

Capitolo I

La qualificazione del patto penale tra diritto ed economia

SOMMARIO: 1. Cenni definitivi. – 2. La funzione coercitiva-rafforzativa dell'adempimento. – 3. La funzione punitivo-sanzionatoria. – 3.1. L'inammissibilità di una clausola penale pura. – 4. La funzione risarcitoria di liquidazione anticipatoria del danno. – 4.1. La categoria della «determinazione convenzionale del danno» – 5. La funzione causale mista e/o variabile. – 6. I recenti sviluppi in tema di funzione punitiva del danno. – 6.1. I danni punitivi. – 6.2. Le *astreintes*. – 6.3. Le forme di coercizione indiretta nel contesto europeo. – 6.4. Le forme di coercizione indiretta nel nostro ordinamento. a) L'art. 614 *bis* c.p.c. b) L'art. 709 *ter* c.p.c. c) La disciplina in tema di marchi e brevetti. d) La disciplina del Codice del consumo. e) La disciplina nel Codice del processo amministrativo. f) L'art. 18, ultimo comma, Statuto dei lavoratori. g) L'Azione di classe. – 6.5. L'apertura della Suprema Corte verso le *astreintes*. – 6.6. Verso una nuova concezione di responsabilità civile nell'ordinamento italiano. – 6.7. Una possibile apertura verso l'ammissibilità nel nostro ordinamento dei danni punitivi?

1. *Cenni definitivi*

Al fine di ricostruire la nozione di clausola penale è necessario muovere dal dato legislativo. È detta clausola penale quel patto «*con cui si conviene che, in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, uno dei contraenti è tenuto a una determinata prestazione*», secondo la definizione di cui all'art. 1382 c.c.

Sulla scorta del dettato normativo si evidenzia il dato peculiare dell'istituto: la clausola penale produce un effetto tipico, ovvero: la stessa «*è dovuta indipendentemente dalla prova del danno*» ex art. 1382, comma 2, c.c. Il dato normativo è stato interpretato dalla dottrina maggioritaria nel senso che il creditore può ottenere l'adempimento dell'obbligazione dedotta quale penale senza dover provare di aver subito il danno e che, quin-

di, il debitore non può liberarsi dall'obbligo di prestare la penale provando l'inesistenza del danno¹. La clausola penale, quindi, produce quale effetto naturale quello di «limitare il risarcimento alla prestazione promessa», art. 1382, comma 1, c.c., che si verifica se non è stata convenuta la «risarcibilità del danno ulteriore».

Relativamente alla risarcibilità del danno ulteriore l'art. 1382, comma 1, c.c. prevede che, nel silenzio delle parti, la clausola penale limita il risarcimento, ma che le stesse possono convenire la risarcibilità del danno ulteriore. Per «risarcibilità del danno ulteriore» si intende risarcibilità del danno che risulti, accertato il danno nel suo intero ammontare, andar oltre la liquidazione dalla penale².

Il dato normativo, inoltre, prevede che se la penale è pattuita per l'inadempimento, non si può chiedere insieme la prestazione principale e la penale; se, invece, la penale è stabilita per il ritardo è consentito il cumulo, ex art. 1383 c.c. Tale divieto è pacificamente inteso quale inderogabile. In entrambi i casi di penale per il ritardo e per l'inadempimento, la legge prevede espressamente che la penale possa essere diminuita equamente dal Giudice, ex art. 1384 c.c.³. Rispetto al rapporto tra penale e obbligazione principale cui accede, la dottrina in commento all'istituto⁴ ha evidenziato che, nella prospettiva offerta dal codice, la clausola penale accede ad un contratto ed è, quindi, un patto accessorio allo stesso. Questa qualificazione è stata desunta dalla collocazione sistematica delle norme in esame, ed è stata confermata dal riferimento ai «contraenti», contenuto proprio nell'art. 1382, comma 1, c.c. Tale orientamento dottrinario è stato condiviso, poi, dalla prevalente giurisprudenza⁵.

¹ G. DE NOVA, *Le clausole penali e la caparra confirmatoria, Obbligazioni e Contratti*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. RESCIGNO, Giappichelli, Torino, 2002, p. 408.

² In tal senso la giurisprudenza ha ritenuto ammissibile una configurazione di una clausola penale con la quale le parti pattuiscono una penale per una voce del danno, ad esempio, il danno emergente, e facciano salvo il risarcimento per una voce diversa del danno, ad esempio, il lucro cessante, in tal senso: Cass. 4 giugno 1976, n. 2020, *Foro it.*, 1976, I, p. 2663 e Cass. 3 dicembre 1993, n. 12013.

³ Per una disamina dell'argomento *infra*, cap. II, § 1.

⁴ G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, nel *Commentario cod. civ.*, Giappichelli, Torino, 1980, p. 332 ss.; F. MESSINEO, *Il contratto in generale*, in *Tratt. dir. priv. e comm.*, diretto da A. CICU-F. MESSINEO, Giuffrè, Milano, 1968, p. 209.

⁵ La tesi dell'accessorietà è prevalente in giurisprudenza: Cass. 17 ottobre 1985, n.

Buona parte della dottrina, invece, ha ritenuto di collegare alla penale una funzione di negozio autonomo la cui causa consiste nell'attuazione di

