

Le funzioni della responsabilità civile tra diritto giurisprudenziale e dialoghi transnazionali

di Antonio Gambaro

SOMMARIO: 1. I dilemmi dell'*overruling*. – 2. Quando si può sostituire un principio di diritto giurisprudenziale con un altro. – 3. Il principio di diritto ripudiato. – 4. Criteri per la delibazione di sentenze straniere che comportano condanne a danni ultracompensativi.

1. I dilemmi dell'*overruling*

L'arresto delle sezioni unite¹ in tema di danni punitivi si presta a considerazioni su diversi livelli.

Un primo livello di analisi concerne la tecnica dell'*overruling*, o *revirement*, di giurisprudenza e quindi attiene al problema del trattamento del precedente giurisprudenziale.

Nella esperienza americana si osserva generalmente che sebbene l'*overruling* sia uno strumento necessario perché altrimenti si renderebbe impossibile lo sviluppo del diritto giurisprudenziale, tuttavia quando una corte dichiara che la regola di diritto precedentemente enunciata è errata e va mutata, o addirittura, ribaltata, con ciò stesso impone alle parti del giudizio una *ex post facto law* e più in generale contraddice al principio della certezza del diritto assicurata dal criterio dello *stare decisis*. Da ciò il ricorso all'espedito dell'*anticipatory overruling*², o a quello, assai affine, della critica demolitoria espressa in motivazione cui però fa seguito un dispositivo in cui si conferma il precedente giurisprudenziale criticato³. È ben noto che entrambi questi espedienti presentano a loro volta controindicazioni, se non altro perché equivalgono a comunicare alle parti che una ha torto e l'altra ha ragione, però è l'ultima volta che ciò accade perché diritto e giustizia imporrebbero la soluzione inversa.

In linea teorica nell'ordinamento italiano non vige il principio dello *stare decisis* (ed in ogni caso tale principio non sarebbe applicabile ad una corte suprema come le sezioni unite nemmeno se il nostro fosse un sistema di *common law*), tuttavia la Cassazione mostra sensibilità verso le problematiche di fondo che si col-

locano dietro la esigenza di dare continuità ai principi di diritto da essa stessa sanciti nell'esercizio della propria funzione nomofilattica per non ledere i criteri fondamentali di non discriminazione e di tutela di aspettative individuali e collettive a cui presiede il rispetto del precedente giurisprudenziale.

Nel caso che ha offerto alle sezioni unite il destro per ribaltare il principio di diritto sancito da almeno due sue precedenti decisioni⁴, la Corte di Appello, la cui sentenza era stata impugnata avanti la Suprema Corte, si era del pari discostata dalle due precedenti decisioni, ma aveva fatto ricorso alla tecnica del *distinguishing*, rilevando come il caso deciso dalla corte americana delle cui sentenze era stata chiesta la delibazione non riguardava l'applicazione dell'istituto dei *punitive damages* (infatti si trattava di una transazione con la vittima, di cui si chiedeva il rimborso al responsabile in solido) e quindi non poteva ricadere nell'ambito di applicazione dei principi di diritto precedentemente enunciati. Il ricorrente sosteneva in sostanza che il *distinguishing* non era stato corretto⁵ perché la corte americana non avrebbe potuto pervenire al verdetto cui era pervenuta senza fare applicazione, almeno indirettamente, dell'istituto dei danni punitivi. Sulla base delle argomentazioni del ricorrente, la prima sezione della Corte di cassazione aveva rimesso la causa al primo presidente per l'assegnazione alle sezioni unite sollecitando un ripensamento sul tema delle riconoscibilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi.

Le sezioni unite hanno accolto l'invito della prima sezione, ma hanno premesso che il *distinguishing* della

¹ Cass., sez. un., 5.7.2017, n. 16601 [la sentenza è pubblicata *supra*, Parte prima, p. 1399, con commento di M. GRONDONA].

² Cfr. MATTEI, voce «Precedente giudiziario e *stare decisis*», nel *Diritto IV ed., disc. priv., sez. civ.*, X, IV, Utet, 1996, 148.

