad ordinamenti che conoscono, tra le conseguenze degli illeciti civili, l'irrogazione di somme volte non tanto a ricostituire la sfera del soggetto leso, quanto piuttosto ad arrecare un detrimento nella sfera del responsabile in funzione strettamente punitiva.

Intendiamo riferirci al sistema di *common law* (19), il quale conosce due paradigmi sanzionatori dell'illecito civile: i *compensatory damages* e i *punitive damages* (20); gli uni volti a compen-

(18) Sui possibili conflitti tra pene private e principi costituzionali v. *amplius infra* § 6.1.

(19) Il riferimento generale al sistema di *common law* anziché al diritto americano, in cui i *punitive damages* hanno trovato più piena applicazione, trova spiegazione in due recenti sentenze della *House of Lords* che hanno segnato un distacco dalla passata riluttanza della giurisprudenza inglese a riconoscere a favore del danneggiato *punitive damages*. Intendiamo riferirci ai casi *Attorney-General v. Blake*, 1 A.C. 268 (2001) e *Kudrús (AP) v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary*, in U.K.H.L., 2001, 29. Per alcune prime indicazioni comparatistiche si rinvia a E. Ursó, *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 datiloscritto aggiornato.

(20) Una delle questioni, recentemente sottoposte alla attenzione della *Supreme Court*, 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.Ct. 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 damages*: i primi soltanto potrebbero rappresentare delle entrate passibili di tassazione in quanto volti ad arricchire il danneggiato; per contro i

sare il danneggiato del detrimento subito in conseguenza dell'illecito altrui; gli altri volti a punire il responsabile (21).

Del resto è nel diritto statunitense che il problema dell'assicurabilità di sanzioni punitive si è posto in concreto all'attenzione delle Corti statuali dando vita ad un ampio e vario panorama giurisprudenziale (22), all'interno del quale sembra difficile individuare un indirizzo unitario o, quanto meno, prevalente.

Si sono, inoltre, avuti casi in cui la Corte di un singolo Stato ha pronunciato sentenze discordanti sulla questione.

Così la *Supreme Court* del *South Dakota*, dopo aver affermato, in un caso, che l'assicurazione di un *punitive damage* farebbe venir meno la funzione di « *deterrence* » cui questo è indirizzato (23), in un altro caso, ha ritenuto valida ed efficace l'estensione della copertura assicurativa ai *punitive damages* osservando che quanto asserto nella precedente sentenza doveva essere considerato un mero « *dictum* » (24).

compensatory damages sarebbero indiritzati a ricostituire la sfera del lesso del detrimento subito e non potrebbero così rappresentare una posta attiva nella posizione reddituale del danneggiato. Sul punto E. URSO, *op. cit.*, p. 2020 ss.

(21) 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. Cf. *Lanene v. Carlson*, 344 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 statuali *Faget v. Gravoia*, 445 F. Supp. 342, 345 (E. D. La. 1978); *Ray v. City of Detroit*, 242 N.W.2d 494, 496 (Mich. Ct. App. 1976); *Vistvens v. New Hampshire Auto, Inc.*, 289 A2d 66, 68 (N.H. 1972).

(22) Ampi anche i dibattiti dottrinali sul punto in particolare i contributi di G.L. PATER, *Insurability and punitive damages*, in *Ala. L. Rev.*, 40 (1989), p. 1009 ss. e più recentemente A.I. WINDIS, *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.; D.G.A. OWEN, *A punitive damages overview: functions, problems and reform*, *iv*, p. 365 ss. in particolare p. 389; J.W. CARLIN, *Punitive damages and the significance of recent trends for insurers*, in *Int. Ins. L. Rev.*, 6 (1998), p. 122.

(23) Cf. *City of Ft. Pierre v. United Fire and Casualty Co.*, 463 N.W. 2d 845 (S.D. 1990).

(24) Intendiamo riferirci al caso *Dairyland Insurance Co. v. Wynant*, 474 N.W. 2d

2.1. Possibile estensione della copertura assicurativa alla Vicarious Liability.

La scelta di occuparci, in primo luogo, del problema particolare della *vicarious liability* trova spiegazione nella rilevanza che assume il fenomeno della c.d. « responsabilità vicariale » ai fini della comprensione della natura dei *punitive damages* e, quindi, anche dei termini in cui viene a porsi il problema della loro assicurabilità.

Una traduzione che è stata data del sintagma *vicarious liability* è « responsabilità per fatto altrui » (25). Cadrebbe però in errore chi pensasse di poter assimilare tale figura giuridica appunto con il nostro omonimo istituto (26). La prima osservazione che può compiersi, al riguardo, è che la responsabilità per fatto altrui nel nostro ordinamento, a differenza di quanto avviene nel sistema di *common law*, può operare solo con riferimento alla responsabilità civile, mentre non può trovare spazio nel diritto penale per il principio di personalità della pena espresso nell'art. 27 della nostra Costituzione (27).

Pertanto se una legge penale prevedesse un'eccezione a tale principio risulterebbe incostituzionale. Parimenti, se i privati decidessero contrattualmente di violare tale principio, ad esempio con un patto che trasferisca la sanzione punitiva, in cui è incorso uno dei contraenti, sull'altro, tale negozio risulterebbe

514 (S.D. 1991), in cui la *Supreme Court* del *South Dakota* ha avuto modo di affermare che « *the application of this principle of public policy to insurance contracts purporting to extend coverage for punitive damages is best left for case where the question is squarely presented* ».

(25) La traduzione è proposta da A. CADOPPI-C.M. PRICCOLO, voce *Vicarious liability nel diritto anglo-americano*, in *Dir. disc. pen.*, vol. XV, Torino, 1999, p. 187.

(26) Del resto questa non pare essere neppure l'intenzione degli Autori che hanno proposto tale traduzione A. CADOPPI-C.M. PRICCOLO, *op. loc. cit.*

(27) Cf. A. CADOPPI-C.M. PRICCOLO, *op. cit.*, p. 189 i quali, però, (p. 189 nota 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.

nullo per contrarietà al principio di ordine pubblico della personalità della pena (28).

Peraltro la scienza giuridica penale, nell'individuare i periodi storici in cui sono riscontrabili ipotesi di responsabilità per fatto altrui, non ha mancato di osservare come la riproposizione di siffatta figura in tempi moderni sia da ricondurre a « fasi patologiche della storia » (29). Il riferimento è ovviamente alle ipotesi di fucliazione degli ostaggi in tempo di guerra e ad altre barbare volte a sanzionare non l'arrefice dell'atto considerato antigiuridico ma terzi totalmente innocenti.

In vero, se 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 dell'umanità

Si tratta, infatti, unicamente di un meccanismo che importa, nella sostanza, l'assenza dello « *actus reus* del soggetto cui si sostituisce l'*actus reus* posto in essere da un terzo » (30).

Si pensi al datore di lavoro, non responsabile di alcun illecito, che si trova a rispondere per la condotta del suo dipendente.

È stato osservato che il legislatore o la giurisprudenza americana ricorrono alla dottrina della *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 (31).

Saremmo così in presenza di un fenomeno giuridico che trova ragione di esistere in una particolare concezione della pena e dei principi propri delle sanzioni punitive (32), tale per cui, per

(28) V. *supra* parte I, capitolo 3, § 3.

(29) Per tali osservazioni v. F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 294.

(30) Le parole tra virgolette sono di A. CADOPPI-C.M. PRICCOLO, *op. cit.*, p. 187.

(31) L'esempio è riportato da A. CADOPPI-C.M. PRICCOLO, *op. loc. cit.*

(32) Con ciò non si intende sostenere che nel diritto penale americano non sia riconosciuto il principio della personalità della pena. Manca solo un'operatività dello stesso in maniera assiomatica. Tale principio, infatti, conosce in tale sistema non poche eccezioni tra cui figura appunto la dottrina della *vicarious liability*.

alcune ipotesi di illecito, l'attenzione viene spostata dalla affiliazione del reo alla riparazione dell'offesa.

Quindi per trovare un soggetto passibile della pena, quale strumento di ricostituzione della situazione giuridica violata, si ritiene responsabile un terzo.

Queste considerazioni hanno immediati riflessi sul binomio *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 estensione della copertura assicurativa a perdite conseguenti alla irrogazione di una sanzione punitiva comminata in relazione ad una responsabilità c.d. « vicariale ».

La giurisprudenza dei vari Stati americani, infatti, risulta concorde sia nell'ammettere la possibilità di condanna alla corresponsione di *punitive damages* a titolo di *vicarious liability* (33), sia nel riconoscere l'assicurabilità di un simile rischio: dal momento che 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, le Corti dei vari Stati, anche quelle che si sono espresse contro l'estensibilità della copertura assicurativa ai *punitive damages*, non hanno rinvenuto ragioni di *public policy* che contrastassero con l'assicurabilità di sanzioni punitive irrogate a titolo di *vicarious liability* (34).

(33) 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'*employer* 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 P.S. ATYAH, *op. cit.*, p. 175.

(34) Cfr. *U.S. Concrete Pipe Co. v. Boyd*, 437 So. 2d 1061 (Fla. 1983); *Highlands Insurance Co. v. McCutchen*, 486 So. 2d 4 (Fla. Dist. Ct. App. 1986); *Scott v. Instant*

Si individua così una prima apertura all'assicurabilità dei *punitive damages*, appunto nell'ipotesi in cui questi siano irrogati in ragione di una *vicarious liability*, un'apertura che non sembra, però, prospettabile nel nostro ordinamento che non conosce eccezioni al principio di personalità della pena, il quale, inteso come estensione della effettività delle sanzioni punitive, rappresenta una delle ragioni di ordine pubblico su cui si fonda l'inascurabilità del rischio di irrogazione di pene.

2.2. Inascurabilità degli intentional acts come regola generale della liability insurance. Alcune pronunce discor-danti.

Come abbiamo avuto modo di considerare, la inascurabilità degli atti intenzionali risulta una regola generale ridondante 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 (35).

Così anche in caso di *liability insurance* la inascurabilità degli *intentional acts* è affermata dalla maggior parte degli Autori proprio in quanto la copertura assicurativa degli stessi risulterebbe contraria alla *public policy* (36).

Tale regola trova applicazione anche con riguardo alla que-

stione della estensibilità della copertura assicurativa ai *punitive damages*.

Sul punto, infatti, si può dire che vale un'osservazione speculare a quella che abbiamo compiuto con riferimento alla assicurabilità della *vicarious liability*: come questa è generalmente ammessa anche in quegli Stati che ritengono contraria alla *public policy* la copertura delle perdite derivanti dall'irrogazione di una sanzione punitiva civile, così gli *intentional acts* sono ritenuti inascurabili anche in quegli Stati che considerano i *punitive damages* assicurabili (37).

La questione dell'assicurabilità degli *intentional acts* è stata affrontata dalla giurisprudenza americana sotto tre differenti profili: in presenza di una espressa esclusione, in caso di espressa inclusione ed infine ove la relativa esclusione figuri come « *implied exception* ».

Con riferimento alla prima ipotesi si hanno casi in cui le Corti sono state chiamate ad interpretare il testo di clause, ove si limitava la copertura assicurativa ai « *results in bodily injury or property damage neither expected nor intended from the standpoint of the insured* » (38), nella evidente speranza dell'assicurato di ottenere una pronuncia a sé favorevole mediante un'applicazione della *contra proferentem rule* che permettesse di estendere, interpretativamente, la copertura assicurativa anche ai *punitive damages* comminati in relazione ad una condotta intenzionale.

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*. In *Johnson & Johnson v. Aetna Casualty and Surety Co.*, 285 N.J. Super. 575, 667 A.2d 1087 (N.J. Super. App. Div. 1995), però, la Corte, anche se solo *in dicta*, ha osservato come una simile estensione della copertura assicurativa, soprattutto in caso di responsabilità per pro-dotti difettosi, potrebbe risultare un incentivo alla immisione di questi nel mercato e quindi sarebbe in contrasto con la *public policy*.

(35) V. *supra* parte I, cap. 2, nota 67.

(36) Cf. W. FREEDMANN, *op. cit.*, pp. 47-48.

(37) In particolare sul punto la giurisprudenza ha preso espressa posizione nei seguenti casi *Southern Farm Bureau Casualty Insurance Co. v. Dantel*, 246 Ark. 849, 440 S.W.2d 582 (1969); *St. Paul Fire & Marine Insurance Co. v. Sherman*, 222 Conn. 823, 610 A.2d 1281 (1992); *American Insurance Co. v. Sahmier*, 242 F. Supp. 257 (D. Conn. 1965). Cf. *Tedesco v. Maryland Insurance Co.*, 127 Conn. 533, 18 A.2d 357 (1941); *Canfield 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. Lockheed 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).

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

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

È per questi motivi 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* (39).

Per le stesse ragioni le Corti, 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 (40).

Allo stesso tempo, nel caso in cui la polizza non contenga previsioni al riguardo né di segno negativo, né di segno positivo, la giurisprudenza tende a riconoscere una « *implied exception* » alla copertura di atti intenzionali (41): 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.

Fin qui non sembra rinvenibile nell'atteggiamento della giurisprudenza americana alcuna particolarità che valga a metterla in relazione con gli orientamenti degli interpreti continentali.