5122, in *Giust. civ. Mass.*, 1985, secondo la quale: «La clausola penale costituisce una pattuizione che svolge una duplice funzione in quanto, da una parte, è rivolta a rafforzare il vincolo contrattuale e, dall'altra, a liquidare preventivamente la prestazione cui è tenuto il contraente inadempiente, con l'effetto di contenere la prestazione risarcitoria nei limiti della somma a tale titolo pattuita. Pertanto, la predeterminazione pecuniaria della penale connota come di valuta – e non di valore – il debito del contraente inadempiente, sul quale quindi non incide la sopravvenuta svalutazione monetaria, salva l'applicabilità del comma 2 dell'art. 1224 c.c., ove ne ricorrano le condizioni richieste»; Cass. 24 giugno 1987, n. 5583 in *Giust. civ. Mass.*, 1987, p. 6, secondo la quale: «La penale di cui all'art. 1382 c.c., e cioè la prestazione che uno dei contraenti si è obbligato ad eseguire in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento dell'obbligazione principale, costituisce oggetto di un debito non di valore ma di valuta. Pertanto, ove a sua volta tale prestazione non sia eseguita o sia eseguita in ritardo, per essa sono dovuti – ricorrendone le rispettive specifiche condizioni – gli interessi moratori e l'eventuale ulteriore risarcimento del danno maggiore di cui all'art. 1224 c.c., a ciò non ostando l'effetto, proprio della clausola penale, di limitare il risarcimento alla prestazione promessa, se non è stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore (ai sensi dell'art. 1382, ultima parte del comma 1, c.c.), atteso che la penale, pur essendo obbligazione accessoria, ha una sua autonoma identità quale obbligazione pecuniaria, mentre la prevista limitazione del risarcimento attiene all'inadempimento o al ritardo nell'adempimento dell'obbligazione principale (come l'accordo circa la risarcibilità del danno ulteriore)»; Cass. 16 marzo 1988, n. 2468, in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 684; Cass. 31 gennaio 1989, n. 595, in *Giust. civ. Mass.*, 1989, I, che a chiare lettere afferma: «La clausola penale, la quale costituisce una pattuizione accessoria diretta a rafforzare il vincolo contrattuale mediante una concordata e preventiva liquidazione del danno, può essere stipulata per il caso di inadempimento definitivo ovvero per il solo ritardo nell'adempimento, e in quest'ultima ipotesi, ove il creditore agisca per il pagamento della penale deducendo il ritardo nell'adempimento, permane l'obbligazione di adempiere gravante sul debitore, con la conseguenza che quest'ultimo, se il suo inadempimento diviene definitivo, è tenuto a risarcire al creditore il danno ulteriore diverso da quello convenzionalmente coperto dalla penale»; Cass. 10 giugno 1991, n. 6561, in *Giust. civ. Mass.*, 1991, 6 per le quali: «La clausola penale è un patto accessorio del contratto con funzione sia di coercizione all'adempimento sia di predeterminazione della misura del risarcimento in caso di inadempimento. Essa, pertanto, a norma dell'art. 1453 comma 1 c.c. trova applicazione sia nell'ipotesi che il contraente chieda la risoluzione del contratto sia in quella che egli proponga domanda volta a conseguire l'esecuzione coatta del negozio e vale unicamente come liquidazione convenzionale del danno fissata antecedentemente dalle parti. Diversa funzione va invece riconosciuta alla caparra penitenziale o pena del recesso disciplinata dall'art. 1386 c.c. quale corrispettivo del diritto di recesso pattizionale consentito».

In dottrina G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 332 ss.; F. MESSINEO, *Il contratto in generale*, cit., p. 209; G. DE NOVA, voce *Clausola penale*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civile, Giappichelli, Torino, 1988, p. 409.

uno scopo funzionale separato dal negozio cui accede⁶. Chiaramente tra tale negozio autonomo ed il contratto principale sussiste un collegamento negoziale necessario. Si ritiene di accedere alla teoria che attribuisce alla clausola penale natura di patto accessorio, non a caso, infatti, l'art. 1383 c.c. parla di «*prestazione principale*» e, parimenti, l'art. 1384 c.c. di «*obbligazione principale*». Da questa qualificazione consegue che le vicende dell'obbligazione principale incidono sull'obbligazione accessoria derivante dalla clausola penale. Connotato essenziale della clausola penale è la sua connessione con l'inadempimento o il ritardo imputabili al debitore. L'onere di provare che l'inadempimento o il ritardo non siano a lui imputabili, grava sul debitore e sono il presupposto necessario ma anche sufficiente a far sorgere il diritto alla penale, indipendentemente dalla loro importanza.

Relativamente alla natura della prestazione che può essere oggetto della penale, normalmente questa consiste nel pagamento di una somma di denaro ma può anche consistere nell'estinzione di un credito e può avere più ampia e diversa natura. Se la penale ha ad oggetto il pagamento di una somma di denaro, si avrà debito di valuta, come tale insuscettibile di rivalutazione. Rispetto, invece, all'ammontare della clausola penale le parti possono determinare liberamente l'entità della penale salvo eventualmente incorrere, nel caso di penale eccessiva, nella riduzione equitativa ex art. 1384 c.c.

Tracciate le linee essenziali dell'istituto si procede all'analisi dell'annosa questione relativa alla natura giuridica della clausola penale. Molto si è discusso, e si discute, infatti, sulla funzione economico individuale della clausola penale.

Un orientamento più risalente della dottrina ha ritenuto che la clausola in esame abbia esclusivamente funzione punitivo – sanzionatoria squisitamente penale⁷; vi è, poi, una teoria per così dire mista, che ha attribuito funzione punitiva o sanzionatoria alla cosiddetta penale pura, ovvero convenuta dalle parti senza alcun riferimento al risarcimento del danno, pre-

⁶ Nel senso che si tratti di un negozio autonomo: V.M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, Giuffrè, Milano, 1954, p. 105; C.M. BIANCA, *La responsabilità*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 227; A. MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984, pp. 3-4; A. MAGAZZÙ, voce *Clausola penale*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1960, Vol. VII, p. 189.

⁷ A. MAGAZZÙ, voce *Clausola penale*, cit., p. 190.

vedendo l'effetto di sommare la penale all'integrale risarcimento del danno, e funzione insieme punitiva e risarcitoria alla cosiddetta penale non pura, convenuta dalle parti con l'effetto di limitare il risarcimento del danno alla misura della penale e, solo se convenuti, ai danni ulteriori⁸.

Alcuni autori, invece, hanno considerato essenziale la funzione risarcitoria, e nella specie, di liquidazione anticipata e *forfettaria* del danno⁹ altri, ammettendo la sola funzione risarcitoria della penale, hanno negato rilevanza di altre qualificazioni¹⁰.

Tal'altri, invece, hanno ritenuto che la clausola penale cumuli entrambe le menzionate funzioni¹¹.

Vi è, altresì, una dottrina e buona parte della giurisprudenza, secondo le quali la penale avrebbe essenzialmente una funzione coercitiva, ovvero di coazione psicologia all'adempimento¹².

Infine, vi è chi ha negato che la clausola abbia funzione risarcitoria o funzione penale ed ha concluso che la funzione della clausola penale consiste *nella determinazione anticipata (rispetto all'inadempimento o al ritardo) e convenzionale di una sanzione a struttura obbligatoria quale*

⁸ V. M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., p. 107, secondo il quale la penale avrebbe una funzione sostanzialmente di pena privata.

⁹ C.M. BIANCA, *La responsabilità*, cit., p. 123, secondo il quale il debitore non può utilmente provare che il danno subito dal creditore sia inferiore e, pertanto, l'irrelevanza dell'ammontare del danno è insito proprio nel carattere *forfettario* della liquidazione intesa, quindi, a fissare anticipatamente l'ammontare della prestazione risarcitoria.

¹⁰ F. ROSELLI, *Clausola penale e caparra*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. BESSONE, XIII, 5, Giappichelli, Torino, p. 440 ss.

¹¹ In tal senso: L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1948, p. 480; F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. SCIALOJA-G. BRANCA, Zanichelli, Bologna-Roma, 2004, p. 165 ss.