³ È questa ad esempio la tecnica utilizzata da Richard Posner nella sua veste di giudice della U.S. Court of Appeals for the Seventh Circuit nel caso *State Oil Co. v. Khan* in cui si è seguita la regola enunciata nella sentenza della Corte Suprema nel caso *Albrecht v. Herald Co.* [390 U. S. 145 (1968)], ma dopo averla fatto oggetto di critiche così penetranti da condannarla all'*overruling*, che in effetti è stato effettuato dalla Corte Suprema in sede di *certiorari* [522 U.S. 3 (1997)]. Si noti che a fronte di un precedente in termini della Corte Suprema, la Corte

d'Appello non avrebbe potuto ricorrere alla tecnica del *prospective overruling* perché non è legittimata a discostarsi da un tale precedente quindi non è nemmeno legittimata a promettere di farlo alla prima occasione.

⁴ Cass., 19.1.2007, n. 1183, e Cass., 8.2.2012, n. 1781.

⁵ Si noti che anche nella precedente decisione Cass. n. 1781/2012, la Corte d'Appello (cfr. APP. TORINO, 29.9.2009) aveva fatto ricorso alla stessa tecnica del *distinguishing* per delibare una sentenza americana che potenzialmente, ma non espressamente, aveva fatto applicazione del medesimo istituto dei *punitive damages* ed in quel caso la sentenza d'appello era stata cassata.

corte d'appello era corretto e che quello in esame non era un caso di comminazione di *punitive damages*. Pertanto il ricorso è stato rigettato ed i relativi motivi sono stati considerati inammissibili. Acquisito questo esito, le sezioni unite hanno ricordato che l'art. 363, n. 3), cod. proc. civ. dà facoltà alla corte di enunciare d'ufficio un principio di diritto anche quando il ricorso proposto sia dichiarato inammissibile ed hanno di conseguenza operato l'*overruling* delle decisioni precedenti senza ledere formalmente le aspettative delle parti in disputa. Simile soluzione se da un lato evita gli inconvenienti dell'*overruling* all'americana, dall'altro lato conferma che la nostra Corte di cassazione considera se stessa come organo di produzione di principi di diritto e non solo come giudice di ultima istanza di casi controversi. In ciò vi è una qualche ironia perché siamo abituati a credere che le corti dei sistemi di *common law* siano istituzionalmente e pacificamente organi di produzione del diritto, mentre quelle di *civil law* siano istituzionalmente interpreti della legge scritta e solo eccezionalmente possano creare regole giuridiche per sopperire alle lacune dirette o indirette del sistema legislativo. Però le corti di *common law*, ed in particolare, per vincolo costituzionale⁶, quelle americane, sono legittimate a *jus dicere* solo a fronte di casi e controversie che siano ad esse sottoposte, e quindi i principi di diritto che esse enunciano sono sempre, in un modo o nell'altro, la *ratio decidendi* di casi della vita attorno ai quali è insorto un conflitto. Il che equivale a dire che il giudice può creare diritto solo quando agisce come giudice e non mai come organo di produzione di regole idonee a risolvere problemi astratti. Al contrario, ammettere che la Corte di cassazione sia dotata di poteri di nomofilachia sganciati dalla soluzione di casi effettivamente controversi equivale a rendere invisibile il confine tra nomofilachia e legislazione, come avveniva quando le corti erano abilitate ad emanare *arrêts de réglemant*.

In definitiva tutto ciò serve a confermare che le tecniche di trattamento dei precedenti giurisprudenziali incrociano sempre la tematica delle fonti del diritto dal cui assetto sono inseparabili e serve quindi anche a mettere in rilievo come la nostra Corte di legittimità sia sempre meno preoccupata di svelare il proprio ruolo legislativo.

2. Quando si può sostituire un principio di diritto giurisprudenziale con un altro

Il secondo livello di analisi dell'arresto delle sezioni unite attiene alle modalità di formazione dell'*overruling* e quindi alle modalità attraverso le quali la giurisprudenza procede alla abrogazione di una regola di diritto