Qualche osservazione merita però di essere compiuta al

(39) Per indicazione v. L. J. KRAMER, *Intentional Injury Exclusionary Clauses: The Question of Ambiguity*, in *Val. U. L. Rev.*, 21 (1987), p. 377.

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

(41) 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)).

riguardo. In primo luogo occorre considerare che l'ostilità alla copertura degli atti intenzionali trova delle eccezioni.

Così nel Wyoming i *punitive damages*, comminati in ragione di un illecito realizzato con « *willful conduct* », risultano « *available* » (42).

Ancora nelle motivazioni delle sentenze che hanno escluso l'assicurabilità degli *intentional acts* è dato osservare come tale decisione risulta fondata solo su ragioni di *public policy* e non anche, come osserva la dottrina italiana (43), sulla stessa natura dell'elemento rischio nel contratto di assicurazione.

Abbiamo più volte sottolineato che nell'assicurazione di un evento intenzionale, l'aleatorietà del contratto risulta esclusa dall'intenzionalità dell'atto assicurato (44).

Per contro, per il diritto americano, gli atti dolosi sarebbero in astratto assicurabili sotto il profilo della struttura del contratto di assicurazione.

Tale considerazione importa una riflessione più generale sullo stesso concetto di assicurazione in Italia ed nel sistema di *common law*.

Sembrerebbe, infatti, che in quest'ultimo, e nel diritto americano in particolare, per assicurazione non si intenda la garanzia verso un rischio inteso come possibilità oggettiva di accadimento di un evento futuro, ma si intenda piuttosto un mero meccanismo di ripartizione a costo parziale delle conseguenze dannose di un dato evento all'interno della comunione degli assicurati.

Ridurre l'assicurazione a questo significa spogiarla della stessa aleatorietà ed ammettere, quindi, che questa possa aver ad oggetto anche atti intenzionali e non solo eventi fortuiti o eventi colposi, come tali, equiparabili a questi ultimi (45).

(42) *V. Sinclair Oil Corp. v. Columbia Casualty Co.*, 682 P. 2d 975 (Wyo. 1984).

(43) Per tali considerazioni v. A. DONATI, *op. cit.*, pp. 134-136.

(44) *V. amplius supra* parte I, capitolo 2, § 5.

(45) Simili conclusioni sembrano peraltro avvalorate dal riconoscimento che trova nei sistemi di *common law* un istituto come l'assicurazione retroattiva, il quale,

2.3. Public Policy e assicurabilità dei punitive damages.

Al di là della generale assicurabilità della *vicarious liability* e della tendenziale inassicurabilità degli atti intenzionali, negli Stati americani non vi è concordia circa la estensibilità della copertura assicurativa ai *punitive damages*.

Per comprendere il perché di una tale varietà di decisioni occorre analizzare quale è la logica che ispira soluzioni così distanti anche per capire se e fino a che punto le stesse sarebbero riproponibili nel nostro ordinamento ove potessimo rinvenirvi ipotesi di vere e proprie pene private.

In alcuni casi i giudici americani hanno trovato in previsioni legislative il dato su cui fondare le proprie decisioni.

Si prenda il caso de *Code provisions regulating motor vehicle insurance state dell'Ohio* (*Ohio Re. Code Ann. § 3937.18.2 B.*) in cui è previsto che « *No policy of automobile or motor vehicle insurance... shall provide coverage for judgments or claims against an insured for punitive or exemplary damages* ».

La presenza di un dato normativo non ha impedito, però, ai

per contro, non pare avere cittadinanza nel nostro ordinamento per il dettato dell'art. 1895 che richiede l'esistenza di un rischio al momento della conclusione del contratto quale requisito per la validità dello stesso. Sul punto G. SCALFI, *I contratti di assicurazione: l'assicurazione danni*, cit., p. 52; A. DE GREGORIO G.-A. FANELLI, *op. cit.*, p. 80 ss. In particolare forme di assicurazione retroattiva sono conosciute in America. Sul punto v. D.S. HANSEL, *Introduction to insurance*, 2^a ed., London-Hong Kong, 1999, p. 95. È comunque da evidenziare che alcuni Autori americani qualificano il contratto di assicurazione come aleatorio mettendo così in discussione la natura assicurativa di tali operazioni. Così W. FRIEDMAN, *op. cit.*, p. 10 ss.

Occorre peraltro osservare la presenza dell'istituto anche in ordinamenti di *civil law*. In Germania l'assicurazione retroattiva è riconosciuta al § 2 del VVG ove è prevista la « *Rückwärtsversicherung* ». Così la dottrina tedesca pronunciata sul punto ha riconosciuto la rilevanza anche della mera « *subjektive Ungewissheit* » ai fini dell'esistenza del rischio. « *Wird jedoch die Versicherung von dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses aus betrachtet, für die Vergangenheit genommen (Rückwärtsversicherung), dann tritt an die Stelle der objektiven die subjektive Ungewissheit* ». così BRUCK E., *op. cit.*, p. 53.

In Francia, invece, la dottrina rileva come « *Le risque déjà réalisé au moment du sinistre n'est pas assumable fait d'alea* »: così Y. LAMBERT FAVRE, *Droit des assurances*, 10^e ed., Paris, 1998, p. 223.

giudici di essere chiamati a risolvere la questione dell'assicurabilità dei *punitive damages* operando così, peraltro, una generalizzazione della soluzione adottata dal legislatore con riferimento alla speciale ipotesi della responsabilità civile automobilistica (46).

Non sempre i legislatori statuali hanno affermato l'assicurabilità delle sanzioni punitive. Così il *Kansas Insurance Code* (§ 909 *Restatement Second on Torts*) prevede che « *It's not against public policy of this State for a person or entity to obtain insurance covering liability for punitive or exemplary damages assessed against such insured as the result of acts or omissions, intentional or otherwise, of such insured's employees, agents or servants, or of any other person or entity for whose acts such insured shall be vicariously liable, without the actual prior knowledge of such insured* ».

Ancora 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 negligence, including willful and wanton negligence, but excluding intentional acts* ».

Anche qui l'esistenza di una previsione legislativa ha trovato conferma nelle pronunce dei giudici che hanno esteso la copertura assicurativa ai *punitive damages* secondo la *contra preferentem rule* (47).

In tali ipotesi le Corti avevano il sostegno del legislatore e quindi pare forse più comprensibile, anche per un giurista di *civil*

(46) Vedi il caso *National Union Fire Insurance Co. of Pittsburgh v. Shane & Shane Co.*, 78 Ohio App. 3d 765, 605 N.E. 2d 1325 (Ohio Ct. App. 1992), in cui la Corte ha dichiarato l'estensione della copertura assicurativa ai *punitive damages* « *unenforceable* » perché contraria alla *public policy*. La questione riflette la possibile connessione che esiste in *common law* tra valutazione in termini di *public policy* e esistenza di particolari divieti legislativi. Sul punto E.A. FARNSWORTH, *Contracts*, Boston-Toronto-London, 1990, 2^a ed., p. 370 ss. Nel sistema di *common law*, infatti, « *the defense of illegality... is not automatic but requires... a comparison of the pros and cons of enforcement* »: così *Northern Ind. Pub. Serv. Co. v. Carbon Country Coal Co.*, 799 F. 2d 265, 273 (7th Cir. 1986).

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

law, che i giudici abbiano confermato la liceità di una simile estensione della copertura assicurativa.

Vi sono stati, però, altri casi in cui 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 una autentica sanzione punitiva, possa risultare contraria alla stessa natura e funzione della pena (48).

In vero questo non è l'unico aspetto che lascia perplesso il giurista continentale di fronte alla soluzione del problema dell'assicurabilità dei *punitive damages* prospettata dalle Corti americane.

Il profilo argomentativo di tali sentenze che risulta più distante da una logica di *civil law* riguarda piuttosto il ruolo che occupa in tali decisioni la *public policy* quale principio cui i giudici ricorrono, in alcuni casi, per negare e in altri, per ammettere l'assicurabilità dei *punitive damages*.

Infatti gli interpreti dei sistemi di *civil law*, che si sono trovati a confrontarsi col problema dell'assicurabilità delle sanzioni punitive, hanno argomentato le loro decisioni individuando possibili ragioni di ordine pubblico contro la liceità di una simile estensione della copertura assicurativa (49).

Parrebbe, però, difficile individuare nelle stesse ragioni di

ordine pubblico anche motivi per ritenere valida ed efficace una simile pattuizione.

La difficoltà a mettere in relazione il giudizio di conformità di tali patti all'ordine pubblico e le valutazioni di rispondenza degli stessi alla *public policy* sembra, a nostro avviso, trovare giustificazione nella stessa distanza che separa questi due criteri di decisione, una distanza che può risultare pericolosamente ridotta dalla traduzione del lemma *public policy* come « ordine pubblico » (50).

Il giudizio di liceità per conformità del contratto all'ordine pubblico è, infatti, come abbiamo avuto modo di considerare (51), rappresentato da un procedimento logico volto a verificare la conformità del negozio ai principi fondamentali dell'ordinamento deducibili in via interpretativa dalla legge.

Per contro la valutazione sulla conformità del contratto alla *public policy* risulta essere fondata piuttosto su un'operazione di bilanciamento degli interessi in gioco.

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 affairs 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.* » (52).

Se la valutazione di conformità a *public policy* è compiuta in

(48) 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. G. PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, p. 463, nr. 91.

(49) Cfr. R. SACCO, in *Il contratto*, cit., p. 105.

(50) V. tra gli altri *Il nuovo dizionario Hazon Garzanti*, Torino, 1991, voce *Public*, p. 772. Questa osservazione non vuole essere una critica ai redattori del dizionario, che si sono trovati ad operare una simile scelta nelle ovvie ristrettezze che un dizionario generale di lingua straniera lascia ai termini tecnici.

(51) V. *supra* parte I, cap. 1, § 4.

(52) Così A.E. FARNSWORTH, *op. cit.*, p. 345.

base a tali criteri, pare chiara la ragione di una simile varietà di giudizi sull'assicurabilità dei *punitive damages*.

Il giudice, infatti, non deciderà la conformità del patto all'ordinamento in base a canoni astratti quali la legge, l'ordine pubblico e il buon costume, ma valuterà la necessità o meno di ritenere prevalente la tutela degli interessi pubblici che riposano nel riconoscimento della *freedom of contract* rispetto ad eventuali interessi pubblici che trovano in questa un limite alla loro piena attuazione.

Questo vuol dire che la questione potrà avere una soluzione diversa a seconda del differente equilibrio degli interessi in gioco nel caso sottoposto all'attenzione della Corte; il che, del resto, risulta pienamente rispondente all'interpretazione-applicazione del diritto propria dei sistemi di *case law* (53).

Così, come abbiamo già avuto modo di osservare (54), una rilevanza decisiva, ai fini del giudizio di assicurabilità, è assunta dalla intenzionalità o meno dell'atto illecito sanzionato mediante l'imputazione a carico del responsabile di una somma a titolo di *punitive damages*.

In caso di *wanton* o *reckless disregard*, infatti, mancando l'intenzionalità dell'atto, la esclusione della copertura assicurativa finirebbe per determinare un effetto dannoso sul responsabile di gran lunga superiore all'effetto positivo di prevenzione degli illeciti (55).

Pertanto l'interesse pubblico, tipostante nell'efficacia deterrente dei *punitive damages*, si troverebbe ad essere controbianciato dal rischio di *overdeterrence* in caso di *punitive damages* relativi ad un *not intentional act*; il che, in una logica di bilan-

(53) È del resto celebre la metafora cui un giudice inglese del XIX secolo ricorreva per descrivere la *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 *Barrough, J.*, in *Richardson v. Mellish*, 2 Bing. 229, 252, 130 Eng. Rep. 294, 303, (1824).

(54) V. *supra* § 2.2.

(55) Sul punto *A.J. WIDISS, op. cit.*, p. 455.

ciamento di interessi, farebbe propendere, in tal caso, per la conformità alla *public policy* di un'estensione della copertura assicurativa anche ai *punitive damages* (56).

In altri casi la decisione della Corte è stata orientata dagli interessi pubblici coinvolti a seconda che si trattasse di responsabilità per circolazione stradale o di *product liability* (57).

In quest'ultima ipotesi è stata considerata l'eventualità che l'attività illecita possa rappresentare una fonte di guadagno per l'impresa la quale, nel commerciare prodotti, che siano potenziali fonti di danno a terzi, ottiene delle entrate anche attraverso un risparmio sui costi dei controlli sulla qualità dei prodotti o sull'elaborazione di tecniche per eliminare le condizioni che rendono il prodotto potenzialmente dannoso.

L'impresa quindi, a differenza del guidatore imprudente che cagiona un danno a terzi, potrebbe avere un concreto interesse a stipulare una polizza per assicurarsi dal rischio di essere condannata al pagamento di *punitive damages* anche pagando costi elevati, che sarebbe peraltro in grado di sopportare in relazione ai guadagni ottenuti mettendo in commercio prodotti difettosi.

(56) Per indicazioni sulla giurisprudenza pronunciatasi in tal senso v. *supra* § 2.2. (57) Cf. *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. Cf. D.G. OWEN, *Punitive damages in products liability litigation*, 74, vol. II, (1976), p. 1262 ss.