È, invece, a favore di funzione dualistica: S. MAZZARESE, *Clausola penale*, in *Commentario cod. civ.*, cit., p. 156, ss., secondo il quale la penale avrebbe una funzione dualistica che si specificerebbe in due esiti alternativi e vicendevolmente esclusivi ossia quello fortettariamete risarcitorio e quello meramente affittivo.

Protende, infine, per una causa non astrattamente tipizzabile: G. DE NOVA, *La clausola penale*, cit., p. 161, secondo il quale la penale potrebbe svolgere di volta in volta funzioni diverse così da risultare vano ogni sforzo di attribuirle una funzione tipica.

¹² G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 254. Della stessa opinione anche la prevalente giurisprudenza: Cass. 6 novembre 1998, n. 11204, *Giust. civ. Mass.*, 1998, p. 2285; Cass. 12 settembre 1991, n. 6561, *Giust. civ. Mass.*, 1991, p. 9; Cass. 12 novembre 1985, n. 5122, *Giust. civ. Mass.*, 1985, 11.

*conseguenza dell'inadempimento o tardo nell'adempimento di un'obbligazione*¹³.

Al fine di perimetrare i confini dell'odierna analisi si evidenzia che esulano dal proposto tema di indagine le cosiddette *penali legali*: come l'imposizione di interessi moratori in caso di inadempimento di un'obbligazione pecuniaria *ex art 1224, comma 1, c.c.*; la determinazione del risarcimento nella differenza tra prezzo convenuto e prezzo corrente nella risoluzione della vendita tra cose mobili aventi prezzo corrente, *art. 1518 c.c.*; la ritenzione da parte degli amministratori delle somme riscosse, in caso di mancato pagamento delle quote da parte del socio c.d. moroso, *art. 2344, comma 2, c.c.*; la determinazione delle mensilità di retribuzione dovute al lavoratore illegittimamente licenziato, *art. 18, comma 4, l. 20 maggio 1970, n. 300*; l'obbligo, nei mutui legali di scopo, per il mutuatario inadempiente all'obbligazione di destinazione, di corrispondere, gli interessi al tasso di riferimento anziché al tasso agevolato, *art. 9, comma 2 e 4, 12 agosto 1977, n. 675*; il limite di mensilità di canone per il risarcimento al conduttore in caso di abusi del locatore e l'indennità per la perdita dell'avviamento, *artt. 31 e 34, l. 27 luglio 1978, n. 392*. Parimenti, esulano dal nostro tema le cosiddette *penali giudiziali*, che consistono in penalità imposte dal giudice alla parte soccombente al fine rafforzare la sentenza di condanna.

In relazione alla causa della penale si propone, quindi, un'analisi delle menzionate teorie per trarne spunti qualificatori ed eventuali rilievi critici al fine di addivenire ad una definizione che possa prestarsi a fondamento sistematico della disamina oggetto del presente lavoro.

2. La funzione coercitiva – rafforzativa dell'adempimento.

Sicuramente innovativa e particolare, per l'ottica con cui affronta il problema, è la teoria secondo la quale la funzione della clausola penale si deve ravvisare nella coercizione psicologica all'adempimento rappresentando, quindi, uno strumento rafforzativo dell'adempimento. In questo sen-

¹³ A. MARINI, *La clausola penale*, cit., p. 36, secondo il quale la penale predeterminerebbe, quindi, una sanzione civile tipica non riconducibile né al risarcimento del danno né ad una funzione punitiva.

so, infatti, sono state sviluppate le teorie della coercizione indiretta all'adempimento. La penale ingenererebbe, dunque, una coercizione indiretta sul contraente obbligato, il quale si troverebbe pressato psicologicamente e preventivamente dalla minaccia di un danno che gli deriverebbe in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento. Pertanto, l'inadempiente si troverebbe obbligato a dover corrispondere la penale senza tuttavia ricevere nulla in cambio¹⁴. Tale impostazione, è stata di recente ripresa e sviluppata sotto il più ampio aspetto dell'analisi economica del diritto, che vede nella clausola penale una forma di assicurazione per le pregiudizievoli conseguenze dell'inadempimento. Infatti, per ovviare al rischio che il risarcimento del danno non sia idoneo e sufficiente a coprire la mancata prestazione, si potrebbe stipulare con il debitore o un terzo un contratto di assicurazione per il pagamento della somma concordata in caso di inadempimento. Dunque, i sostenitori della funzione coercitiva indiretta affermano che *la clausola penale realizza, una forma di coazione indiretta all'adempimento, in quanto rappresenta una sanzione in senso tecnico per il debitore nel caso in cui non adempia secondo le modalità previste: è cioè finalizzata prima a prevenire, poi a reprimere, un illecito convenzionalmente individuato*¹⁵.

Alla teoria ora esaminata sono state mosse critiche sulla base di due obiezioni; la prima si ritrova nel potere, attribuito al giudice, di ridurre la penale eccessivamente onerosa, che, dunque, si porrebbe in netta contraddizione con il preteso carattere sanzionatorio dell'autonomia privata, riducendola ad un semplice strumento risarcitorio. Con la seconda obiezione, ricostruita dalla stessa dottrina, muovendo dal generale divieto di sanzionare i comportamenti altrui in termini afflittivi, si è sottolineato come la funzione afflittiva e sanzionatoria della clausola penale, anche se astrattamente possibile, è in contrasto con il dettato dell'art. 3 Cost., che sancisce il principio di eguaglianza reciproca; al contrario, la pena privata, negando tale principio, ne introdurrebbe uno di segno diametralmente opposto, ossia quello della diseguaglianza, per cui una parte potrebbe o sarebbe legittimata ad approfittare dell'altra.

¹⁴F. MESSINEO, *Il contratto in generale*, in *Tratt. dir. priv. e comm.*, diretto da A. CICU-F. MESSINEO, Giuffrè, Milano, 1968, p. 132 ed in tal senso G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 254 e 257 secondo il quale la penale avrebbe propriamente una funzione coercitiva di coazione psicologica all'adempimento.

¹⁵A. ZOPPINI, *Clausola penale e la caparra*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di P. RESCIGNO, vol. I, Giappichelli, Torino, p. 163.