ed alla sua sostituzione con una regola di diritto diversa. Si è già osservato che sotto un profilo procedurale la nostra corte suprema è molto più libera di condurre simili operazioni di quanto non siano le corti di *common law*; ma si deve aggiungere che sotto un profilo sostanziale l'arresto in esame indichi come a differenza di quelle, la nostra corte non si affidi unicamente a se stessa, alla propria sapienza ed alla propria saggezza. Nel testo della sentenza si legge apertamente che "le condizioni che giustificano l'enunciazione del principio di diritto si desumono dall'esteso dibattito dottrinale che da tempo sollecita un intervento giurisprudenziale sul tema (...)". Come dire che la Corte è disposta a rivedere il proprio orientamento quando la dottrina riesce a convincerla, il che può apparire ovvio, ma la stessa annotazione può essere trascritta nel senso che la giurisprudenza di legittimità si avventura in una operazione sostanzialmente legislativa di riscrittura delle regole di diritto solo se può contare sul sostegno del formante dottrinale e che in definitiva il mutamento avviene quando i due formanti culturali del sistema sono in sintonia. Al riguardo è però da osservare che una sintonia tra dottrina e giurisprudenza è pensabile solo se il discorso di entrambe i formanti si colloca a livello di formulazione di regole generali ed astratte perché per tradizione la dottrina, anche quando coltiva il genere letterario della nota a sentenza, non si esprime a livello di decisione concreta (e quando qualcuno lo fa, raramente sfugge al rimprovero di non aver espresso una tesi dottrinale, ma l'opinione di un pratico che è scorretto mascherare altrimenti). Perciò l'agire in sintonia con la "dottrina" diviene un altro fattore che sinergicamente spinge la Corte di legittimità verso l'assunzione di ruoli legislativi.

3. Il principio di diritto ripudiato

Il terzo livello di analisi cui si presta l'arresto in commento riguarda il tipo di argomentazione che risulta convincente per indurre la Corte di cassazione ad operare il cambiamento di regola giuridica.

Per calarsi in questo terzo livello di lettura occorre però contestualizzare il problema affrontato, che in realtà sono due diversi, ma intrecciati. Il primo tema è quello della delibazione di sentenze straniere⁷ di condanna al risarcimento di danni punitivi, o che, comunque, liquidino all'attore somme di gran lunga superiori al pregiudizio concretamente riportato. Il secondo tema è quello della formulazione di un principio di diritto adeguato a rappresentare le funzioni della responsabilità civile nel sistema giuridico italiano. L'intreccio tra i due temi nasce dal tentativo di asse-

⁶ Cfr. art. 3, sec. 2, Cost. Stati Uniti.

⁷ Ma in verità si tratta di sentenze americane, perché solo negli Stati Uniti i danni punitivi trovano impiego nel settore in cui opera il commercio internazionale e quindi possono richiedere di essere delibate

per poter aver effetto verso il convenuto, cfr. F. BENATTI, *Correggere e punire. Dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, Giuffrè, 2008, 42 ss.

gnare alla responsabilità civile una unica funzione di carattere riparatorio ritenuta espressione di un principio sovraeminente caratterizzante il diritto civile moderno (o secolarizzato) e per questa via erigere una barriera insormontabile alla delibabilità di sentenze americane attributive di danni punitivi.

Questa impostazione, accolta nella citata sentenza della Cassazione n. 1183/2007, benché sia stata finemente argomentata⁸, non ha convinto la maggior parte della dottrina la quale ha fatto valere l'argomento per cui le funzioni della responsabilità civile lungi dal poter essere dedotte dai suoi caratteri trascendenti debbono più convenientemente riportarsi al complesso di norme che ne dispongono le puntuali applicazioni⁹ e da cui si deduce l'impossibilità di elevare a principio di ordine pubblico la esclusione della funzione deterrente¹⁰. In tale direzione si è anche ripetutamente messo in rilievo che la funzione deterrente della responsabilità civile sta ormai divenendo una scelta di politica del diritto diffusa in molti ordinamenti¹¹, compresi quelli europei.

Particolarmente il primo argomento sembra essere quello che ha convinto i giudici della Cassazione ed infatti esso è divenuto la parte essenziale della motivazione dell'arresto in esame che sul punto ricalca la motivazione della citata ordinanza della prima sezione che ha innestato la rimessione del caso alle sezioni unite¹². In effetti è contraddittorio sostenere che nel nostro ordinamento esiste un principio di ordine pub-

blico internazionale il quale impedirebbe di riconoscere qualsiasi sentenza straniera che attribuisca alla vittima un *quid pluris* rispetto alla lesione effettivamente subita, quando poi si debbono applicare norme interne che provvedono a modellare in crescendo l'ammontare dei risarcimenti in funzione deterrente.

Non sembra che da questa conclusione si potrà mai prescindere in futuro e perciò il senso dell'arresto in commento diviene piuttosto chiaro: i principi di diritto espressi nelle massime delle decisioni n. 1183/2007¹³ e n. 1781/2012¹⁴ sono *overruled* e perciò passano nella sfera di interessi degli storici del diritto, mentre per gli avvocati integrerebbe un errore professionale invocarli nelle loro difese.