Queste osservazioni richiamano il contenuto del libro di P. NABER, *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 (si pensi al necessario esercizio di controlli sulla qualità dei prodotti messi in commercio, al buono stato di funzionamento dei macchinari ecc.). Cf. R. LOCATELLI, *op. loc. cit.*

Si spera di aver così dato conto delle difficoltà che vi sono nel tentare di riproporre nel nostro ordinamento le soluzioni avanzate nel sistema americano in punto di assicurabilità di sanzioni punitive civili, non solo per la problematicità di riconoscere in Italia l'esistenza di pene private, tema di cui ci occuperemo nelle conclusioni del presente capitolo (58), ma anche perché il giudizio di liceità su cui è fondata la soluzione al problema del rischio assicurabile nel nostro ordinamento risulta ben distante dalla valutazione di conformità alla *public policy* da cui muove la stessa *unenforceability* nel *common law*.

3. I c.d. danni punitivi in Europa.

Prima di occuparci del problema dell'assicurabilità delle sanzioni punitive in Italia è forse opportuno osservare quale è l'atteggiamento degli altri ordinamenti europei rispetto ai *punitive damages*, per comprendere la reale portata del fenomeno in una prospettiva internazionale.

Il tema pare suscettibile di una trattazione articolata nei seguenti differenti aspetti: la rilevanza giuridica rispetto al diritto interno dei singoli Stati europei di ipotesi identificabili come autentiche pene private quali sanzioni di illeciti civili; il problema della delibazione di sentenze straniere di condanna al pagamento di *punitive damages*; la possibilità di rinvenire nei *punitive damages* una componente di un *European common core of Tort Law*. Si tratta di tre differenti modi in cui viene a porsi il problema del possibile relazionarsi tra *punitive damages* e ordinamenti europei.

La questione circa l'esistenza di fenomeni analoghi ai *punitive damages* negli altri Stati europei si distingue dalle altre perché in questo caso l'ambito dell'indagine riguarda la stessa rilevanza giuridica, all'interno di un singolo ordinamento statale, di fen-

meni in cui l'illecito perpetrato trova risposta nella condanna al pagamento di una somma, che risulta non indirizzata a compensare il pregiudizio subito in ragione del torto altrui, ma a sanzionare il responsabile dello stesso.

Diversamente, con riferimento alla seconda prospettiva, saremmo in presenza di un processo valutativo volto a riconoscere la operatività dei c.d. danni punitivi in quanto previsti in una sentenza straniera di cui si chiede la delibazione. In tal caso i *punitive damages* resterebbero comunque estranei, anche in ipotesi di delibazione, all'ordinamento in cui la sentenza straniera viene ad avere esecuzione.

Con riferimento infine alla rilevanza dei *punitive damages* quale fenomeno condivisibile tra i differenti ordinamenti europei, saremmo in presenza di una prospettiva ancora diversa. Il tema, infatti, finisce per proiettarsi al di fuori dei particolarismi nazionali.

La necessità di una trattazione separata di tali prospettive non esclude, però, che tra le stesse sussistano dei collegamenti logici.

Così la eventuale individuazione di sanzioni punitive civili, aventi rilevanza ed efficacia nei singoli ordinamenti europei, può rappresentare la base su cui argomentare in ordine alla possibile delibazione di sentenze straniere di condanna al pagamento di *punitive damages*.

Infatti la rilevanza dei c.d. danni punitivi nell'ordinamento, in cui è chiesta l'esecuzione di tale sentenza, importerebbe un'ammisione da parte dell'ordinamento stesso della conformità dei *punitive damages* ai principi su cui esso è fondato, conformità su cui potrà essere orientata la decisione del giudice nel giudizio di delibazione.

La questione della possibile individuazione di autentiche sanzioni punitive civili rappresenterebbe, quindi, un *prins* logico rispetto al problema della possibile delibazione delle sentenze straniere di condanna a *punitive damages*.

Entrambe le suddette prospettive risultano poi essere la premessa per lo sviluppo del terzo tema: la possibilità di rinvenire

(58) V. *infra* § 4.

nei *punitive damages* una componente di un *European common core of Tort Law*.

È vero che tale questione si presenta diversa dalle precedenti perché non fondata sui particolarismi nazionali. È anche vero, però, che difficilmente si potrà rinvenire nei *punitive damages* un elemento di condivisione tra i vari ordinamenti europei ove si individuino atteggiamenti perplessi o addirittura ostili da parte dei giudici dei diversi Stati rispetto all'ammissibilità di autentiche pene private quali risposta agli illeciti civili o anche rispetto alla mera delibazione di sentenze straniere di condanna ai *punitive damages*.

3.1. Risarcimento e pena nelle sentenze dei giudici degli Stati europei.

Nel tentativo di individuare, all'interno dei vari ordinamenti europei, fenomeni giuridici assimilabili ai *punitive damages*, si può essere indotti nell'illusione di trovare nell'ordinamento britannico, in quanto afferente al sistema di *common law*, un impiego della figura dei c.d. danni punitivi analogo a quello compiuto da parte dei giudici americani.

In vero, 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 (59).

È però da osservare un rinnovato interesse, per tali forme di sanzioni punitive, da parte della giurisprudenza della *House of Lords* (60). Il tema è stato, inoltre, oggetto di un *Consultation Paper della Law Commission* intitolato appunto « *Aggravated Restitutionary and Exemplary Damages* » (61).

(59) Si tratta dei noti casi *Wilkes v. Wood*, 98 E.R. (C. P. 1763) e *Huckle v.*

Money, 95 E.R. 768 (1763).

(60) V. *supra* nota 19.

(61) Per tali osservazioni v. in particolare E. Urso, *op. cit.*, p. 3 nt. 19 del dattiloscritto.

Anche prima di tali sviluppi non sono, però, mancate opinioni favorevoli al riconoscimento di autentiche sanzioni punitive in *exemplary damages* comminati in caso di violazione dei « *plaintiff's proper feelings of dignity and pride* ».

Lord Devlin osservava, infatti, che in tale ipotesi « *the object of exemplary damages is to punish and deter* » (62).

Si tratta di un tema che presenta una forte similitudine con la questione della natura della riparazione del danno morale in Italia, di cui abbiamo avuto modo di trattare nel capitolo precedente (63).

Sul punto si può inoltre ricordare il dibattito, tuttora vivo in Germania, sulla natura punitiva dello *Schmerzensgeld* e più in generale della riparazione di pregiudizi non patrimoniali.

Già Windscheid poneva lo *Schadenersatz* di un *nicht Vermögenschaden* ai margini della tutela compensatoria incentrata sulla tutela per equivalente (64).

La riparazione di un simile detrimento non sarebbe, infatti, volta a ricostruire la sfera del danneggiato, perché il pregiudizio non patrimoniale non può essere soddisfatto mediante un meccanismo di compensazione per utilità equivalenti quale è il risarcimento in senso stretto.

L'obbligazione che sorge dall'illecito, quindi, non trova la sua fonte in un danno riparabile da riparare, ma nella necessità di un'adeguata risposta punitiva contro il responsabile.

In senso analogo si è più recentemente pronunciato un Autore tedesco il quale partendo dalla considerazione che « *Das Strafrecht interessiert sich für den Täter und die Tat Schadenersatz und Strafe unterscheiden sich demnach... dadurch, daß der eine die bei dem Opfer entstandenen Schäden ausgleichen, die andere auf*

(62) Cf. Lord Devlin in *Rookes v. Barnard*, (1964) AC 1129, p. 1221.

(63) V. *supra* capitolo I, § 1.3.

(64) B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, vol. II, Frankfurt am Main, 9^a ed., (1906) 1984, p. 69.

den Täter einwirken will» (65), conclude rilevando una funzione prevalentemente affittiva dello *Schmerzgeld* e affermando, quindi, la natura penale del rimedio.

Di diverso parere risulta essere la giurisprudenza. Il BGH, infatti, ha affermato che «Zum anderen begründet die Genugnungsfunktion keinen unmittelbaren Strafcharakter des Schmerzensgeldes. Sie ist vielmehr untrennbar mit der dem Schmerzensgeldanspruch zugleich innewohnenden Ausgleichfunktion verknüpft» (66).

Anche il *pretium doloris* è indirizzato alla ricostruzione della sfera del danneggiato e quindi è legato ad una immanente funzione compensatoria.

Ancora in un'altra recente pronuncia il BGH ha osservato che «dient der statliche Strafanspruch in erster Linie dem Interesse der Allgemeinheit..., während sich die zivilrechtlich relevante Genugnungsfunktion der Sache nach als eine der Grundlagen für die Bemessung des Anspruchs auf Ausgleich des immateriellen Schadens darstellt» (67).

La riparazione dei danni morali è indirizzata alla tutela di interessi privati e non è asservita agli interessi della *Allgemeinheit*. In ciò riposerebbe la sua natura strettamente civilistica.

(65) Così B.R. KERN, *Die Genugnungsfunktion des Schmerzgeldes ein pönales Element im Schadensrecht?*, in *AcP*, 1991, p. 247.

Sull'idea di pena nella riparazione dell'immateriale Schaden V. più recentemente P. MÜLLER, *Punitive damages und deutsches Schadensersatzrecht*, Berlin-New York, 2000, p. 269 ss.; C. SCHÄFER, *Strafe und Prävention im Bürgerliche Recht*, in *AcP*, 2002, p. 419 ss.

(66) Cfr. BGH 4/6/1992, in *NwR*, 1992, 3096.

(67) Così BGH 16/1/1996, in *VersR*, 1996, 382. In senso favorevole a tale impostazione sembra leggibile il nuovo testo del § 253 BGB. Come osserva un Autore italiano «lo spostamento (dei) casi di risarcibilità dello *Schmerzgeld* dal vecchio § 847 al nuovo § 253 II° comma ha un significato preciso: quello di svincolare la risarcibilità dalla prova della colpa del danneggiante (che la vecchia norma prevedeva come condizione per la sua applicabilità) accentuando quindi la funzione riparatoria dello *Schmerzgeld*»: così F.D. BUSNELL, *Il danno alla persona al giro di boa*, in *Danno e Resp.*, 2003, p. 241.

Analoghe considerazioni sono state compiute dagli interpreti francesi e spagnoli.

In Francia la dottrina ha manifestato un rinnovato interesse per le sanzioni punitive civili con particolare riguardo alla riparazione dei danni morali (68).

Anche in tale ordinamento si ripropone, infatti, il problema della natura penale o civile della riparazione dei pregiudizi non patrimoniali ed anche qui non sono mancate voci autorevoli della dottrina che hanno identificato in tale fenomeno un'autentica pena privata (69).

Per contro recentemente è stato rilevato che, in ipotesi di pregiudizi non patrimoniali, «il risarcimento dei danni per equivalente può comunque avere un fine di compensazione, se non altro per la possibilità di ottenere dei beni che possono procurare al danneggiato un qualche sollievo» (70).

Anche in Spagna troviamo delle aperture da parte di alcuni Autori rispetto all'idea di sanzioni punitive nella responsabilità civile (71).

Autorevole dottrina ha, però, osservato che non è dato rinvenire autentiche pene private nel sistema di responsabilità civile in Spagna (72), e che le stesse, ove fossero presenti,

(68) Sul punto B. STARK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, 1947, p. 354 ss. più recentemente S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Paris, 1995, in particolare p. 19 ss.; Y. LAMBERT-FAVRE, *L'éthique de la responsabilité*, cit., p. 1ss.; M. DIECOFFE, *Droit de la sanction non pénale*, Paris, 2000, p. 4 ss.; C. COUTANT-LAPALUS, *Le principe de réparation intégrale en droit privé*, Aix en Provence, 2002 p. 435 ss.

(69) V. in particolare P. ESMEIN, *op. loc. cit.*

(70) Così F. CHAVAS, *La pena privata in Francia*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, p. 353. In particolare sulla natura civilistica dell'idea di «*reparation*» v. I. ROUYOU DE BOUBE, *Essai sur la notion de réparation*, Paris, 1974, in part. p. 267.

Questa impostazione sembra propria anche della giurisprudenza francese che tende a negare l'idea di pena privata all'interno del sistema di responsabilità civile. V. Cass.: 8/5/1964, in *Jcp* 1965, II, 14140.

(71) Cfr. M. CASALS, *Notas sobre la indemnización del daños moral en las acciones por difamación de la Lo I/1982*, in *Estudios en homenaje al Código civil*, Madrid, 1989, p. 1231.

(72) Tale opinione dottrinale sembra peraltro aver trovato conferma nella giuri-

dovrebbero ritenersi contrarie ai principi costituzionali, in particolare al principio *nulla poena sine lege*. La determinazione dell'entità dei c.d. danni punitivi, infatti, non è vincolata a minimi o massimi editrali ma è rimessa al potere equitativo del giudice (73).

3.2. La delibazione da parte di giudici degli Stati europei di sentenze di condanna al pagamento di punitive damages.

Gli studiosi italiani che si sono occupati del tema dei *punitive damages* non hanno mancato di tener conto, al fine di individuare la rilevanza europea del fenomeno, dei differenti approcci seguiti dai giudici dei diversi Stati nel risolvere la questione della possibilità di dare esecuzione a sentenze straniere di condanna al pagamento di c.d. danni punitivi (74).