3. *La funzione punitivo – sanzionatoria*

La teoria della natura afflittiva della penale trova il proprio fondamento nell'interpretazione letterale dell'art. 1382, comma 2, c.c. dove si afferma che le penale è dovuta indipendentemente dalla prova del danno. L'irrelevanza dell'esistenza e della misura del danno, dunque, è stata sentita quale assunto della natura punitivo afflittiva della penale da tutta quella parte della dottrina che protende per tale qualificazione¹⁶. Afferma, infatti, il principale fautore di tale ricostruzione qualificatoria che *se si considera l'ipotesi in cui manchi totalmente o sia (convenzionalmente o in fatto) esclusa la considerazione del profilo del risarcimento del danno, è possibile individuare una clausola penale pura, in cui la penale è prevista (o comminata) solo come sanzione per l'inadempimento o per il ritardo. Secondo tale autore, dunque, l'art. 1382 c.c. non consente una ricostruzione della penale quale clausola di liquidazione preventiva del danno. A sostegno della propria argomentazione, tale dottrina ha evidenziato, anzitutto, che nel codice del '42 è sparito il riferimento alla «compensazione dei danni», secondo la dizione dell'art. 1212, comma 1, c.c. del 1865, ma si afferma solo che la clausola penale ha l'effetto di «limitare il risarcimento alla prestazione promessa» ed il capoverso dello stesso articolo indica specificamente che l'esistenza e la misura del danno non hanno alcun rilievo perché sorge l'obbligo della penale. D'altra parte, sostiene la richiamata dottrina, non è corretto parlare di liquidazione preventiva del danno se ancora la relativa obbligazione è astratta e potenziale, considerando che la liquidazione non è impegnativa per le parti, né definitiva. Sul punto la dottrina che ha condiviso la ricostruzione causale della penale in chiave di strumento di natura afflittivo – punitiva, ha giustificato tale qualificazione in relazione al fatto che l'effetto essenziale della penale consisterebbe nella creazione di una sanzione convenzionale per la mancata osservanza di un comportamento dovuto¹⁷. In particolare, in questa corrente di pen-*

¹⁶ V. M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., p. 155; A. MAGAZZÙ, voce *Clausola penale*, cit., p. 189 ed anche A. CATAUDELLA, *La clausola penale*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 5, secondo il quale: «La funzione della clausola penale quale emerge dalla disciplina menzionata, è prevalentemente sanzionatoria e non risarcitoria, in quanto il suo ammontare non è correlato all'ammontare del danno e l'obbligo di corrisponderla, prescinde, addirittura, dalla stessa esistenza di un danno».

¹⁷ «La funzione giuridica della clausola penale, quindi risulta dalla considerazione

siero si colloca un'ulteriore impostazione dottrinarica che ha individuato la funzione della clausola penale nella determinazione anticipata e convenzionale di una sanzione obbligatoria¹⁸.

Tale teoria ha negato, anzitutto, che la funzione della penale sia quella di creare una sanzione nuova ed atipica rispetto a quelle già predisposte dall'ordinamento. Questo primo rilievo è apparso senz'altro condivisibile, atteso che la clausola penale non è una sanzione atipica, in quanto è positivamente prevista dall'ordinamento, restando, al più, rimessa alla volontà delle parti la sola determinazione della misura della stessa¹⁹.

Inoltre, l'impostazione teorica ora esaminata ha distinto la sanzione penale da quella risarcitoria e le rispettive obbligazioni in cui si sostanziano, che non differiscono nell'aspetto strutturale, bensì nel procedimento per la determinazione del loro contenuto. Si è affermato, infatti, che, nell'obbligazione risarcitoria la determinazione del contenuto, e, quindi, la specificazione della sanzione, dovrà essere effettuata dal giudice successivamente al verificarsi del fatto sanzionato, cioè l'inadempimento ovvero il ritardo, ed in base a criteri prefissati dal legislatore che servono a restringere, anche se non ad annullare, la discrezionalità del giudice. Tra tali criteri viene, essenzialmente, in considerazione, quello del danno arrecato al creditore, criterio così importante da qualificare, in senso positivo, l'obbligazione quale tipicamente risarcitoria appunto del danno subito. Tale dottrina evidenzia, quindi, che la determinazione del contenuto dell'obbligazione risarcitoria presenta i seguenti caratteri:

- a) è operata dal giudice;
- b) è successiva al verificarsi del fatto sanzionato;
- c) è ispirata a criteri prefissati;
- d) è obbligatoria nel senso che il giudice deve, e non già può, procedere alla determinazione del contenuto dell'obbligazione risarcitoria che costituisce condizione per l'applicabilità della sanzione al fatto concreto. Tale

del suo effetto essenziale, ovvero l'obbligo di eseguire una determinata prestazione per il caso di inadempimento o ritardo, consiste nella creazione convenzionale di una sanzione per la mancata osservanza di un comportamento dovuto. Non vi è dubbio che la funzione sanzionatoria esaurisce lo schema causale della clausola penale pura, e che la penale pura sia dovuta a (solo) titolo di pena», S. MAGAZZÙ, voce Clausola penale, cit., p. 188.

¹⁸ A. MARINI, *La clausola penale*, cit., p. 34 ss.

¹⁹ M. DE LUCA, *La clausola penale*, in *Il Diritto privato oggi*, a cura di P. CENDON, Giuffrè, Milano, 1998, p. 39.

dottrina osserva che ciò non accade nell'obbligazione penale. In tale caso, infatti, il contenuto è determinato antecedentemente all'inadempimento o al ritardo attraverso uno specifico accordo delle parti del rapporto obbligatorio principale che l'ordinamento riconosce e tutela proprio quale specificazione concreta della sanzione. Il criterio di determinazione è perciò rappresentato dall'accordo delle parti. Sicché, la specificazione della sanzione penale è, da un lato, anticipata rispetto al verificarsi del fatto sanzionato e, dall'altro, volontaria nel senso che l'applicazione della sanzione è possibile solo se, ed in quanto, si raggiunga un accordo tra le parti sulla misura concreta della sanzione. In mancanza di tale accordo e, quindi, della specificazione della sanzione, l'obbligazione penale non potrà venire ad esistenza e, pertanto, non ne sarà possibile l'applicazione al caso concreto²⁰. E, dunque, secondo questa ricostruzione la funzione della clausola penale sarebbe da individuare nella determinazione anticipata e convenzionale di una sanzione a struttura obbligatoria, che è conseguenza dell'inadempimento, i cui caratteri distintivi, rispetto alla sanzione risarcitoria, sono la predeterminazione della sanzione e l'indipendenza dal danno effettivo arrecato al creditore.

Altri, invece, hanno ritenuto la funzione della clausola penale nell'applicazione di una sanzione per l'inadempimento di un obbligo che fosse incapace, di per sé, di provocare un danno patrimoniale²¹.

Anzitutto, è stato chiarito che l'interpretazione dell'art. 1382, comma 2, quale fondamento della funzione afflittiva della penale è frutto di un'interpretazione meramente letterale, che non tiene alcun conto della natura logico argomentativa della norma in oggetto. In secondo luogo, è stato evidenziato che si tratta di una qualificazione smentita dalla circostanza che, seppur è vero che la norma prevede la doverosità della penale a prescindere dalla prova del danno, non esclude, però, la possibilità per il debitore di fornire la prova contraria della presunta esistenza del danno, con

²⁰ A. MARINI, *La clausola penale*, cit., p. 35.