Ci si può chiedere però se questo punto fermo debba essere circoscritto, con le precisazioni che si dettaglieranno in seguito, al tema della delibazione delle sentenze straniere che facciano applicazione di regole tese a conformare l'ammontare del risarcimento dovuto alla vittima di un illecito in modo che esso ecceda programmaticamente il *quantum* della perdita subita. In altri termini ci si potrebbe chiedere se si debba dare all'arresto delle sezioni unite una lettura strettamente connessa al caso deciso e perciò si debba circoscrivere il principio di diritto in essa sancito alla asserzione per cui non può esistere nel nostro ordinamento una regola di ordine pubblico internazionale che renda incompatibile con esso una sentenza straniera che sia applica-

⁸ Particolarmente da CASTRONOVO, di cui si veda lo scritto: *Del non risarcibile Aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, 315; del medesimo autore cfr. *La nuova responsabilità civile*, 3a ed., Giuffrè, 2006, e *Id.*, *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, 2015.

⁹ Cfr. PARDOLESI, *La cassazione, i danni punitivi e la natura polifunzionale della responsabilità civile: il triangolo no!*, in *Corr. giur.*, 2012, 1070; DE HIPPOLYTIS, *Condanne (straniere) al risarcimento dei danni punitivi: sono davvero insormontabili gli ostacoli al riconoscimento?*, in *Foro it.*, 2012, I, 1454, ed ivi rinvii.

¹⁰ Sul punto la letteratura è assai vasta, in sintesi cfr. SIRENA (a cura di), *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*, Giuffrè, 2011; LUCCHINI GUASTALLA, *La compatibilità dei danni punitivi con l'ordine pubblico alla luce della funzione sanzionatoria di alcune disposizioni normative processualciviltistiche*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 1474; QUARTA, *Illecito civile, danni punitivi e ordine pubblico*, *ibidem*, 1159; SCOGNAMIGLIO, *Principio di effettività, tutela civile dei diritti e danni punitivi*, *ibidem*, 1120; NERVI, *Danni punitivi e controllo sulla circolazione della ricchezza*, *ibidem*, 329; F. BENATTI, *Dall'astreinte ai danni punitivi: un passo ormai obbligato*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2015, II, 679.

¹¹ Cfr. F. BENATTI, *Zhonguo chengfaxing peichang (danni punitivi in Cina)*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 1425; *Id.*, *La circolazione dei danni punitivi: due modelli a confronto*, in *Corr. giur.*, 2012, 263.

¹² Cfr. PONZANELLI, *Possibile intervento delle sezioni unite sui danni punitivi (Nota a Cass. civ., sez. I, ord. 16 maggio 2016, n. 9978, Soc. A. c. N. inc.)*, in *Danno e resp.*, 2016, 836; SCOGNAMIGLIO, *I danni punitivi e le funzioni della responsabilità civile (Nota a Cass. civ., sez. I, ord. 16 maggio 2016, n. 9978, Soc. A. c. N. inc.)*, in *Corr. giur.*, 2016, 912.

¹³ La cui massima è: «Nel vigente ordinamento alla responsabilità civile è assegnato il compito precipuo di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, anche mediante l'attribuzione al danneggiato di una somma di denaro che tenda ad eliminare le conseguenze del danno subito

mentre rimane estranea al sistema l'idea della punizione e della sanzione del responsabile civile ed è indifferente la valutazione a tal fine della sua condotta; è quindi incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto dei danni punitivi che, per altro verso, non è neanche riferibile alla risarcibilità dei danni non patrimoniali o morali; tale risarcibilità è sempre condizionata all'accertamento della sofferenza o della lesione determinata dall'illecito e non può considerarsi provata in re ipsa; è inoltre esclusa la possibilità di pervenire alla liquidazione dei danni in base alla considerazione dello stato di bisogno del danneggiato o della capacità patrimoniale dell'obbligato (nella specie era stata impugnata per cassazione la pronuncia di rigetto dell'istanza di delibazione di una sentenza statunitense che aveva condannato il produttore di un casco protettivo utilizzato dalla vittima di un incidente stradale; la sentenza aveva accertato il difetto di progettazione e costruzione della fibbia di chiusura del casco e aveva liquidato i danni secondo criteri che il giudice della delibazione aveva ritenuto propri dell'istituto dei danni punitivi punitive damages e come tali incompatibili con l'ordine pubblico interno)».