Due sono i criteri di valutazione adottati al riguardo dalle Corti europee: la conformità della sentenza straniera all'ordine pubblico e la natura penale o civile del rimedio ivi previsto.

Col primo criterio si intende evitare che, mediante l'esecuzione di una sentenza straniera, si sovverta l'ordine dello Stato in cui ha luogo il giudizio di delibazione violandone i principi fondamentali (75).

La seconda modalità di valutazione sembra, invece, piuttosto legata ad un'idea di pena come espressione dell'*actorias* che il

spudenza del *Tribunal Supremo* che ha affermato la natura strettamente compensatoria, e quindi non penale, delle sanzioni contro gli illeciti civili. Cfr. T.S. 28.10.1986 n. 5750, in *La Ley*, 1986, V, p. 5620.

(73) Per tali considerazioni cfr. L. Díez Picazo, *op. cit.*, p. 46.

(74) Cfr. A. SARAVALLE, *I punitive damages nelle sentenze delle Corti europee e dei tribunali arbitrali*, in *Rev. int. dir. priv. proc.*, 1993, p. 867 ss.; G. BROGGINI, *Compatibilità di sentenze statunitensi di condanna al risarcimento di « punitive damages » con il diritto europeo della responsabilità civile*, in *Europa dir. priv.*, 2001, p. 477 ss.; E. UNSO, *op. ult. cit.*, p. 2041 ss.

(75) Alcuni Autori rilevano come il concetto di ordine pubblico impiegato a tal fine risulti più ristretto di quello impiegato nel valutare la validità ed efficacia di fenomeni interni. Cfr. G. BROGGINI, *op. cit.*, p. 501 ss.

singolo Stato viene ad esercitare sui soggetti sottoposti alla sua giurisdizione. Di qui la difficoltà di ammettere la possibilità che un altro Stato si « intrometta » in siffatta relazione. A tale logica sembra del resto ispirata la stessa Convenzione di Bruxelles che all'art. 1 limita il proprio campo di azione alla materia civile e commerciale (76).

Volendo così richiamare alcune concrete applicazioni dei suddetti criteri di valutazione possiamo ricordare quello che è stato l'impiego della clausola di ordine pubblico da parte del BGH.

In una già citata sentenza la Corte tedesca, nel giudizio di *Anerkennung*, ex § 328 ZPO, di una sentenza di condanna al pagamento di *punitive damages* emessa dalla *Superior Court* Californiana, individua l'ordine pubblico nei « *Grundrechten* » e nei « *wesentlichen Grundsatze des deutschen Rechts* » (77).

In tal caso il BGH, dopo aver escluso l'esistenza nell'ordinamento tedesco di fenomeni analoghi ai c.d. danni punitivi, che valga a riconoscere la conformità degli stessi ai principi su cui questo si fonda, individua una serie di possibili punti di contrasto tra l'ordine pubblico, per come lo stesso è stato individuato dalla stessa Corte, e i *punitive damages* (78).

In particolare essi lederebbero il principio della proporzionalità della pena in quanto la quantificazione dei *punitive damages* in America risulta svincolata da qualsivoglia parametro e rimessa alla piena discrezionalità della giuria.

Si ripresenta così il problema di conformità dei c.d. danni punitivi ai principi del diritto penale già affrontato con partico-

(76) Per queste ultime considerazioni v. G. BROGGINI, *op. loc. ult. cit.*

(77) Cfr. BGH 4.6.1992, cit.

(78) Una maggiore apertura la si trova nelle sentenze dei giudici svizzeri che escludono la contrarietà a ordine pubblico delle sentenze americane di condanna a *punitive damage* in quanto anche l'ordinamento svizzero conoscerebbe figure di pena private tra le quali figurerebbe la clausola penale. Cfr. Trib. Basilea 1.2.1989, in *Basler Juristische Mitteilungen*, 1991, p. 31.

lare riguardo alla ammissibilità degli stessi in relazione al principio di legalità (79).

Con i *punitive damages* saremmo, infatti, nella sostanza, di fronte a pene irrogate in difetto delle ordinarie garanzie costituzionali riconosciute a favore del reo.

Si tratta di un problema avvertito recentemente anche negli Usa ove la *Supreme Court* ha dovuto più volte pronunciarsi sulla conformità dei *punitive damages* alla *due process clause* (80).

(79) V. *supra* p. 238.

(80) Al riguardo si segnalano alcune pronunce della *Supreme Court* che hanno risolto il problema della non conformità dei *punitive damages* alle garanzie costituzionali distinguendo questi ultimi dalle sanzioni pecuniarie penali. In tal senso, ad esempio, si è pronunciata la Corte nel caso *Browning-Ferris v. Kelco*, in *Foro it.*, 1990, IV, c. 174 con nota di M.S. ROMANO, *Danni punitivi ed eccesso di deterrenza: gli (inerti) argini costituzionali*. In questo caso la *Supreme Court* non ha ritenuto riferibile ai *punitive damages* la clausola dell'eccessiva onerosità delle sanzioni pecuniarie di cui all'VIII emendamento, in quanto questi rimangono strumenti di diritto privato. Sul punto G. PONZANELLI, « *Punitive damages* » e « *due process clause* »: *l'intervento della Corte Suprema Usa*, (nota a *Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip*, 499 U.S. 1 (1991)), *Id.* « *punitive damages* » il caso *Texaco e il diritto italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, p. 405 ss.; R. PARDOLESI, *Per un pugno di (miliardi) di dollari*, in *Foro it.*, 1987, IV, c. 300. Più sentito, invece, è il problema della possibilità di porre limiti all'entità della somma determinata dalla giuria.

Sullo sfondo c'è il problema della discrezionalità della giuria nei processi civili (V. G. PONZANELLI, *Responsabilità da prodotto da fumo: il « grande freddo » dei danni punitivi* (nota a *Engle v. R.J. Reynolds*), in *Foro it.*, 2000, IV, c. 450. Sul correlato problema di *overcompensation* v. ancora G. PONZANELLI, *Responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bologna, 1992, p. 30).

Sul punto vari sono stati recentemente gli interventi della *Supreme Court*. Nel caso *mutual Life insurance Co. v. Haslip*, cit. la Corte ha ritenuto legittima la legislazione dello Stato dell'Alabama ove era prevista la possibilità di fornire istruzioni alla giuria sulle funzioni di deterrenza e compensazione propri dei danni punitivi ai fini della loro quantificazione e che fosse sempre ammissibile a « *meaningful postverdict review* » senza che ciò debba comportare l'individuazione di « *a mathematically bright line* » tra danni punitivi costituzionalmente ammissibili e non.

Ancora nel caso *TXO Production Co. v. Alliance Resources*, 509 U.S. 443 (1993), in *Foro it.*, 1994, IV, c. 92 con nota di G. PONZANELLI, *Non c'è due senza tre: la Corte suprema Usa salva ancora i danni punitivi* e nel caso *Honda Motor Co. Ltd et al. v. Oberg*, 512 Us 415 (1994) è stata individuata la necessità di un controllo ulteriore della Corte suprema sul *quantum debetur* a titolo di *punitive damages*.

In tutte queste ipotesi però la *Supreme Court* ha mancato di indicare alle Corti inferiori dei parametri cui uniformarsi per determinare l'entità dei danni punitivi conforme alla Costituzione.

Occorre comunque considerare come il punto che suscita le maggiori perplessità di dottrina e giurisprudenza americane, non sia tanto il possibile contrasto dei c.d. danni punitivi con i principi del sistema sanzionatorio punitivo, quanto il ruolo della giuria nella determinazione della somma che il responsabile si troverà a corrispondere a favore del danneggiato (81).

Il problema della possibile contrarietà dei c.d. danni punitivi alle garanzie costituzionali proprie dei procedimenti penali risulta, inoltre, di difficile soluzione perché legato alla stessa natura di tali sanzioni le quali risultano essere penali nella funzione e civili nella struttura. Attraverso i *punitive damages*, infatti, non si compensa una perdita ma si sanziona un'offesa attraverso, però, un meccanismo di stampo civilistico sia nella determinazione del soggetto destinatario della somma, sia nel procedimento di condanna al pagamento della medesima.

Questo ha portato la scienza giuridica americana a parlare,

Nel caso *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 517 US 559 (1996), in *Foro it.*, 1996, IV, c. 421 ss. con nota di G. PONZANELLI, *L'incostituzionalità dei danni punitivi « grossly excessive »*, invece, la Corte, in relazione al XIV emendamento, ha individuato i criteri di determinazione dei danni punitivi nel grado di riprovevolezza della condotta del reo, nella relazione tra i « *punitive damages* » e « *compensatory damages* » e nella comparazione tra i danni punitivi e le « *criminal penalties* » che possono essere imposte per condotte simili.

Del resto alcuni di tali criteri sono contenuti anche nel *Model Punitive Damages Act* del 1996 section 7: « *the nature of defendant's wrongful conduct and its effect on the claimant and others; the amount of compensatory damages; any fines, penalties, damages, or restitution paid or to be paid by the defendant arising from the wrongful conduct; the defendant's present and future financial condition and the effect of an award on each condition; any profit or gain obtained by the defendant through the wrongful conduct; in excess of that likely to be devoted by this and any other actions against the defendant for compensatory damages or restitution; any adverse effect of the award on innocent persons* ».

Sulla limitazione dei poteri della giuria nella determinazione del *quantum dei* danni punitivi v. più recentemente *Suprema Corte degli Stati Uniti d'America*, 7/4/2003, in *Foro it.* c. 355 con nota G. PONZANELLI, *La « costituzionalizzazione » dei danni punitivi: tempi duri per gli avvocati nordamericani*.

(81) Sul punto v. in particolare il già citato caso *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 517 US 559 (1996), cit. e l'articolo di G. PRIEST, *The Role of the civil jury in a System of Private litigation*, in *University of Chicago legal forum*, 1990, p. 161.

con riferimento ai *punitive damages*, di un « *Middleground* » tra la responsabilità penale e quella civile (82).

Tale aspetto rileva anche ai fini della trattazione del secondo criterio cui le Corti europee hanno improntato i loro giudizi di delibazione di sentenze straniere di condanna al pagamento appunto di *punitive damages*: la natura civile o penale di tale rimedio.

Le pronunce che si sono avute, al riguardo, tendono in genere ad attribuire natura penale ai c.d. danni punitivi (83).

Cercano, per contro, almeno in alcuni casi, di ricondurre il rimedio al diritto civile le Corti inglesi le quali fondano le proprie conclusioni su un dato puramente formale: il soggetto cui è dovuta la somma comminata a titolo di *punitive damages* è il privato vittima del torto (84).

Il Tribunale di Basilea ha, invece, affermato la natura civile dei c.d. danni punitivi riconoscendo a questi una prevalente funzione risarcitoria (85).

Si tratta, però, di una decisione che lascia aperti alcuni dubbi: non si comprende infatti la necessità di compensare una perdita che dovrebbe risultare già ristorata dalla somma prevista a titolo di *compensatory damage* dalla Corte americana. Inoltre, se l'importo dovuto a titolo di *punitive damages* avesse prevalente funzione compensatoria, sebbene ordinato alla deterrenza dei torti, non sembrerebbe possibile distinguere dall'ordinario risarcimento del danno che, come abbiamo più volte sottolineato, trova nella sua polifunzionalità anche finalità propriamente preventivo-deterreni che non escludono la sua prevalente natura compensativa.

(82) K. MANN, *Punitive civil Sanctions: The Middleground Between Criminal and Civil Law*, in *Yale Law Jour.*, 101 (1992), p. 1795 ss.

(83) V. in particolare BGH 4.6.1992, cit.

(84) S.A. *Consortium General Textiles v. Sun and Sand Agencies Ltd* (1978) QB 29, 299. Per una critica generale sulle partizioni formali tra pena e risarcimento v. *supra* parte I, capitolo 3, § 4.1.

(85) Trib. Basilea 1.2.1989, cit.

Quello che è dato osservare è come, nel riconoscere natura compensatoria ai c.d. *punitive damages*, si finisca per negare a questi giuridica rilevanza quale rimedio contro gli illeciti distinto dalla sanzione risarcitoria.

Pare così emergere, nel complesso, un atteggiamento delle Corti dei singoli Stati europei per lo più restrittivo nel riconoscere sentenze straniere di condanna ai *punitive damages*, atteggiamento che, anche quando presenta delle aperture, come nei casi appena citati sulla natura civile del rimedio, non manca di evidenziare l'estrema problematicità che lo stesso presenta sul piano applicativo.

3.3. I punitive damages nella prospettiva di un European Common Core of Tort Law. Scenari e prospettive.

Per completare le nostre osservazioni su una possibile rilevanza dei *punitive damages* in Europa ci è sembrato opportuno considerare lo spazio che gli stessi possono trovare nella prospettiva di un *European Common Core of Tort Law* (86).

(86) Dal punto di vista delle regole emerge, in vero, piuttosto una divisione tra sistemi fondati su un'idea di illecito civile atipico e sistemi fondati su un'idea di illecito civile tipico. Cfr. P. CENDON, *Il diritto comparato e la legislazione italiana*, in *La responsabilità civile*, a cura di P. Cendon, Milano, 1988, p. 3 ss.