²¹ «Ci sono dei casi nei quali l'effettività di una obbligazione contrattuale non può essere altrimenti assicurata se non dalla previsione di una penale per l'inadempimento. Così è, ad esempio per i patti parasociali di sindacato di voto o di blocco: qui l'estrema difficoltà, se non l'impossibilità di fornire la prova di un danno per l'inadempimento altrui scoraggerebbe qualsiasi reazione alla violazione del patto, assicurando l'immunità a chi lo abbia violato e finendo con il togliere al patto stesso ogni carattere di giuridica vincolatività», F. GALGANO, *Il contratto*, cit., p. 166.

l'effetto di impedire ogni pretesa del creditore²².

A ben vedere questi rilievi iniziali sono suffragati, a parere della scrivente, proprio dal dato comparativo storico. La ricostruzione normativa del codice del 1942 relativa all'istituto prevede, contrariamente al codice previgente, l'espressa possibilità per il giudice di riduzione della penale con un intervento di equità correttiva, secondo il disposto dell'art. 1384 c.c.

Orbene, la possibilità di un giudice di intervenire sulla commisurazione convenzionale della penale fatta dalle parti, impedisce di porre a fondamento della natura afflittiva dell'istituto proprio la presunta irrilevanza della misura del danno. In caso di intervento equitativo, infatti, è chiaro che la congruità dell'ammontare della penale, anche se espressamente disciplinato solo per l'ipotesi di riduzione della penale, assume un rilievo determinante. Per queste ragioni si esclude una qualificazione della penale quale mera punizione per l'inadempimento che prescindendo totalmente da qualunque valutazione dello stesso e del conseguente danno.

Un ulteriore sviluppo della critica, confermando un'inscindibile correlazione tra penale e danno, ha escluso la qualificazione in esame anche in relazione al divieto di cumulo tra prestazione principale e penale. È stato osservato, infatti, seppur nella prospettiva dell'affermazione di una funzione dualistico, con prevalenza risarcitoria, della penale, che il divieto di cumulo non trova giustificazione se non con la funzione risarcitoria della ricostruzione causale della penale²³.

3.1. *L'inammissibilità di una clausola penale pura*

A ben vedere un'ulteriore critica alla predetta ricostruzione può trovare fondamento anche nell'impossibilità di prevedere nel nostro ordinamento l'ipotesi di una clausola penale c.d. pura ovvero una penale che, al di fuori della perimetrazione dell'istituto offerta dal codice civile, sia totalmente indipendente dal risarcimento del danno. Alcuni autori sostenitori della natura afflittiva della clausola penale, infatti, hanno ritenuto am-

²²D. RUSSO, *Il patto penale tra funzione novativa e principio di equità*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2010, p. 85.

²³M. BALDISSONI, *Nota sulla funzione della clausola penale*, nota a Cass. 21 giugno 1996, n. 6976, in *Giur. it.*, 1996, p. 1487.

missibile un'ipotesi di clausola penale con funzione esclusivamente punitiva che, quindi, prescinderebbe completamente dal risarcimento del danno. Secondo tale ricostruzione il creditore, in altri termini, potrebbe contemporaneamente richiedere sia il pagamento della penale pura che dell'integrale risarcimento del danno²⁴.

Tale opinione, a ben vedere, è in contrasto con la prevalente dottrina e soprattutto con l'orientamento tradizionale della giurisprudenza²⁵. In termini critici, anzitutto, si è osservato che una siffatta penale si risolverebbe in una forma di autotutela preventiva o addirittura di una sorta di pena privata, ritenuta, almeno secondo l'opinione tradizionalmente espressa, in contrasto con i principi di ordine pubblico che, quindi, non consentirebbero l'autotutela del privato fuori dei casi espressamente previsti dalla legge. Tale tradizionale obiezione, a parere dello scrivente, necessita di una rivisitazione o quanto meno di un aggiornamento in relazione al recentissimo dibattito da cui sembra emergere un'apertura del nostro ordinamento verso l'ammissibilità delle pene private, operata con i recenti interventi normativi e il *revirement* di alcune pronunce della Suprema Corte²⁶. La clausola penale pura, in secondo luogo, è in contrasto con la stessa normativa prevista nella specifica materia e, in particolare, con lo stesso art. 1382 c.c. Tale norma, infatti, sancisce il principio che la penale ha l'effetto di limitare il risarcimento alla prestazione promessa ed autorizza la deroga convenzionale al principio stesso soltanto per il danno ulteriore; in tal modo esclude, implicitamente, che l'inadempiente possa essere condannato a pagare la penale e in più tutto il danno arrecato: egli, quindi, dovrà pagare la penale e soltanto quella eventuale parte di danno che eccede la penale stessa, sempre che ciò sia stato espressamente convenuto.

Per completezza della trattazione si evidenzia che sono state riscontrate ipotesi nelle quali la penale prescinde completamente dalla sussistenza di un danno. Ciò avviene, come risulta dalla Relazione al codice civile in rife-

²⁴ V. M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., p. 105 ss.

²⁵ In dottrina cfr. F. MESSINEO, *Il contratto in generale*, cit., p. 213; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 334; G. DE NOVA, voce *Clausola penale*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civile, Giappichelli, Torino, 1988, p. 378; A. MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984, p. 38 ss.; E. GABRIELLI, *Clausola penale e sanzioni private nell'autonomia contrattuale*, in *Ross. dir. civ.*, 1984, p. 909-910.

²⁶ Sul punto *infra*, cap. I, § 2.2.

rimento all'art. 1174 c.c., quando la prestazione non ha un intrinseco valore patrimoniale ma lo riceve di riflesso a mezzo di una clausola penale²⁷.

4. La funzione risarcitoria di liquidazione anticipatoria del danno

Secondo parte della dottrina²⁸ la penale avrebbe funzione risarcitoria, in quanto sarebbe volta precipuamente alla determinazione di una liquidazione preventiva e forfettaria del danno. Il creditore, quindi, sollevato dall'onere di provare il danno e avvantaggiato dalla riduzione dei tempi connessi all'individuazione dell'ammontare dello stesso, vedrebbe, attraverso questo strumento, rinforzata la propria posizione giuridica soggettiva.