¹⁴ La cui massima è: «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 ed indifferente la valutazione a tal fine della sua condotta – ma in relazione all'effettivo pregiudizio subito dal titolare del diritto leso, non essendo previsto l'arricchimento, se non sussista una causa giustificatrice dello spostamento patrimoniale da un soggetto all'altro; è quindi incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto dei danni punitivi (nell'affermare il suddetto principio, la corte ha cassato per insufficienza e incongruità di motivazione la sentenza impugnata, la quale aveva accolto l'istanza di delibazione di una pronuncia statunitense ed argomentato nel senso che l'omessa motivazione di quella sentenza non ostava al riconoscimento, che nessun espresso riferimento la sentenza straniera conteneva circa la liquidazione dei punitive damages e che i danni subiti per infortunio sul lavoro dal danneggiato erano compatibili con la somma liquidata, sebbene di gran lunga superiore a quella richiesta nella domanda)».

tiva di un istituto, non regolato dal sistema nazionale, comportante condanna ai c.d. *punitive damages*.

Sennonché, così non è per la semplice, ma decisiva, ragione che nell'arresto in esame manca il caso controverso e l'oggetto della decisione è solo la sostituzione di un principio di diritto con un altro. Se si tiene conto della effettiva natura dell'arresto delle sezioni unite e delle argomentazioni che lo sorreggono, si deve quindi ritenere che la Cassazione abbia sancito un principio di diritto più ampio in base al quale si deve considerare non fondato l'assunto che la responsabilità civile può svolgere istituzionalmente la sola funzione della *restitutio in integrum* della vittima di un illecito aquiliano. Questo approdo potrà piacere o non piacere e potrà ovviamente essere combattuto con ulteriori argomenti idonei a contrastarlo, ma per il momento questo è lo stato delle cose.

4. Criteri per la delibazione di sentenze straniere che comportano condanne a danni ultracompensativi

Sino a qui si è fatto riferimento alla *pars destruens* dell'arresto delle sezioni unite, ma si deve rilevare che esso contiene anche una *pars construens* in cui la Corte di legittimità si fa carico di fornire alle Corti di merito alcune linee guida circa il modo di condursi rispetto alle sentenze straniere, o, meglio, americane, che comportino una condanna comprensiva di danni punitivi quando di esse è richiesto il riconoscimento in Italia.

A differenza della parte precedente questa parte, per così dire, propositiva della innovativa sentenza delle sezioni unite appare più nettamente focalizzata su un problema giuridico che rimane generale ed astratto, ma presenta un livello di astrazione minore di quello che attiene al tema generalissimo delle funzioni della responsabilità civile.

Perciò questa parte richiede un quarto livello di analisi.

Questo profilo muove dall'assunto per cui una volta caduta la muraglia autarchica che escludeva tutte le sentenze estere da cui emanasse il sentore di danni ultracompensativi, la Corte era di fronte ad una biforcazione. O si suggerisce di accogliere ogni sentenza straniera che sia rispettosa delle garanzie procedurali connesse all'idea generale di giusto processo; oppure si debbono predisporre criteri di selezione sostanziali mediante i quali scrutinare le modalità con cui la corte straniera è pervenuta a quantificare l'onere risarcitorio imposto al convenuto. Le sezioni unite hanno espressamente indicato questa seconda via e perciò hanno dovuto farsi carico di predisporre le conseguenti linee guida.

Va premesso al riguardo che nella *pars construens* della sentenza si annidano alcune criticità che invece sono

assenti nella parte precedente, e ciò è imputabile non già a difetti di approfondimento delle problematiche affrontate, che invece rimane elevato e qualifica la sentenza in esame come un esempio notevole di giurisprudenza dotta la quale fa onore alla nostra Corte di cassazione, ma al livello semantico cui la Corte è risultata vincolata dalla sua scelta strategica iniziale di legiferare in astratto sul tema della delibabilità di sentenze straniere di condanna al risarcimento di danni punitivi, o che, comunque, liquidino all'attore somme di gran lunga superiori al pregiudizio concretamente subito¹⁵, prendendo lo spunto da un caso che a detta della stessa Corte con quel tema non c'azzecava per nulla. Da ciò un diluvio di metafore che rendono disagevole la lettura della sentenza e che possono nascondere alcune aporie.