Queste distinzioni sono state riprese per verificarne la rispondenza sul piano operativo da P.G. MONATERI, *La sindacato — Formule e regole nel diritto delle obbligazioni e dei contratti*, Milano, 1984, p. 375 ss.; Id., *La responsabilità civile*, cit., p. 51 ss. e in particolare p. 52 ove l'A. si richiama alla possibilità di distinguere tra « regole operazionali » e « formanti dichiaratori » secondo la ricostruzione delle possibili somiglianze e differenze tra il sistema di responsabilità civile francese e tedesco a suo tempo operata da R. SACCO, *Definitions savantes et droits appliqués dans les systèmes romaniste*, in *Rev. Int. Dr. Comp.*, 1965, p. 827.

Confida in interpretazioni aggreganti al fine di creare un diritto comune europeo della responsabilità civile C. VON BAR, *op. cit.*, p. 608 ove avverte che « *Es wäre im Sinne der Europäisierung der Privatrechtspflege außerordentlich wünschenswert, wenn er sich, falls die Rechtsfrage an ihn herangetragen wird, mit der Rechtsprechung seines Nachbargerichtes auseinandersetzen würde* ».

Ancora la tendenza a leggere le regole della responsabilità civile in una dimensione globale si ha in G. ALPA, *Responsabilità civile e danno biologico*, Bologna, 1991, p. 9 ss.

Le ricerche relative a possibili interpretazioni aggreganti in tema di responsabilità civile all'interno dei differenti ordinamenti europei non paiono, in vero, convergere nel senso di una piena riconoscibilità dei *punitive damages* come fenomeno condiviso da parte degli interpreti dei diversi Stati europei.

Se, infatti, si fa eccezione per il rinnovato interesse dell'ordinamento britannico per i c.d. danni punitivi (87), non sembra possibile evincere una generalizzata riscoperta sul piano applicativo dell'idea di pena privata all'interno del sistema di responsabilità civile.

Come abbiamo osservato nei paragrafi precedenti, anche in ordinamenti come Francia, Spagna e Italia, nei quali la dottrina mostra un particolare interesse per il fenomeno, la giurisprudenza manifesta un atteggiamento alquanto restrittivo rispetto alla possibilità di sanzionare gli illeciti civili con autentiche pene private. Significativo in tal senso ci pare del resto l'incipit del paragrafo che Von Bar ha dedicato ai « *punitive damages* » in Europa: « *Noch für Savigny trug das gesamte Deliktsrecht und die in ihm gründende Pflicht zum Schadensausgleich Strafcharakter. Das modernem Recht sieht das anders* » (88).

Infatti, anche con riguardo alla natura penale della riparazione dei danni non patrimoniali, l'Autore rileva come la stessa sia esclusa dalla maggior parte dei giudici europei che abbiano avuto occasione di pronunciarsi sul punto (89).

In senso analogo si possono richiamare le considerazioni sui risultati del lavoro seguito da un Gruppo di giuristi coordinato da F.D. Busnelli sul tema delle « Prospettive europee di razionalizzazione del risarcimento del danno non economico » (90).

(87) V. *supra* nota 19.

(88) Così C. VON BAR, *op. cit.*, p. 604, il quale tiene però a precisare «...mag es auch immer noch den einen oder anderen Autor geben, der in jeder außervertraglichen Haftung ein pönales Element entdecken zu können meint ».

(89) Cfr. C. VON BAR, *op. cit.*, p. 608.

(90) Per una sintesi di tali risultati v. F.D. BUSNELLI, *Prospettive europee di*

Dai tre principi fondamentali: dignità, salute, uguaglianza, cui è ispirata l'elaborazione di un sistema comune di riparazione dei danni non patrimoniali, sono stati dedotti tre criteri il primo dei quali è la stessa esistenza di un danno della vittima dell'illecito da riparare (91).

Quindi anche nei risultati di tale studio emerge che un dato comune nella riparazione dei danni non patrimoniali, ambito in cui è stata appunto evocata l'emersione del fenomeno dei *punitive damages* in Europa, come abbiamo avuto modo più volte di rilevare (92), è la natura strettamente compensatoria e non punitiva della stessa.

Nuovamente il fulcro del sistema della responsabilità civile viene individuato nell'esistenza di una condizione pregiudizievole cagionata da un torto altrui suscettibile di ristoro anche ove manchino utilità equivalenti idonee a surrogare perfettamente l'utilità perduta.

4. *Distinzione tra pena e riparazione dei danni non patrimoniali. Rilevi conclusivi sulla generale assicurabilità della responsabilità civile.*

Cerchiamo allora di dare una risposta al quesito che ci eravamo inizialmente posti in punto di assicurabilità delle sanzioni punitive civili in Italia.

Per far ciò occorre prendere le mosse dal rilievo che aveva fatto emergere il problema: la crisi del modello risarcitorio nel sistema di responsabilità civile, una crisi che muove da due dati: il primo riguarda una progressiva estensione del concetto di danno risarcibile, il secondo, invece, concerne la rilevata ineffi-

razionalizzazione del risarcimento del danno non economico, in *Danno e resp.*, 2001, p. 5 ss.

(91) Cfr. F.D. BUSNELLI, *op. ult. cit.*, p. 7.

(92) V. *supra* p. 234 ss.

cienza delle tecniche di tutela strettamente compensatorie sul piano della prevenzione e repressione degli illeciti.

Con riferimento al primo profilo, abbiamo già avuto modo di rilevare come le riparazioni dei danni non patrimoniali non paiono riconducibili alla categoria delle pena se non per un'accentuata « coloritura » in senso punitivo delle stesse dovuta al fatto che i giudici, nello stimare l'entità dell'obbligazione alla riparazione del danno non patrimoniale, come tale difficilmente commensurabile, tengono conto di fattori quali il grado di colpevolezza (93); si tratta, comunque, non di un indice della natura punitiva di tali ipotesi, ma solo di una modalità in cui viene a concretizzarsi l'equità del giudice che trova spazio nel giudizio di responsabilità civile per espressa indicazione del legislatore all'art. 2056 c.c. (94).

Altro è il discorso per quanto concerne quelle ipotesi in cui i giudici hanno rinvenuto nella sola offesa il presupposto necessario e sufficiente ai fini della condanna al risarcimento del danno, se di risarcimento *del danno*, in tal caso, si può ancora parlare (95).

Siamo però, a nostro avviso, di fronte a pronunce giudiziali particolari, difficilmente riconducibili ad una categoria generale unitaria di rimedi punitivi alternativi a quelli propriamente risarcitori, per l'assenza di un comune denominatore in grado di unificarle (96). Si tratta pertanto di ipotesi che paiono piuttosto residue ai confini della responsabilità civile come casi isolati all'interno del panorama giurisprudenziale italiano.

La necessità di marginalizzare tali fenomeni emerge anche da

(93) Il ricorso ad indici estranei al danno inteso come pregiudizio prodottosi nella sfera del danneggiato in conseguenza dell'illecito trova spiegazione nella estensione della tutela risarcitoria ad ipotesi di lesione di interessi o di diritti cui possa non seguire alcuna conseguenza a questa sia di difficile commisurazione. Si pensi al caso della lesione dei diritti della personalità o dell'ambiente come bene giuridico. V. *supra* cap. 1, nota 138.

(94) In generale sul potere equitativo nella determinazione del danno cfr. P. RESCIGNO, *Valutazione equitativa: profili comuni*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extraccontrattuale*, a cura di G. Visintini, Milano, 1984, p. 84 ss.

(95) V. *supra* p. 203.

(96) V. *supra* p. 204 ss.

un diverso profilo, ovvero da una condizione di sostanziale inconciliabilità tra l'idea di sanzione punitiva e il sistema di responsabilità civile proprio dell'ordinamento italiano, e non solo, condizione che verrà presa in esame più diffusamente nel prosieguo del discorso in relazione alla necessità, avvertita da alcuni, di corroborare l'efficacia preventiva dei rimedi risarcitori attraverso una quantificazione dell'entità del *quantum debetur* ultra-compensatoria ispirata ad una logica pseudo-punitiva (97).

5. *Il problema dell'assicurabilità in senso tecnico della riparazione dei danni morali.*

Una volta ammessa la piena assicurabilità in senso giuridico delle riparazioni dei danni morali in quanto fenomeno proprio del diritto privato cui non paiono riferibili la natura, la funzione e anche i principi del sistema sanzionatorio punitivo, riteniamo di dover spendere ancora qualche parola sul diverso problema dell'assicurabilità in senso statistico di tali danni.

Due abbiamo visto essere le note che caratterizzano la figura della riparazione dei danni morali: il tendenziale assorbimento del profilo del danno all'interno dell'*iniuria* e la conseguente estensione dei poteri equitativi del giudice.

All'interno della figura di quella che possiamo nominare come la riparazione dell'*irrisarcibile*, infatti, si collocano sia ipotesi di danni materiali non suscettibili di compensazione per equivalente, per i quali è comunque dato distinguere l'illecito dalle sue conseguenze dannose, sia danni immateriali che, nella loro « impalpabilità » (98), finiscono, nella sostanza, per ridurre *iniuria* e danno ad una cosa sola.

Simili caratteristiche dell'obbligazione riparatoria assumono rilevanza sul piano applicativo sotto il profilo di un maggior

(97) V. *amplius infra* § 6 ss.

(98) Parla di danni impalpabili V. ZENO-ZENCOVICH, *Profili comparatistici dell'alcimnia: la liquidazione dell'impalpabile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, p. 1145 ss.

potere equitativo del giudice nella determinazione del *quantum debetur*: mancando il filtro del danno, inteso come pregiudizio materiale commensurabile e compensabile, la determinazione dell'obbligazione risarcitoria è rimessa alla discrezionalità dell'organo giudicante

Infatti il giudice, in caso di danni materiali non patrimoniali, dovrà individuare dei parametri attraverso i quali dare un valore economico al detrimento in modo da trovare nel denaro, se non un'utilità equivalente, almeno un'utilità « succedanea » alla perdita determinatasi nella sfera del danneggiato in conseguenza dell'illecito.

In ipotesi di danni immateriali, poi, il giudice non avrà come punto di riferimento, ai fini della determinazione dell'entità dell'obbligazione risarcitoria, neppure l'esistenza di un concreto pregiudizio, intendendo il termine concretezza come sinonimo di percettibilità.

Non pare esservi dubbio che la discrezionalità del giudice nella determinazione del *quantum debetur* trova ampio riconoscimento nella stessa legge che all'art. 1226, come richiamato all'art. 2056 in materia di responsabilità extracontrattuale, pone un solo limite ai giudizi secondo equità nella determinazione dell'obbligazione risarcitoria: la presenza di una condizione di impossibilità di provare il « preciso ammontare del danno ».

Non sono, però, mancate osservazioni critiche sulla possibile moltiplicazione dell'entità delle obbligazioni risarcitorie in seguito all'apertura alla riparaazione dei danni morali verificabile sia a livello di diritto vigente che a livello di diritto vivente.

Accanto ai problemi di *overcompensation* evidenziati da alcuni Autori che hanno fatto proprie le osservazioni dei giuristi di *common law* con particolare riferimento alla progressiva estensione dell'entità dei *punitivè damages* ad opera di benevoli giuristi (99), gli interpreti italiani, si pongono problemi relativi all'in-

cidenza di tale fenomeno sui contratti di assicurazione della responsabilità civile.

Come è stato affermato da più Autori la discrezionalità del giudice nella determinazione dell'entità delle obbligazioni risarcitorie renderebbe difficoltosa per gli assicuratori la previsione degli indennizzi che questi si troveranno a pagare in relazione alle polizze stipulate (100).

Un tale calcolo previsionale importa, infatti, che le imprese assicuratrici siano in possesso di due dati: il numero dei sinistri che si prevede verranno denunciati e l'entità degli indennizzi richiesti.

Mentre il primo dato risulta ricavabile, anche se su un piano di probabilità statistica e non di certezza assoluta, dal numero di sinistri degli anni precedenti e da altre variabili acquisibili, l'entità degli indennizzi, che si presume di dover corrispondere, risulta difficilmente individuabile, anche solo su un piano di pura probabilità, perché legato ad una variabile non individuabile *ex ante*: la discrezionalità del giudice in relazione ai danni non patrimoniali (101).

Una simile condizione potrà incidere a livello di equilibrio economico in quanto la minor prevedibilità degli indennizzi, che dovranno essere corrisposti, renderà più difficile l'operazione economica di ripartizione del rischio all'interno della comunione degli assicurati e quindi renderà più instabile l'equilibrio rischio-premio.

(100) Sul punto v. A.D. CANDIAN, *op. ult. cit.*, p. 158 ss.; E. QUADRI, *Indennizzo e assicurazione*, in *Responsabilità civile e assicurazione obbligatoria*, cit., p. 97 ss. in particolare p. 109 ss.