All'interno di questa ipotesi ricostruttiva si colloca la teoria che individua la funzione della clausola penale nella determinazione anticipata e forfettaria del danno, come schema tipico che agevola l'applicazione della sanzione risarcitoria²⁹. La funzione così individuata appare volta ad eliminare quelle incertezze e difficoltà che si presentano al danneggiato per poter ottenere il ristoro del pregiudizio subito: ciò perché sia le lungaggini processuali che la sempre presente discrezionalità del giudice, seppur stretta in criteri di valutazione oggettivi, presentano una ineliminabile ed imprevedibile valenza di rischio che, ove si concretizzasse, frustrerebbe l'interesse del danneggiato ad ottenere il risarcimento del danno.

²⁷ G. GORLA, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 1955, p. 250-251; C.M. BIANCA, *L'obbligazione*, cit., p. 78.

Sul punto è noto l'esempio scolastico dell'assunzione dell'obbligazione di non suonare il violino in certe ore del giorno per non disturbare gli studi del vicino e della collegata convenzione di una clausola penale al fine di dare alla prestazione la patrimonialità richiesta dalla legge *ex art.* 1174 c.c. È evidente che in questo caso la penale prescinde da ogni riferimento all'effettiva esistenza di un danno perché questo, in linea di principio, ha natura patrimoniale.

²⁸ C.M. BIANCA, *La responsabilità*, cit., p. 222.

²⁹ Questa è sicuramente l'ipotesi ricostruttiva dominante sia in dottrina che in giurisprudenza, F. MESSINEO, *Il contratto in generale*, in *Tratt. dir. priv. e comm.*, diretto da A. CICU-F. MESSINEO, Giuffrè, Milano, 1968, p. 131; C. SCOGNAMIGLIO, *L'abuso del diritto, I contratti*, 2012, 5; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., 1968, p. 641 ss.; F. GERBO, *Clausola penale e danno*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, p. 207 ss.; A. DE CUPIS, *Sulla riduzione della penale*, in *Giust. civ.*, 1983, II, p. 236.

Proprio per eliminare tale rischio le parti fisserebbero forfettariamente e preventivamente l'ammontare del danno nella prestazione cui si impegna, ora per allora, il debitore inadempiente. È stato, infatti, evidenziato che si tratterebbe, propriamente, di liquidazione convenzionale preventiva del danno, intendendosi con tale espressione: «*un accordo delle parti, inteso, a liquidare preventivamente il danno futuro ed eventuale, nel quale la dichiarazione di valore è una dichiarazione di scienza che inserita nel contratto, diviene elemento costitutivo della volontà contrattuale in ordine alla liquidazione del futuro danno*»³⁰. Dunque, secondo tale prospettiva, la forfettaria determinazione del danno, compiuta con la clausola penale, indica convenzionalmente la misura del danno risarcibile, indipendentemente dalla prova del suo ammontare concreto³¹. Il *forfait*, inoltre, può essere superiore o inferiore all'effettivo danno, ma ciò non è rilevante, in quanto la volontà delle parti può superare, derogandole, le regole per la liquidazione legale del danno, atteso che la liquidazione volontaria offre ad entrambe le parti il rilevante vantaggio di evitare ogni incertezza circa il carico della responsabilità e, rispettivamente, l'entità della riparazione conseguibile. Infatti, si è evidenziato che una volta determinato, con tale valutazione forfettaria, il danno risarcibile nella misura fissata nella clausola penale, entrambe le parti conoscono anticipatamente ed esattamente l'entità della conseguenza giuridica dell'inadempimento: il debitore sa a cosa l'esporrà l'inadempimento, il creditore conosce la misura del relativo inadempimento e quindi del risarcimento a cui è tenuto. Secondo tale ricostruzione, quindi, dopo l'inadempimento, sarebbe evitato ogni complicato calcolo e distinzione di danno diretto e indiretto, emergente e lucro cessante, prevedibile e imprevedibile, e sarebbe risparmiata, altresì, la delicata operazione di valutazione dell'interesse leso. Il creditore non avrebbe, inoltre, l'onere di provare l'ammontare del danno subito, in relazione ai principi giuridici nella sua determinazione e misura³². Tale ricostruzione causale della clausola penale opererebbe, quindi, nell'interesse

³⁰ A. DE CUPIS, *Sulla riduzione della penale*, cit., p. 517.

³¹ Afferma, infatti, l'autore: «*Non importa che esso coincida, o meno, con tale effettivo ammontare; non importa che corrisponda alla realtà quantitativa del danno, od alla elaborazione che di questa realtà è normalmente compiuta dall'ordinamento giuridico*», A. DE CUPIS, *Sulla riduzione della penale*, cit., p. 524.

³² A. DE CUPIS, *Sulla riduzione della penale*, cit., p. 524.

di entrambe le parti, cosicché, in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, il creditore avrà la certezza di avere determinato la misura del pregiudizio subito, mentre il debitore avrà fissato quanto dovrà pagare. La volontà delle parti può, comunque, lasciare spazio ad una determinazione del *quantum* meno rigido, consentendo al creditore di provare il danno ulteriore.

4.1. La categoria della «determinazione convenzionale del danno»

Nell'alveo di tale ricostruzione causale di natura risarcitoria anticipatoria del danno si collocano le cosiddette «clausole di determinazione convenzionale danno»³³, espressione con la quale si riassumono tutte quelle clausole mediante le quali le parti predispongono, in alternativa alla sanzione legale del risarcimento, una misura convenzionale del danno da inadempimento o da non esatto adempimento comprensivo del ritardo. In tale formula si tende a ricomprendere quegli accordi di specie che, pur partendo da paradigmi tradizionali di riferimento come la penale, la caparra confirmatoria e le clausole di esonero o di limitazione della responsabilità in realtà abbracciano anche altre determinazioni pattizie che solo in parte richiamano ed utilizzano quei paradigmi di riferimento. Così accade³⁴, per l'appunto, soprattutto mediante le clausole di liquidazione anticipata del danno, la clausola *d'indemnisation forfaitaire* e la *schadensersatzpauschale* ma anche, ed in modo ben più articolato e complesso, mediante le clausole che determinano soltanto una riduzione della controprestazione, si qualificano per essere premiali, consistono ancor più variamente nelle: *acceleration clauses*, nel *take or pay*, nelle *indemnités clauses*, nell'acquisizione delle rate pagate (nei contratti di locazione finanziaria), nelle *indemnités d'immobilisation*, nelle indennità connesse a particolari ipotesi di recesso.

Tale teoria è stata oggetto di critica, sul presupposto che essa essendo diretta ad agevolare l'applicazione della generale sanzione risarcitoria, non inciderebbe sul problema dell'esistenza del danno e, pertanto, fermo restan-

³³ F.P. PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, Jovene, Napoli, 2015, p. 101 ss.