4.1. In breve sintesi è da osservare che le sezioni unite hanno sottolineato che così come ogni prestazione patrimoniale di carattere sanzionatorio, o deterrente, non può essere imposta dal giudice italiano senza espressa previsione normativa, similmente dovrà essere richiesto per ogni pronuncia straniera di condanna a risarcimenti punitivi di procedere da un ancoraggio normativo in ossequio al principio di legalità. Tuttavia si deve osservare come la metafora dell'ancoraggio normativo sia fonte di ambiguità che mal si adattano alla complicata operazione di trasposizione di regole giuridiche da una esperienza all'altra. È noto infatti che i *punitive damages* sono un istituto di *common law* rispetto al quale il formante legale è variamente intervenuto nei diversi sistemi (ed in USA nei diversi Stati federati) solo per correggere qua e là gli errori commessi dalle corti, ma nella gran parte degli Stati federati senza fornire a rigore alcun fondamento legislativo ad un istituto giuridico che resta ancorato al diritto giurisprudenziale¹⁶. Del resto sarebbe ironico che una corte di *civil law* nel momento stesso in cui agisce in modo scopertamente legislativo chiedesse alle corti di *common law* di decidere unicamente come interpreti di testi legislativi e poiché tale richiesta sarebbe impossibile da soddisfare si finirebbe con il riedificare subito la muraglia autarchica che si è appena abbattuta.

Sicché è facile intendere che il problema del riconoscimento delle sentenze straniere comportanti l'attribuzione di danni punitivi non può essere risolto per questa via e rimane aperto. Infatti per evitare contraddizioni troppo palesi non solo si deve intendere il concetto di base legale come esteso anche alle regole create dalla giurisprudenza, ma si deve anche riconoscere che nell'applicare le regole giurisprudenziali in tema di *punitive damages* le corti USA godono di una discrezionalità non perfettamente compatibile con il principio di tipicità, inteso, come dicono le sezioni unite nel senso di precisa perimetrazione della fattispecie.

¹⁵ Cfr. DE LUCA, *Luci e ombre sul possibile recepimento dei danni punitivi nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, 518.

¹⁶ Sono ben pochi gli Stati degli Stati Uniti che collegano l'ammissibilità della attribuzione dei danni punitivi alla esistenza di una espressa previsione legislativa, cfr. F. BENATTI, *Correggere e punire*, cit., 107 ss.

Al riguardo giova precisare che se è vero, come ricordano le sezioni unite, che negli ultimi lustri la Corte Suprema federale americana ha via via corretto le assurdità che avevano dato luogo a decisioni come quella delle corti texane nel caso *Texaco Inc. v. Pennzoil*¹⁷, dettando i criteri che debbono essere seguiti per giustificare l'attribuzione di danni punitivi, tuttavia è da osservare come la struttura stessa del *trial by jury*, cui i *punitive damages* necessariamente si collegano, rende difficile un controllo sulle ragioni per cui tale tipo di risarcimento viene attribuito e quasi mai consentono di verificare se ci si è attenuti ad una rigorosa definizione *ex ante* delle fattispecie a fronte delle quali essi possono essere attribuiti. Né ad una analisi attenta può sfuggire che le sentenze della Corte Suprema federale americana possono intervenire in tema di attribuzione di danni punitivi solo sotto il profilo della violazione in concreto di principi sanciti dalla Costituzione federale, e quindi assumono necessariamente i caratteri di criteri piuttosto sfumati, mentre la discrezionalità delle Corti statali rimane ingente, anche se è rimasta di minoranza l'opinione del giudice Scalia secondo cui è bene che rimanga sostanzialmente illimitata.

4.2. Si può quindi suggerire che i criteri di selezione delle sentenze riconoscibili in Italia non possano basarsi sul concetto di tipicità delle fattispecie (concetto che è intrasponibile, anche perché introducibile, nell'esperienza USA), ma su elementi attinenti ai principi fondamentali che reggono il procedimento di attribuzione dei risarcimenti alle vittime di condotte illecite. Questo approccio presenterebbe il vantaggio di porsi, a differenza del precedente, in consonanza con le tendenze della giurisprudenza americana e di *common law* in generale, ma consentirebbe di salvaguardare aspetti essenziali dei nostri meccanismi istituzionali in modo più fermo rispetto a quanto il sistema americano riesca concretamente a fare.