(101) Sull'applicazione delle tecniche attuariali nella determinazione dell'equilibrio rischio premio Cfr. G. FANELLI, *Pluralità di assicurazioni e pluralità di assicurati*, in *Assicurazione e responsabilità. Quarto convegno per la trattazione di temi assicurativi*, Venezia 3-4-5 ottobre 1960, Milano, 1962, p. 37 ss.; A. GAMBINO, *La neutralizzazione dei rischi nella struttura e nella funzione giuridica unitaria del contratto di assicurazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1985, I, p. 215; L. PENTY, *L'impresa di assicurazione aspetti tecnici e finanziari della gestione*, Padova, 1984, p. 51 ss.; G. VOLPE PUTZOLU, *Le assicurazioni. Produzione e distribuzione*, cit., p. 15 ss.

Sul piano giuridico la questione assume rilevanza in quanto suscettibile di essere oggetto di considerazioni di tipo economico-politico che possono essere alla base di interventi volti a porre restrizioni al potere equitativo del giudice.

Il problema si sposta allora dalla liceità della copertura dei danni morali, alla legittimità di norme che siano state introdotte al fine di ridurre il potere equitativo del giudice e quindi anche di porre un limite all'integrale risarcimento del danno.

Riconoscere, infatti, vincoli al giudizio di determinazione nell'entità del danno riparabile vuol dire che potranno residuare margini tra il danno concretamente prodotto e quello astrattamente risarcibile.

Occorre così valutare se tali restrizioni siano legittime e quindi considerare anche la possibile rilevanza che il diritto all'integrale risarcimento del danno viene ad assumere nel nostro ordinamento.

In primo luogo ci pare necessaria un'osservazione: nel riferimento ad interventi limitativi del diritto all'integrale risarcimento, abbiamo usato il termine « norme » e non « leggi », questo perché simili interventi potranno essere frutto non solo di scelte del legislatore ma anche del potere regolamentare che i privati esprimono nella determinazione del contenuto del contratto.

Così parrebbe necessario valutare la liceità di clausole contrattuali che pongano limiti alla copertura assicurativa riducendo, nella sostanza, la garanzia dell'integrale ristoro del danneggiato. Al riguardo si può richiamare la norma contenuta nell'art. 1229, il quale prevede la nullità delle clausole delimitative della responsabilità dei contraenti.

Si dovrebbe allora concludere che sono, in generale, illecite le clausole le quali riducono l'obbligazione indennitaria dell'assicuratore.

Vero è che una simile soluzione risulta eccessiva anche perché importerebbe l'invalidità di tutte le clausole delimitative del rischio.

Due le soluzioni proponibili: si può operare una distinzione tra clausole limitative del rischio, e quindi dell'oggetto, e clausole limitative della responsabilità, distinzione che risulta, però, fondata sulla tesi, da tempo criticata dalla dottrina, che separa, sul piano teorico, l'obbligazione dalla responsabilità (102).

L'altra possibile soluzione consiste nel ritenere le clausole delimitative del rischio, e quindi dell'oggetto del contratto, come generalmente lecite salvo il caso in cui le stesse non risultino « *perturbateur de l'équilibre du contrat au detriment du créancier* » (103).

Sembra così che eventuali limitazioni dell'indennizzo che l'assicuratore sarà tenuto a corrispondere all'assicurato non possano cadere nel divieto posto dall'art. 1229 fin tanto che non rendono nella sostanza inesistente la copertura assicurativa.

Del resto la liceità di limitazioni in punto di *quantum* dell'obbligazione indennitaria avente origine dal contratto di assicurazione è richiamata dalle stesse norme in materia di assicurazione obbligatoria per la circolazione stradale.

L'art. 18 della l. 990/1969 statuisce, infatti, che « Il danneggiato per sinistro causato dalla circolazione di un veicolo o di un natante per i quali a norma della presente legge vi è l'obbligo di assicurazione ha azione diretta per il risarcimento del danno nei confronti dell'assicuratore, entro i limiti delle somme per le quali è stata stipulata l'assicurazione ».

La norma, in questione, peraltro non distingue tra danni alle cose e danni alla persona, ovvero danni relativi alla lesione di diritti costituzionalmente rilevanti, quali la salute, che possono

(102) Cfr. J. BINDER, *Zur Lehre von Schuld und Haftung*, in *JJ*, 1927, p. 163 ss.; K. LARENZ, *op. cit.*, p. 23.

(103) Così G. VINEY, *Rapport de synthèse*, in *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe. Actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990*, a cura di J. Ghassin, Paris, 1990, p. 327. In senso analogo F. BENATTI, voce *Clausole di esonero della responsabilità*, *cit.*, p. 403 il quale considera delimitative della responsabilità e non dell'oggetto le clausole che possono « compromettere la realizzazione del suo scopo tipico. ».

trovare pertanto limitazione convenzionale all'interno delle condizioni generali di contratto (104).

Occorre comunque osservare come tali disposizioni non sono direttamente in conflitto con l'integrale risarcimento del danno, perché lasciano intatta l'obbligazione risarcitoria in capo al danneggiante e limitano soltanto la responsabilità da contratto dell'assicuratore.

Altro è il discorso per quanto riguarda la possibile apposizione di limiti legislativi al potere equitativo del giudice (105).

Al riguardo è stato osservato come dalle pronunce della Corte Costituzionale non risulta l'affermazione di un diritto all'integrale risarcimento del danno avente rilevanza costituzionale (106).

(104) Dubbi sulla liceità di possibili delimitazioni convenzionali della responsabilità del soggetto danneggiante in caso di lesioni di diritti o interessi costituzionalmente rilevanti sono stati sollevati da G. PONZANELLI, *Le clausole di esonerazione nella responsabilità civile*, Milano, 1984, p. 254 ss.

(105) In particolare si è osservata la incostituzionalità in relazione all'art. 2 Cost. di ogni compressione del potere equitativo del giudice nella determinazione del danno che si traduca in una sostanziale negazione del diritto all'integrale risarcimento del danno che origina dalla lesione di diritti fondamentali della persona. Per tali osservazioni cfr. F.D. BUSNELLI-M. BRAGAGNA-A. NANNIPIERI-S. BADALASSI-G. PONZANELLI-D. POLETTI, *Osservazioni sul disegno di legge « unificato » per la riforma dell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione di veicoli a motore*, in *Foro it.*, 1991, V, c. 447.

Del resto la stessa Consulta al riguardo aveva avuto modo di osservare in una delle sue pronunce sull'art. 2059 che « Quando anche si sostenesse che il riconoscimento, in un determinato ramo dell'ordinamento, di un diritto subjetivo non esclude che siano posti limiti alla sua tutela risarcitoria... va emergentemente sottolineato che ciò, in ogni caso, non può accadere per i diritti e gli interessi dalla Costituzione dichiarati fondamentali »: così C. Cost. 14.7.1986, n. 184, in *Foro it.*, 1986, II, c. 2067.

Ritene in generale « inconciliabili con la dignità umana » le tabelle sui danni non patrimoniali C. CASTRONOVO, *Danno biologico - Un itinerario giurisprudenziale*, Milano, 1998, p. XIV.

(106) Sul punto recentemente G. PONZANELLI, *Il diritto all'integrale riparazione del danno: il caso delle micropermanenti*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 535. L'A., in particolare, si richiama alla sentenza della Corte Cost. 2.11.1996, n. 369, in *Foro It.*, 1996, I, 3257 in cui la Consulta ha preso una chiara posizione al riguardo affermando che « la regola generale di integralità della riparazione ed equivalenza al pregiudizio cagionato al danneggiato non ha copertura costituzionale ».

I limiti di legittimità costituzionale che il legislatore incontra nel porre vincoli al potere equitativo del giudice sono allora individuabili, in primo luogo, nel principio di ragionevolezza ricavabile dall'art. 3 Cost. in base al quale non si potrà, a parità di condizioni, prevedere una tutela deteriore di alcuni danneggiati con riferimento a determinati illeciti civili rispetto ad altri (107).

Ancora non si potrà, attraverso una disposizione legislativa che contenga limiti alla discrezionalità del giudice nella determinazione del *quantum debeat*, operare una riduzione della tutela di diritti di rango costituzionale (108).

In tale logica si dovrebbe, però, tener conto dell'esistenza, nel testo di legge, di possibili indici che determinino una maggiore flessibilità del dettato normativo.

L'individuazione di parametri di riferimento, che abbiano una validità su piano nazionale e che non escludano una possibile valutazione del caso concreto che porti ad una diversa quantificazione del danno riparabile, non pare allora in contrasto con il dettato costituzionale ma anzi può essere considerato un strumento per garantire una maggiore uniformità di giudizi nella determinazione del *quantum debeat* a fronte di lesioni della medesima specie (109).

Si pensi alla l. 5.3.2001 n. 57 che all'art. 5 comma 2 prevede, in caso di micropermanenti, i criteri che il giudice è tenuto ad osservare nella determinazione del danno biologico (110).

(107) Cfr. G. PONZANELLI, *op. cit.*, *loc. cit.*

(108) Cfr. F.D. BUSNELLI-M. BRAGAGNA-A. NANNIPIERI-S. BADALASSI-G. PONZANELLI-D. POLETTI, *op. loc. cit.*

(109) Sulla necessità di dare « più piena e coerente tutela al diritto alla salute » superando in giustificata discriminazione tra danneggiati, anche se sotto un diverso profilo, F. PADOVINI, *Estensione ai familiari della copertura nell'assicurazione r.c.a.*, nota a C. Cost. 2.5.1991, n. 188, in *Nuove Leggi civ. comm.*, 1991, p. 1006.

(110) Questa norma è stata oggetto di ordinanze di remissione alla Consulta. Cfr. Giudice di pace Roma, 14. 1. 2002, in *Giur. it.* 2002, 291 con nota di nota M. BONA, *L'art. 5 l. n. 57 del 2001 perviene all'esame della Consulta: profili di illegittimità costituzionale dei criteri di liquidazione del danno biologico*; in *Danno e resp.*, 2002, 309 con nota di G. PONZANELLI.

Tale disposizione risultava, nel testo originario, mitigata da quanto previsto al 4° comma del medesimo articolo ove si stabiliva che, « fatto salvo quanto previsto dal comma 2, il danno biologico viene ulteriormente risarcito tenuto conto delle condizioni soggettive del danneggiato ».

Alcune perplessità sulla legittimità costituzionale della norma in esame nascono, invece, dalle modifiche a questa apportate dal collegato alla finanziaria 2002 approvato in via definitiva dal Parlamento il 27.2.2003.

Infatti l'art. 23 comma 4 di tale legge prevede che « l'ammontare del danno biologico liquidato ai sensi del comma 2 può essere aumentato dal giudice in misura non superiore ad un quinto con equo e motivato apprezzamento delle condizioni soggettive del danneggiato ».

Si viene così ad escludere anche quel limitato spazio di valutazione da parte del giudice dell'entità del detrimento in concreto patito che l'art. 5 IV comma della l. 5.3.2001 n. 57 prevedeva e che poteva rappresentare una ragione a favore della legittimità costituzionale di tale normativa.

6. *L'idea di pena nella responsabilità civile in una prospettiva futura e futuribile. Alcuni risvolti problematici.*

Finora abbiamo collocato il problema dell'assicurabilità delle sanzioni punitive civili all'interno della problematica inerente alla crisi dell'idea di risarcimento del danno generata da una progressiva espansione della tutela della responsabilità civile a diritti e interessi dei privati la cui lesione potrà difficilmente trovare adeguato ristoro nella logica risarcitoria ovvero mediante compensazione per utilità equivalenti e in particolare mediante denaro.

La nostra indagine del resto ha teso a dare prevalenza a tale aspetto perché è con riferimento a questo che si pongono attualmente e concretamente nella prassi problemi di qualificazione dei

rimedi privatistici apprestati ai pregiudizi non economici, problemi che hanno spinto gli interpreti a recuperare l'idea di pena all'interno del sistema di responsabilità civile.

Il concetto di sanzione punitiva civile, come tecnica di tutela contro gli illeciti, va emergendo, però, anche sotto altre prospettive: non solo come forma attraverso cui rivestire le metamorfosi che sta subendo la nozione di risarcimento del danno nella sua estensione a pregiudizi sostanzialmente irrisarcibili, ma pure quale strumento mediante il quale rafforzare la funzione di prevenzione degli illeciti propria della responsabilità civile, oltre che di quella penale e, quindi, anche quale tecnica di tutela alternativa rispetto alla pena pubblica.

Così i civilisti tendono a vedere nell'idea di pena un elemento in grado di supportare la funzione preventivo deterrente della responsabilità civile di fronte alle nuove istanze che attualmente si vanno ponendo in materia di riparazione dei danni (111).

I penalisti, invece, si chiedono se le pene private possano rappresentare un canale attraverso cui attuare il processo di depenalizzazione (112).

Vari sarebbero, infatti, gli aspetti della responsabilità civile in ordine ai quali parrebbe necessario un recupero dell'idea di pena all'interno del diritto privato prospettando quasi un ritorno a quella *lex Aquilia*, nella quale la dottrina tende generalmente a rinvenire l'archetipo del sistema di responsabilità civile operante attualmente in Italia e nella quale sanzione e compensazione non si alternavano ma si combinavano in un più generale sistema di tutela contro gli illeciti (113).

Sono sostanzialmente tre gli ambiti in cui si colloca tale rinnovato interesse per le pene private.

Il primo riguarderebbe le ipotesi in cui all'illecito non con-

(111) Cfr. P. GALLO, *op. ult. cit.*, p. 5 ss.