³⁴ Come ricostruito da F.P. PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, cit., p. 220 ss.

do l'ammontare del risarcimento nella misura determinata dalle parti, dovrebbe sempre essere ammessa la prova da parte del convenuto dell'inesistenza del danno secondo le regole giuridiche in materia o potrebbe, anche, richiedere la prova positiva, dell'esistenza del danno da parte dell'attore, sempre restando il *quantum* determinato nel *forfait* fissato dalle parti³⁵.

Tale costruzione è stata, altresì, criticata da coloro i quali³⁶ hanno ravvisato in tale clausola, la coesistenza di una duplicità di funzioni: una funzione risarcitoria ed una di natura sanzionatoria. Il primo indice va rintracciato nell'esonero della prova del danno previsto dal secondo comma dell'art. 1384 c.c., in quanto *suscettibile di essere inteso tanto come esonero dall'onere di provare l'entità del danno subito, tanto come irrilevanza del danno*. Il secondo si identificherebbe con l'esercizio da parte dell'autorità giudiziaria della facoltà *ex art. 1384 c.c.* di riduzione – *ad aequitatem* – dell'ammontare della clausola. In tal senso, infatti, se al giudice è riservata la facoltà di intervenire sulla determinazione convenzionale del danno in termini diminutivi rispetto alla volontà delle parti, sembra chiaro che tale facoltà è ostativa alla ricostruzione causale dell'istituto in esame quale, appunto, determinazione convenzionale del danno.

Questo potere correttivo, quindi, proprio in quanto guidato dall'equità, non comporta necessariamente una corrispondenza della penale con l'entità del danno effettivamente verificatosi, ma una riconduzione della stessa all'interesse patrimoniale del creditore all'adempimento.

5. La funzione causale mista e/o variabile

Parte della dottrina non ha aderito ad una sola delle qualificazioni proposte ma ha elaborato la teoria secondo la quale la clausola penale potesse avere una causa duplice, fino a ritenere che la stessa possa avere causa variabile ovvero mista.

I fautori della causa variabile del patto penale hanno commentato che, in realtà, la clausola penale può esercitare volta a volta funzioni diverse, al punto da asserire che sarebbe vano lo sforzo di individuarne la funzione tipica. Secondo questo schema, infatti, le parti possono inserire una

³⁵ A. MARINI, *La clausola penale*, cit., p. 11.

³⁶ *Infra*, cap. I, § 4.

clausola penale per perseguire le più varie e distinte finalità. Anzitutto, esse potrebbero, attraverso la penale, stabilire convenzionalmente una sanzione che, altrimenti, l'ordinamento non garantirebbe, così attraendo nell'ambito del contratto convenzioni che, viceversa, ne esulerebbero. Le stesse parti potrebbero, altresì, prevedere una clausola penale per indurre colui che sarà il debitore ad adempiere: e questa funzione sarà esercitata qualora la penale sia fissata in misura superiore al danno prevedibile, e non si convenga il risarcimento del danno ulteriore. La penale, al contrario, potrebbe essere prevista per limitare il risarcimento allorché la penale sarà fissata in misura inferiore al danno prevedibile e, naturalmente, non si sarà convenuto il risarcimento del danno ulteriore. La stessa, infine, ben potrebbe essere prevista per evitare controversie sulla misura del danno, o quantomeno – qualora si convenga il risarcimento del danno ulteriore – per evitare controversie su una parte, o una voce, del danno risarcibile.

Ebbene per la stessa duttilità dell'istituto alcune funzioni potrebbero essere contemporaneamente perseguite, altre invece sarebbero tra loro configgenti e, pertanto, le parti dovrebbero optare per una finalità espressa che ne escluderebbe un'altra con essa incompatibile³⁷.

Inoltre, altra parte della dottrina, comunque a favore della c.d. tesi dualistica, ha evidenziato tale funzione da un diverso punto di vista, e, in particolare, ha ritenuto che le due funzioni, *mutuamente esclusive ma congiuntamente esaustive*, siano coniugate in un'unica obbligazione penale³⁸. Quest'ultima, sanzionando l'inosservanza di un comportamento principale contrattualmente dovuto, si concretizza in una prestazione, frutto dell'autonomia privata ovvero di una previsione legislativa o ovvero giudiziale. Sempre secondo la medesima dottrina, la sanzione – il cui effetto concorre con il risarcimento dei danni ulteriori, sempre che quest'ultimo sia espressamente convenuto, e con il parziale adempimento – è qualificabile come *una causa forfezionalmente risarcitoria, nel senso che, in presenza di veri e propri danni, l'ammontare della penale esaurisce la misura del risarcimento che sarebbe stato dovuto dal debitore inadempiente o coesiste solo con il risarcimento del maggior danno*. Nel contempo essa è anche *meramente affittiva, in quanto ugualmente dovuta indipendente-*

³⁷ G. DE NOVA, *Le clausole penali e la caparra confirmatoria*, cit., p. 413.

³⁸ S. MAZZARESE, *Clausola penale*, in *Commentario cod. civ.*, cit., p. 187 ss.

mente dalla presenza di veri e propri danni patrimoniali e dall'espressa volontà delle parti di prescindere da ogni previsione risarcitoria.

6. I recenti sviluppi in tema di funzione punitiva del danno

A ben vedere il nostro ordinamento ha recentemente mostrato, a livello normativo e giurisprudenziale, un'apertura verso una possibile funzione risarcitoria e nel contempo punitiva del danno.

La funzione punitiva del danno, i c.d. danni punitivi, e la stessa ammissibilità delle pene private nel nostro ordinamento giuridico sono stati oggetto di un ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale la cui proposizione appare prodromica, secondo il parere della scrivente, al fine di analizzare i riflessi che potrebbero derivare proprio dalla recente apertura del nostro ordinamento verso le predette categorie giuridiche.

6.1. I danni punitivi

La locuzione danni punitivi, o anche danni esemplari, deriva dalla traduzione testuale dei «*punitive damages*» di matrice anglosassone che, nei sistemi di *common law* indica, la prestazione pecuniaria cui l'autore dell'illecito è tenuto nei confronti della sua vittima³⁹. Nel novero degli strumenti rimediali, gli ordinamenti di *common law* spesso contemplan*o* i *punitive damages*⁴⁰ che conferiscono, appunto, alla vittima dell'illecito l'opportunità di ottenere una sanzione esemplare nei confronti di chi ha commesso in malafede un atto particolarmente grave e riprovevole⁴¹, fungendo anche da monito per la collettività. Se, da un lato, l'istituto è ispirato ad una finalità preventiva e deterrente, consistente nel disincentivare comportamenti analoghi, dall'altro, è chiaro l'intento punitivo volto a sanzionare il debitore e a scongiurare l'idea che possano realizzarsi profitti attraverso il compimento di atti illeciti⁴². La condanna al risarcimento dei

³⁹ C. GRANELLI, *In tema di «danni punitivi»*, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, p. 1760.