Il punto principale mi sembra consistere in ciò.

Se si deve ammettere che anche nei nostri sistemi la responsabilità civile possa svolgere una funzione deterrente e quindi sia consentito modellare in crescendo il *quantum* del risarcimento e perciò non si può sostenere che i danni punitivi sono di per sé in contrasto con un

principio di ordine pubblico, tuttavia ciò non significa ammettere che nel processo civile l'attore possa far valere diritti altrui e tanto meno significa ammettere che un privato possa svolgere nel processo il ruolo di rappresentante della comunità organizzata anche senza provvedere ad organizzarla, come avviene invece nel caso delle *class actions*. Infatti in quest'ottica non è più solamente in questione la struttura e funzione della responsabilità civile, ma sono in questione i meccanismi istituzionali che presiedono all'amministrazione della giustizia.

A ben vedere il profilo più inaccettabile dell'attribuzione dei *punitive damages* si manifesta quando l'attore, agendo come *private attorney general*, chiede un risarcimento parametrato su tutti i danni simili al suo, subiti da tutte le altre vittime della stessa condotta del convenuto, come esemplarmente era avvenuto nel caso *BMW v. Gore*, caso che ha costretto la Corte Suprema¹⁸ a rompere gli indugi ed ad annullare la sentenza della Corte dell'Alabama. In simili contesti non rilevano i concetti necessariamente vaghi di deterrenza ed adeguata retribuzione, quanto i confini tra l'esercizio di poteri pubblici ed esercizio di diritti privati, confini che l'impostazione seguita negli Stati Uniti tra gli anni '70 e la fine degli anni '90 del secolo scorso, rende particolarmente labili¹⁹ ed al cui smarrimento seguono a cascata una serie di effetti e tra questi, ovviamente, quello della assoluta mancanza di proporzionalità tra *compensatory damages* e *punitive damages* su cui si è appuntata la critica della maggioranza della Corte Suprema americana, cui si aggiunge il rischio, altrettanto ovvio, di *overdeterrence* e di moltiplicazione degli oneri risarcitori, nonché di arricchimenti che è eufemistico definire ingiustificati²⁰. Ma alla radice di simili effetti non si pone la funzione deterrente che può essere assegnata alla responsabilità civile all'interno di scelte di *policy* effettuate sia dai legislatori che dalla giurisprudenza, quanto l'attribuzione all'attore di un rimedio risarcitorio che non gli compete perché del tutto privo di connessioni significative con la sua sfera giuridica sia sostanziale che processuale²¹.

Parrebbe dunque che su questo profilo possano convenientemente appuntarsi i filtri che il nostro ordinamento deve porre in essere prima di dare ingresso a sentenze americane attributive di danni punitivi.

¹⁷ 729 S.W.2d 768 (*Court of Appeals of Texas*, 1987).

¹⁸ Cfr. in 517 U.S. 559 (1996) e in *Foro it.*, 1996, IV, 421.

¹⁹ Cfr. PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 435.

²⁰ Sul piano teorico si è sostenuto che questi effetti non sono del tutto indesiderabili, ma le dimostrazioni pertinenti sono spesso viziata da un difetto di impostazione, in cui invero le analisi di *law and economics* sono cadute spesso, il quale consiste nell'assumere uno scenario ipotetico, ad esempio quello in cui l'autore dell'illecito abbia tre possibilità su quattro di farla franca, da cui si deduce l'opportunità di una regola in forza della quale nell'unico caso in cui incorre in un processo per responsabilità civile, l'ammontare del risarcimento sia quadruplicato;

senza considerare che lo scenario di partenza è ontologicamente una ipotesi probabilistica destinata a rimanere tale, mentre l'evento processo per responsabilità civile è una ipotesi che si deve necessariamente concretizzare nella realtà per dare senso alla regola che si auspica. Sennonché non vi è alcuna garanzia che il passaggio dall'ipotetico al reale avvenga secondo la stima probabilistica di partenza, né vi può essere trattandosi di eventi che si collocano in ontologie diverse.

²¹ Perciò le criticità segnalate non riguardano la disciplina delle *class actions* che possono essere conformate appositamente, anche se non agevolmente, per creare un nesso tra l'attore ed il gruppo delle vittime che si offre di rappresentare.