(112) Cfr. F. BRUCOLA, *op. cit.*, p. 72.

(113) Sul punto C.A. CANNATA, *op. loc. cit.*

segue un danno o consegue un danno inferiore alla gravità dell'offesa.

L'idea di pena privata risulterebbe, allora, rispondente all'esigenza di individuare un rimedio per quegli illeciti civili che, dando luogo ad un'obbligazione risarcitoria nulla o di lieve entità, potrebbero non trovare un'adeguata risposta, sul piano della prevenzione, nel sistema della responsabilità civile.

Il secondo caso concerne l'ipotesi in cui l'arricchimento, che il danneggiante consegue in relazione all'illecito, risulta superiore al danno risarcibile.

Questo ambito si distingue dal precedente perché non riguarda la possibile differenza tra offesa e danno e quindi tra lesione dell'interesse e danno risarcibile, ma tra i guadagni e i costi che dall'illecito possono derivare al danneggiante. Pertanto, nel caso in cui i primi risultino superiori ai secondi, si avrebbe una riduzione dell'efficacia deterrente della responsabilità civile (114).

Un aspetto particolare del problema riguarda il valore soggettivo dei beni oggetto dell'illecito: ove la cessione di questi avvenga in una logica di scambio non può mettersi in discussione l'entità del prezzo pattuito e la stessa intenzione del soggetto di alienarli, fatta salva l'ipotesi di vizi del consenso; diversamente, nel caso in cui tale cessione avvenga in conseguenza di un illecito, si pensi all'abusivo utilizzo dell'immagine o del nome altrui, il responsabile potrà realizzare operazioni che, in una logica di scambio gli sarebbero risultate più costose, perché il titolare del diritto attribuita a questo un valore soggettivo maggiore di quello di mercato, in relazione al quale viene commisurato il risarcimento, oppure il responsabile arriva a realizzare operazioni che in una logica scambio non avrebbe potuto compiere perché il

(114) Cf. P. GALLO, *op. ult. cit.*, p. 16. In tal senso, con particolare riferimento alla violazione della c.d. proprietà intellettuale, vedi A. PLANA, *Proprietà intellettuale e risarcimento del danno*, Torino, 2003.

titolare del diritto non avrebbe mai dato il consenso alla relativa cessione (115).

Sotto questo profilo, la condanna del responsabile al pagamento di una somma a titolo, non di risarcimento, ma di pena, permetterebbe di attribuire *ex post* al titolare del diritto il valore soggettivo dello stesso e comunque di alzare il livello dei costi dell'illecito per il responsabile aumentando l'efficacia deterrente del rimedio.

Una terza ipotesi in cui, secondo alcuni Autori, sarebbe auspicabile il ricorso alle pene private è quella in cui il costo sociale dell'illecito risulta superiore ai singoli risarcimenti che il responsabile potrà trovarsi a dover corrispondere (116).

Due, sostanzialmente, i profili in cui può attuarsi una simile condizione: in primo luogo occorre considerare il caso in cui vi sia nuovamente una dissociazione tra la gravità dell'offesa che trascende la sfera individuale e il danno risarcibile. Si pensi all'ipotesi in cui si è attuata una condotta che dà luogo ad un concreto pericolo di danno rivolto ad una pluralità di consociati, laddove, però, il danno risarcibile si attua solo nei confronti di alcuni di questi.

Il secondo caso si ha quando il danno sociale non coincide con i danni individuali che il responsabile ipotizza di dover risarcire tenuto conto del minor numero di danneggiati che, in concreto, agirà in giudizio e riuscirà ad essere indennizzato (117).

(115) Cf. P. GALLO, *op. ult. cit.*, p. 77

(116) Sul punto P. GALLO, *op. ult. cit.*, p. 18.

(117) Al riguardo P. GALLO, *op. ult. cit.*, p. 18 ss. ricorda il caso *Ford Corporation v. Grinsbaw* 174 Cal. Rptr. (1981), 348 in cui per iniziativa dei produttori dell'automobile era stato collocato il serbatoio nella parte posteriore del veicolo onde, tra l'altro, ottenere un risparmio sui costi di produzione di soli 15 dollari per ogni auto. Tale scelta aveva dato luogo all'esplosione, in seguito ad un tamponamento, di uno degli autoveicoli così realizzati.

In tal caso la decisione della Corte californiana di attribuire una somma a titolo di *punitive damages*, oltre alla somma dovuta a titolo di risarcimento per i danni prodotti dall'esplosione (nell'occasione morirono tre persone), è stata fondata su risultanze probatorie da cui emergeva che la Ford aveva formulato tale scelta in seguito ad una

Saremmo così di fronte ad un risarcimento insufficiente a prevenire l'illecito perché non equivalente all'entità del danno che ha provocato o che poteva provocare.

Con riferimento alla possibile maggior misura del guadagno rispetto al costo dell'illecito per il responsabile, non sono, comunque, mancati in dottrina tentativi di individuare un rimedio alternativo nell'istituto dell'arricchimento ingiustificato (118): il soggetto che abbia ottenuto un'entrata in virtù dell'illecito superiore all'entità dell'obbligazione risarcitoria, si troverà gravato dall'obbligo di restituire quanto ingiustamente percepito.

Tali soluzioni non risolvono, però, ancora lo scarso effetto deterrente della tutela apprestata dal sistema della responsabilità civile in altri casi come nell'ipotesi dei c.d. *Mass Torts* in cui l'entità del danno sociale non sembra trovare spazio nella tutela riparatrice se non come somma dei singoli danni individuali (119).

analisi costi-benefici in cui aveva tenuto, tra l'altro, conto della scarsa probabilità che qualcuno agisse in giudizio per chiedere il risarcimento.

(118) Cfr. P. GALLO, *op. cit.*, p. 9 e p. 77; P. TAMARCHI, *L'arricchimento derivante da fatto illecito*, in *Studi in onore di Rodolfo Sacco*, Milano, 1994, vol. II, p. 1147 ss. Quest'ultimo evidenzia, però, i limiti che devono essere trovati rispetto alla possibilità di collocare l'arricchimento ingiustificato all'interno del sistema della responsabilità civile, tra i quali in primo luogo si può annoverare la limitazione della sanzione civile al solo risarcimento del danno e il fatto che l'arricchimento rileva per l'ordinamento indipendentemente dalla qualifica dello stesso in termini di illiceità.

L'2. quindi suggerisce di riversare l'arricchimento nella responsabilità solo in presenza di illeciti dolosi in particolare ove agli stessi consegnano danni non patrimoniali difficilmente valutabili e quando l'arricchimento possa essere rappresentativo del danno cagionato.

(119) Il problema si lega alla necessità di trovare strumenti di tutela degli interessi diffusi all'interno del nostro sistema processuale civile, penale e amministrativo. Sul punto v. G. ALPA, voce *Interessi diffusi*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, vol. IX, Torino, 1993, p. 609 ss. le cui considerazioni, anche dopo gli interventi legislativi in materia di tutela del consumatore, rivestono sempre un carattere di attualità.

Uno dei principali problemi nella determinazione dell'ammontare dell'obbligazione risarcitoria in caso di *mass torts* riguarda la stessa prova del nesso di causalità tra una data azione od omissione e i danni accertati o accettabili. La diffusione su larga scala degli stessi e la possibile ridentificabilità di questi ad una pluralità di fattori, spesso dipendenti anche dallo stato soggettivo dei singoli danneggiati, creano uno stato di

Prima di accogliere senza riserve l'idea di pena privata, occorrerà, però, valutare se sia realmente necessaria l'introduzione del concetto di pena all'interno del sistema di responsabilità civile per raggiungere tali scopi e quali dubbi rechi con sé una simile soluzione.

Come abbiamo avuto modo di osservare, non sono solo gli interpreti del diritto civile ad occuparsi della opportunità di un recupero dell'idea pena all'interno del sistema di responsabilità civile.

L'attenzione dei penalisti per tale tema muove dalla necessità, che nel diritto penale si va avvertendo, di ripensare al ruolo della pena nel sistema delle tecniche di tutela (120).

Varie sono le ragioni addotte a favore di una « riscoperta » delle pene private quale strumento per corroborare la funzione preventivo-deterrente della responsabilità civile onde farne un'alternativa alla pena pubblica.

In primo luogo queste potrebbero sostituirsi all'applicazione di pene che importano una restrizione della libertà personale, in una prospettiva che tende a rivalutare il reo come individuo rendendo strettamente eccezionali le ipotesi in cui è dato inter-

incertezza sull'individuazione non solo del responsabile ma anche dei danneggiati e quindi del *quantum debetur* dell'obbligazione risarcitoria. Con riferimento a quest'ultimo aspetto si è osservato come « *A palliative solution is the suggestion to proportion the amount of the defendant's liability to its share for the total incidence of the disease in the given area ... in contrast to totally acquitting it for failure of proof, this formula promotes the aims of tort law: deterrence and economic efficiency in internalizing the accident cost to a responsible source* »: così J.G. FLEMING, *Mass Torts, in Americ. J. Comp. L.*, 42 (1994), p. 514.

(120) Cfr. T. PADOVANI, *L'utopia punitiva — Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Milano, 1981, p. 237 ss.; F. BRICOLA, *Carattere « sussidiario » del diritto penale e oggetto di tutela*, in *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Milano, 1997, p. 187 ss.

Il tema non trova spazio solo negli studi della scienza penalistica italiana. Cfr. C. ROXIN, *Sinn und Grenzen staalicher Strafe*, in *Juristische Schulung*, 1966, p. 382 ss.

La problematica verrà, comunque da noi più diffusamente affrontata *infra* parte III, capitolo 1, § 1.

venire attraverso una compressione delle sue libertà fondamentali.

Sotto un diverso punto di vista, inoltre, si tende ad evidenziare il ridotto effetto preventivo-deterrente che può avere una pena detentiva rispetto a talune ipotesi di reato con particolare riguardo agli illeciti che hanno uno scarso impatto sociale e che non sono da riferire ad una condotta intenzionale (121).

In tale logica le pene private rappresenterebbero una valida alternativa alla pena pubblica in quanto aventi riflessi esclusivamente sul patrimonio del reo. A differenza delle pene pecuniarie proprie del sistema penale, infatti, queste non sarebbero convertibili, in caso di inadempimento del reo, in una pena detentiva.

Inoltre, mentre quest'ultima si riduce nella produzione di un nuovo evento pregiudizievole, che si determina a carico del reo e che va ad aggiungersi al danno da questi cagionato, le pene private, rappresentando un beneficio per l'offeso, potrebbero determinare una reale compensazione della lesione perpetrata nella sfera di quest'ultimo, compensazione che rivestirebbe particolare valore ove nel reato siano stati coinvolti interessi privati (122). In tal caso, infatti, la riparazione del torto (123), quale fine del diritto penale, si ridurrebbe ad una riparazione del danno ovvero della lesione dell'interesse privato e delle relative conseguenze dannose.

Peraltro mediante l'impiego di sanzioni punitive civili la

(121) In particolare T. PADOVANI, *op. loc. ult. cit.*

(122) Cfr. F. BRICOLA, *La riscoperta delle pene private*, cit., p. 73.

Tale prospettiva sembra inserirsi nel più vasto contesto dell'interesse del diritto penale per la vittima sia per il ruolo che la stessa può rivestire nella genesi del reato sia sotto il profilo delle esigenze riparatorie che da questo possono conseguire. Cfr. P. NIVOLONE, *La vittima nella genesi del delitto*, in *Indice Pen.*, 1973, p. 640 ss.; C. ROSSI, *La vittima nel sistema penale*, in *Indice Pen.*, 1989, p. 5 ss.

(123) Sull'importanza della riparazione del torto come fine del diritto penale v. G. DEL VECCHIO, *Sul fondamento della giurisdizione penale e sulla riparazione del torto*, Milano, 1958, *passim* in particolare pp. 8-10.

partecipazione dell'offeso si attuerebbe anche a livello del procedimento di condanna del responsabile.

La pena privata, a differenza della pena pubblica, infatti, sarebbe irrogata su istanza del soggetto danneggiato essendo disancorata dalla regola dell'obbligatorietà dell'azione penale (124).

Un'altra ragione, che ha spinto la scienza giuridica ad interrogarsi sulla possibilità di riconoscere nelle pene private un'alternativa alla pena pubblica, risiede nella maggior duttilità della tutela privatistica contro gli illeciti.

Come è stato osservato le pene private, a differenza di quelle pubbliche si troverebbero ad operare in « assenza di vincoli in ordine alle fonti, (con) meno accentuate esigenze di tipicità e di tassatività, (con) possibilità di delineare forme di responsabilità impeniate sul rischio, (con) possibilità di inversione dell'*onus probandi* » (125).

Attraverso l'impiego delle pene private, in quanto operanti al di fuori delle strettoie rappresentate dalla tipicità degli illeciti penali, sarebbe allora possibile ampliare la tutela contro le condotte antigiuridiche senza incontrare il veto del principio *nullum crimen sine lege*.

Ancora le pene private rappresenterebbero il mezzo per superare un altro assioma del diritto penale che tende a ridurre l'efficacia della tutela operante mediante l'impiego delle pene pubbliche. Si tratta della regola *societas delinquere non potest* che varrebbe a negare la imputabilità degli enti in quanto a questi non sarebbe riferibile un atteggiamento volitivo penalmente rilevante (126).