⁴⁰ Definiti anche *exemplary damages* o *vindictive damages*.

⁴¹ P. PARDOLESI, *Contratto e nuove frontiere rimediali. Disgorgement v. punitive damages*, Bari, 2012, p. 19.

⁴² Altrimenti detti: «*tort must not pay*», secondo l'espressione utilizzata da Lord Devlin in *Rookes v. Barnard*, 1964, p. 1227.

punitive damages prende, quindi, le forme di una punizione nei confronti del danneggiante e non è comminata al fine (o al solo fine) di *compensate the claimant for harm done*⁴³.

I *punitive damages* di origine anglosassone, secondo l'opinione tradizionale, si traducono nell'ordinamento italiano, pertanto, in prestazioni pecuniarie a carattere sanzionatorio aggiuntive rispetto alla prestazione risarcitoria ma che sembrano rette da principi che sono estranei al sistema nostrano della responsabilità civile. I danni punitivi, infatti, sono ispirati a principi tipici del sistema penale, essendo sanzionata la condotta lesiva *ex se*, a prescindere, quindi, dal pregiudizio in concreto subito dal danneggiato. Ne deriva che l'ammontare di tali danni, o meglio, la determinazione della prestazione pecuniaria punitiva, tiene in debito conto l'elemento soggettivo che caratterizza l'illecito, realizzandosi, alle volte, anche una sproporzione tra l'importo liquidato e il danno effettivamente subito. La tradizionale ragione del tentativo fallimentare di trapianto dei danni punitivi nel nostro ordinamento e, conseguentemente, dell'assenza di una disposizione che preveda espressamente i danni esemplari risiede nella tradizione giuridica del nostro Paese: i sistemi di *civil law*, infatti, si sono assestati sul principio secondo cui unica conseguenza dell'illecito civile è l'obbligo del risarcimento del danno, sia esso di natura patrimoniale che non patrimoniale⁴⁴, collocandosi la valenza punitivo – deterrente su di un piano secondario rispetto alla funzione compensativo – remuneratoria⁴⁵. I c.d. danni punitivi costituiscono una componente condannatoria del tutto estranea, quindi, ai paesi di *Civil Law* e alla loro cultura giuridica improntata al principio compensativo – risarcitorio della responsabilità civile, che sfocia, in una concezione tradizionale del risarcimento quale sola riparazione del danno sofferto e nei limiti dell'entità della lesione subita.

⁴³ J. STEELE, *Tort law. Text, cases and materials*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 540.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ G. ALPA, *Diritto della responsabilità civile*, Bari-Roma, 2003, 289, p. 294; G. ALPA, *Manuale di diritto privato*, Cedam, Padova, 2013, p. 686; V. ROPPO, *Diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 586; C. SALVI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. IUDICA-P. ZATTI, Giuffrè, Milano, 1998, p. 29; P.G. MONATERI-D. GIANI-L. SILIQUINI CINELLI, *Danno e risarcimento*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 21; M. FRANZONI, *Trattato della responsabilità civile, Il danno risarcibile*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 743.

Proprio per tale ragione di ordine sistematico l'ammissibilità dei danni punitivi, e la conseguente imposizione di un risarcimento del danno con effetto punitivo nei confronti dell'agente, è stata esclusa dall'orientamento prevalente della giurisprudenza. I precedenti giurisprudenziali emblematici e costituenti il *trend* sulla incompatibilità dei *punitive damages* con l'ordine pubblico interno, sono offerti da due pronunce di legittimità. La prima, con cui si è affermato che nel vigente ordinamento l'idea della punizione e della sanzione è estranea al risarcimento del danno, così come è indifferente la condotta del danneggiante⁴⁶. La seconda, con la quale si è sottolineato che, nel sistema giuridico italiano, «il diritto al risarcimento del danno conseguente alla lesione di un diritto soggettivo non è riconosciuto con caratteristiche e finalità punitive, ma in relazione all'effettivo pregiudizio subito»⁴⁷.

Sul punto, in particolare, la Suprema Corte⁴⁸ ha sostenuto che nel no-

⁴⁶ Cass. 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Giur. it.*, 2007, 12, p. 2724, con nota di V. TOMARCHIO, *Anche la Cassazione esclude il risarcimento dei danni punitivi*; ed *ivi*, 2008, 2, p. 395, con nota di A. GIUSSANI, *Resistenze al riconoscimento delle condanne al pagamento dei punitive damages: antichi dogmi e nuove realtà*, in *Foro it.*, 2007, 5, 1, p. 1460 ss., con nota di G. PONZANELLI, *Danni punitivi: no grazie*, in *Nuova giur. comm.*, 2007, 9, p. 983 ss., con nota di S. OLIARI, *I danni punitivi bussano alla porta: la Cassazione non apre*; ed in *Corr. giur.*, 2007, 4, p. 497, con nota di P. FAVA, *Punitive damages e ordine pubblico: la cassazione blocca lo sbarco*. In tale occasione, una corte statunitense aveva condannato, a seguito della caduta letale da un motociclo, la società produttrice del casco indossato dal conducente, e sganciatosi a causa della fibbia difettosa, al risarcimento del danno nella misura di \$ 1.000.000,00. Con tale pronuncia, la Corte di Cassazione aveva confermato la sentenza negativa di App. Venezia, 15 ottobre 2001, n. 1359, in *Nuova giur. comm.*, 2002, I, p. 770 ss., con commento di G. CAMPEL-A. DE PAULLI, *Danni punitivi, ordine pubblico e sentenze straniere delibande a contenuto anfibo*, in *Int'l Lis*, 2004, p. 89 ss., con commento di S. CORONGIU, *Pregiudizio subito e quantum risarcitorio nelle sentenze di punitive damages: l'impossibile riconoscimento in Italia*. Nella fattispecie, il giudice di merito aveva sottolineato come la finalità dei danni punitivi si ponesse in palese contrasto con l'ordine pubblico, posto che i principi regolatori del nostro sistema civilistico in tema di responsabilità civile da illecito extracontrattuale configurano il risarcimento dovuto al danneggiante quale riparazione del pregiudizio arrecato al danneggiato.

⁴⁷ Cass. 8 febbraio 2012, n. 1781, cit.

⁴⁸ Cass. 8 febbraio 2012, n. 1781, in *Giust. civ. mass.*, 2012, 2, p. 139 secondo la quale: «Nel vigente ordinamento, il diritto al risarcimento del danno conseguente alla lesione di un diritto soggettivo non è riconosciuto con caratteristiche e finalità punitive – restando estranea al sistema l'idea della punizione e della sanzione del responsabile civile