(124) Sul punto F. BRICOLA, *op. loc. ult. cit.*

(125) Così F. BRICOLA, *op. ult. cit.*, p. 75. Tali considerazioni erano già state formulate dall'Autore in F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIX, Torino, 1973, p. 48 ss.

(126) Sulla responsabilità degli enti v. *infra* parte III, capitolo 3, § 2.4. Sin da ora si segnala come anche prima delle recenti riforme in materia tale assioma aveva incontrato ostilità in dottrina. In particolare sul punto v. F. BRICOLA, *Il*

Gli illeciti civili, infatti, a differenza di quelli penali, sarebbero imputabili anche agli enti, dal momento che per il diritto civile a questi sarebbero riferibili le azioni ed omissioni che persone fisiche abbiano compiuto per loro conto in virtù di un rapporto di rappresentanza organica.

Occorrerebbe però chiedersi se, per raggiungere questi obiettivi, sia necessario penalizzare la responsabilità civile, oppure se una risposta più adeguata a tali istanze sia rinvenibile in una responsabilità civile mutata ma autenticamente privatistica.

6.1. *Pene private e principi costituzionali.*

Uno dei problemi che la dottrina si è posta nella riflessione sul possibile recupero delle pene private nel sistema di responsabilità civile riguarda l'eventuale contrasto di queste con i principi del sistema sanzionatorio punitivo espressi nella stessa Costituzione (127).

Si fa in special modo riferimento ai principi di legalità e a quello di personalità della pena di cui agli articoli 25 II° comma e 27 Cost.

Le pene private, infatti, non risulterebbero conformi alla regola *nullum crimen sine lege* in quanto l'antigiuridicità rilevante per il sistema di responsabilità civile riposa nella clausola generale del « danno ingiusto ».

Ancora l'assicurabilità della responsabilità civile renderebbe

costo del principio « *societas delinquere non potest* » nell'attuale dimensione del fenomeno societario, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, p. 951 ss.

Del resto anche la dottrina civilistica pur riconoscendo *de iure condito* la inammissibilità di una responsabilità penale diretta per le persone giuridiche, non manca di osservare a livello di principi generali come « se la legge attribuisce ad enti ideati la possibilità di volere ed agire per mezzo di persone fisiche considerando volontà propria dell'ente la volontà di quest'ultime, ... allo stesso modo e nello stesso senso, in cui le persone giuridiche hanno capacità di volere, hanno pure capacità di delinquere »: così F. FERRARA, *Le persone giuridiche*, cit., p. 340.

(127) In particolare P. GARLO, *op. ult. cit.*, p. 189.

difficile la conciliazione tra pene private e principio di personalità.

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 (128).

Questa potrebbe essere una risposta adeguata per quanto concerne quei principi del sistema sanzionatorio punitivo di tipo garantista quale è il principio *nullum crimen sine lege*.

Il principio della personalità, inteso come intramissibilità 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 (129); 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.

Un simile principio dovrebbe quindi trovare espressione in tutti quei rimedi che rappresentino autenticamente una pena e il suo modo di essere per il diritto.

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 di responsabilità civile (130).

(128) Così P. GARLO, *op. loc. ult. cit.*

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

(130) V. *supra* § 1.

Una simile soluzione, però, finisce per allontanarle dal sistema di tutela contro gli illeciti civili, un sistema che dovrebbe essere posto in primo luogo a garanzia degli interessi privati lesi dall'azione antigiuridica la cui soddisfazione potrà dirsi realizzata, prima che nella certezza della sanzione, nella certezza della compensazione del pregiudizio patito riguardo alla quale l'esistenza di un contratto di assicurazione rappresenta una garanzia.

Se, diversamente, si ritiene che le pene private non debbano essere ordinate al principio di personalità, in cui trova espressione lo stesso « essere » della pena, si può allora mettere in dubbio la loro natura punitiva.

Contro una simile conclusione si potrebbe però, ancora, opporre che nei paesi di *common law*, i quali pure conoscono il principio di personalità, non pare essersi posto il problema della conformità a questo dei *punitive damages*.

In realtà dall'analisi del possibile relazionarsi dei c.d. danni punitivi rispetto a tale principio, per come lo stesso opera nel sistema di *common law*, emerge più una conferma che non una smentita di quanto finora osservato in ordine ad un loro possibile conflitto, in quanto il principio di personalità della pena presenta in tali ordinamenti una peculiare modalità di emersione che tende ad escludere un suo possibile contrasto con i *punitive damages* analogo a quello che potrebbe porsi nei sistemi di *civil law* in genere.

Come abbiamo avuto modo di osservare, infatti, nei paesi di *common law* il principio di personalità della pena subisce varie eccezioni, prima tra tutte quella che riposa nella figura della *vicarious liability* (131). Il problema della conformità dei c.d. danni punitivi ai principi del sistema sanzionatorio punitivo resta, allora, aperto e finisce, nel suo porsi all'attenzione degli interpreti, per mettere in discussione l'idea di pena nel sistema di

responsabilità civile quale soluzione alle sopraccitate istanze evidenziate sia dai penalisti sia dai civilisti.

6.2. Pena privata e sussidiarietà del diritto penale. Un caso di eccedenza del mezzo rispetto allo scopo.

Nel considerare l'attenzione che i penalisti hanno rivolto alle pene private abbiamo sottolineato come la stessa nasca dalla necessità di trovare un canale di attuazione del principio di sussidiarietà del diritto penale ulteriore rispetto a quello delle sanzioni amministrative.

Rivedendo, però, le ragioni che hanno mosso gli interpreti del diritto penale a concludere a favore della possibilità di rinvenire nelle pene private un'alternativa alle pene pubbliche, ci si accorge che, forse, nel riferire alla responsabilità civile una natura e una funzione più strettamente penali, si finisce per appesantirla di una veste non sua, impedendole di realizzare quella funzione che le è già propria, indipendentemente dal recupero al suo interno dell'idea di pena; intendiamo riferirci alla funzione preventivo-deterrente della responsabilità civile, che nella sua riconosciuta polifunzionalità non viene a mancare (132).

Che i rimedi civilistici contro gli illeciti possano rappresentare un'alternativa alla sanzione punitiva penale e che per taluni illeciti « la società appaiase garantita a sufficienza, quando ha assicurato la difesa legale contro di essi, promossa dai privati offesi, e tendente alla loro rimozione o alla riparazione del danno » (133), è una considerazione non nuova.

Sembra, per contro, dubbio che le pene private siano una valida alternativa al sistema di tutela penale contro gli illeciti.

(132) Cfr. S. RODORA, *Modelli e funzioni della responsabilità civile*, cit., p. 600 ss.

(133) Così G. VENEZIAN, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, cit., p. 61.

(131) V. *supra* § 2.1.

Si potrebbe, infatti, dubitare che alle stesse non siano applicabili quei principi del sistema sanzionatorio punitivo, quale il principio di personalità e quello di legalità, che rappresentano, come abbiamo visto, una delle ragioni della minor duttilità della tutela penale rispetto a quella civile e che hanno portato la scienza giuridica penalistica a riflettere sull'opportunità di ripensare al sistema di responsabilità civile come alternativa a quello penale.

Ritenerne, ad esempio, applicabile il principio della personalità della pena alle sanzioni punitive civili vuol dire mettere in discussione la loro stessa assicurabilità e, quindi, rendere più problematica e dubbia la stessa soddisfazione dell'offeso mediante la riparazione del danno, la cui attuazione in concreto costituiva, come abbiamo visto, una delle ragioni che hanno portato a riflettere sulla opportunità di ritenere sufficiente, per taluni illeciti, la garanzia realizzata mediante i rimedi civilistici.

Pare così discutibile che il mezzo delle pene private sia adeguato al fine di attuare il principio di sussidiarietà della pena, che risulta, forse, più facilmente raggiungibile attraverso una espansione della responsabilità civile e del rimedio di riparazione del danno, tale da rendere la stessa più adeguata a sostenere il carico del processo di depenalizzazione in atto, senza che ciò importi una necessaria penalizzazione del sistema di tutela civile contro gli illeciti.

Anzi è forse nella conservazione della sua più stretta anima privatistica che lo stesso si rende più adeguato allo scopo di rappresentare un'alternativa alla pena in caso di illeciti che coinvolgano interessi privati e che richiedano una tutela più rispondente alle esigenze di questi prima tra tutte quella della riparazione integrale del danno.

Tali conclusioni sembrano del resto trovare conforto in un movimento sincronico che è dato rilevare in recenti interventi del legislatore in sede penale.

Nel processo di depenalizzazione, il legislatore ha riconosciuto spazio al risarcimento del danno all'interno del sistema di responsabilità penale collocandolo, però, in modo tale da lasciarne intatta, così parrebbe, la natura strettamente privatistica.

Intendiamo riferirci ai recenti interventi legislativi in materia di competenza penale del giudice di Pace e di responsabilità degli enti ove le istanze compensatorie, che muovono dalle fattispecie ivi descritte, trovano risposta in strumenti di tipo riparatorio che vengono a porsi su un diverso piano rispetto alla pena e che paiono, pertanto, mantenere la loro anima privatistica sebbene calati all'interno di un procedimento penale.

7. *Considerazioni di riepilogo.*

Il binomio assicurazione e responsabilità civile consolidatosi nel tempo sino a divenire un'endiadi in cui trovano adeguata risposta sia le ragioni di tutela del terzo danneggiato sia le istanze di repressione e prevenzione dei torti, incontra un elemento di frattura nell'idea di risarcimento-pena come sanzione contro gli illeciti civili. La sostanza punitiva di simile rimedio finisce, infatti, a nostro avviso, per riproporre nel sistema di diritto privato i problemi di assicurabilità propri della responsabilità penale.

Di fronte, allora, all'emersione anche nel nostro ordinamento di particolari estensioni della tutela risarcitoria che paiono giustificate solo in una logica punitiva, si è cercato di risolvere il problema relativo all'operatività della copertura assicurativa in tali ipotesi muovendo, non da un ripensamento in ordine alla generale inassicurabilità delle sanzioni punitive, ma da una riflessione sulle possibili interazioni tra risarcimento e pena nel sistema di tutela contro gli illeciti civili orientando l'indagine secondo due possibili prospettive.

In un primo momento abbiamo considerato quelle ipotesi in relazione alle quali è stato in concreto richiamato il concetto di

riparazione in funzione punitiva (134). Si è, così, fatto riferimento a quei casi in cui nella determinazione del *quantum debetur* ai fini risarcitori, il giudice individua nella gravità della condotta illecita del danneggiante il principale parametro del proprio giudizio, ponendo l'accento sull'offesa da sanzionare piuttosto che sul danno da compensare.

Per quanto l'idea di risarcimento-pena, in un simile contesto giuridico, possa risultare un utile compromesso in termini qualificatori, la possibilità di rinvenire in tali interventi riparatori un'autentica sanzione punitiva civile deve essere, a nostro avviso, messa in discussione attraverso una ridefinizione dell'idea di risarcimento-pena come mezzo di tutela da collocare in una dimensione giuridica propriamente punitiva ponendo, quindi, fuori da tale categoria tutte le ipotesi risarcitorie che paiono assimilabili all'idea di pena per la sola connotazione punitiva dei criteri di determinazione del *quantum*.

In un secondo momento, tenuto conto delle istanze dalle quali muove l'interesse per l'idea di risarcimento-pena, si è osservato come una simile categoria, ove mai fosse presente nel nostro ordinamento, risulterebbe minata al suo interno da insabbiabili contrasti.

Un siffatto rimedio sanzionatorio, infatti, finirebbe per essere o un risarcimento che non risarcisce, perché le ragioni del danneggiato sarebbero tradite dalla generale inassicurabilità delle sanzioni punitive, o una pena che non punisce, perché, se per tutelare la vittima dell'illecito si ammette l'operatività, anche in tal caso, della copertura assicurativa, si viola lo stesso principio di effettività della pena.

Le nostre conclusioni a favore della piena assicurabilità della responsabilità civile muovono allora, non da un atteggiamento positivo di apertura rispetto alla assicurabilità delle sanzioni

(134) V. *supra* p. 188 ss.

punitive civili (135), ma piuttosto da una chiusura rispetto alla stessa operatività nel nostro ordinamento di tecniche di tutela assimilabili ai *punitive damages* propri del sistema di *common law*.

(135) Recentemente, con particolare riferimento ai danni esistenziali, è stato sollevato il problema della inassicurabilità dei danni soggettivi sotto il profilo della loro non indemnizzabilità. Si è rilevato, infatti, come « a meno di non voler essere fautori del trionfo indennitario del danno *in re ipsa*, si può ritornare, limitatamente al danno esistenziale, al principio della non indemnizzabilità dei danni soggettivi e quindi della loro non assicurabilità »: così F. PECCENINI, *Rischio assicurativo e danno esistenziale*, in *Contr. Impr.*, 2002, p. 137. Simili osservazioni non sembrano però tener conto del ridimensionamento del rilievo causale del principio indennitario nelle assicurazioni contro i danni. Cfr. A. DONATI-G. VOLPE PIZZOLI, *op. cit.*, p. 111.