# Diritto Civile

a cura di Pietro Rescigno

con Raffaele Caterina e Vincenzo Cuffaro

## Riparazione e punizione nella responsabilità civile

Cassazione civile, Sez. I, 16 maggio 2016, n. 9978 (Ordinanza Interlocutoria) – Pres. Di Palma – Rel. Lamorgese – P.M. Ceroni – Axo Sport (avv.ti Tepedino, De Cristofaro, Fabris) – NOSA Inc. (avv.ti Petrucci, Giglioli, Trovato). *Rimette gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite.*

**Responsabilità civile – Danni punitivi – Delibazione di sentenza straniera – Comminatoria di danni punitivi – Compatibilità o meno con il concetto di ordine pubblico – Esclusività o meno della funzione riparatoria – compensativa del risarcimento**

*Esistono ragioni che inducono la Corte,* ex *art. 374, 2° comma c.p.c. a rimettere gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite in ordine al tema della riconoscibilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi. Va considerata non solo l'evoluzione del concetto di "ordine pubblico", anche alla stregua della normativa comunitaria (ordine pubblico internazionale) nonché il fatto che la funzione del rimedio risarcitorio, attualmente configurato in termini esclusivamente compensativi, non assurge a valore costituzionale essenziale e imprescindibile del nostro ordinamento. In aggiunta ha osservato la Corte che numerose sono le norme che, nel nostro ordinamento, prevedono rimedi risarcitori con funzione non riparatoria ma sostanzialmente sanzionatoria.*

*Omissis. – Motivi della decisione – Omissis.*

1.– Con il terzo motivo è denunciata la violazione della L. n. 218 del 1995, art. 64, lett. g), nonché vizio di motivazione, per avere la Corte veneziana trascurato che la sentenza americana aveva condannato AXO a reintegrare NOSA per un indennizzo corrisposto al danneggiato a titolo di danni punitivi, come risultava dal fatto che la somma posta a carico di AXO corrispondeva a quella indicata nella proposta transattiva del danneggiato, a composizione integrale della pretesa risarcitoria, compresi i punitive damages; per non avere valutato la totale omissione di motivazione della sentenza americana, quanto ai criteri seguiti per la determinazione del danno: ciò non consentiva (e, quindi, secondo la giurisprudenza di questa Corte, impediva) di riconoscerla nell'ordinamento italiano, in quanto contraria al principio di ordine pubblico circa la natura esclusivamente compensatoria del rimedio risarcitorio, in presenza di un quantum abnorme rispetto ai parametri italiani, che ne evidenziava la natura punitiva e sanzionatoria; tanto più che l'importo si aggiungeva a quello corrisposto al danneggiato dall'importatrice del casco (la Helmet) e che si trattava di un transazione (settlement) necessariamente inclusiva della componente punitiva, incorporando un aliquid datum e un aliquid retentum che rivelava una stima del danno ancora maggiore.

2.– Il terzo motivo implica l'esame di una questione, di massima di particolare importanza, che va rimessa all'esame del Primo Presidente della Corte di Cassazione, perché valuti l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite Civili, ai sensi dell'art. 374 c.p.c., comma 2, per le ragioni di seguito esposte.

3. – È necessaria una premessa sull'ambito applicativo del principio di ordine pubblico, a norma della L. n. 218 del 1995, artt. 16, 64 e 65.

La giurisprudenza di legittimità ha compiuto una progressiva evoluzione nell'interpretazione del principio di ordine pubblico (cui si aggiungeva, nell'abrogato art. 31 disp. gen., il richiamo al buon costume), inteso originariamente come espressione di un limite riferibile all'ordinamento giuridico nazionale, costituito dal complesso dei principi che, tradotti in norme inderogabili o da queste desumibili, informano l'ordinamento giuridico e concorrono a caratterizzare la struttura etico-sociale della società nazionale in un determinato momento storico (vd. Cass. n. 3881 del 1969 e n. 818 del 1962, quest'ultima escludeva che il principio andasse inteso in senso internazionale, astratto o universale); successivamente, si è ritenuto che l'indagine sulla conformità all'ordine pubblico andasse riferita all'ordine pubblico interno se la sentenza da riconoscere riguardava cittadini italiani e all'ordine pubblico internazionale se riguardava (soltanto) cittadini stranieri (vd. Cass. n. 228 del 1982); nella giurisprudenza più recente prevale il riferimento all'ordine pubblico internazionale, da intendersi come complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, ma fondati su esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e desumibili, innanzi tutto, dai sistemi di tutela approntati a livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria (vd., tra le tante, Cass. n. 1302 e 19405 del 2013, n. 27592 del 2006, n. 22332 del 2004, n. 17349 del 2002, n. 2788 del 1995).

*Omissis.* – In altri termini, l'ordine pubblico non si identifica con quello esclusivamente interno, poiché, altrimenti, le norme di conflitto sarebbero operanti solo ove conducessero all'applicazione di norme materiali aventi contenuto simile a quelle italiane, cancellando la diversità tra i sistemi giuridici e rendendo inutili le regole del diritto internazionale privato (è chiara in tal senso Cass. n. 10215 del 2007).

Se è acquisito che l'ordine pubblico è costituito non dalle singole norme del nostro ordinamento, ma dai principi fondamentali di esso (vd., in linea di principio, già Cass. n. 543 del 1980), non è chiaro come individuare l'esistenza di tali principi e, in particolare, se sia possibile individuarli immediatamente nelle norme di legge ordinarie (come sembra ricavarsi da Cass. n. 2215 del 1984), ipotizzando, ad esempio, un collegamento funzionale con disposizioni costituzionali.

In realtà, non può essere indicativo dell'esistenza di un

principio di ordine pubblico il solo fatto che il legislatore ordinario abbia esercitato la propria discrezionalità, in una determinata direzione, con riferimento a materie e istituti giuridici la cui regolamentazione non sia data direttamente dalla Costituzione, ma sia rimessa allo stesso legislatore (in presenza di una riserva di legge o, entro certi limiti, di norme costituzionali programmatiche). Come efficacemente rilevato in dottrina, se il legislatore è libero di atteggiarsi come meglio ritiene, allora potranno avere libero ingresso prodotti giudiziali stranieri applicativi di regole diverse, ma comunque non contrastanti con i valori costituzionali essenziali o non incidenti su materie disciplinate direttamente dalla Costituzione. Non è conforme a questa impostazione, ad esempio, l'orientamento che, in passato, negava ingresso alle sentenze straniere di divorzio, solo perché la legislazione ordinaria dell'epoca stabiliva l'indissolubilità del matrimonio (vd. Cass. n. 3444/1968), sebbene detta indissolubilità non esprimesse alcun principio o valore costituzionale essenziale.

La progressiva riduzione della portata del principio di ordine pubblico, tradizionalmente inteso come clausola di sbarramento alla circolazione dei valori giuridici – cui tende, invece, il sistema del diritto internazionale privato – è coerente con la storicità della nozione e trova un limite soltanto nella potenziale aggressione del prodotto giuridico straniero ai valori essenziali dell'ordinamento interno, da valutarsi in armonia con quelli della comunità internazionale.

*Omissis*. – 4.– In questa prospettiva, non dovrebbe considerarsi pregiudizialmente contrario a valori essenziali della comunità internazionale (e, quindi, all'ordine pubblico internazionale) l'istituto di origine nordamericana dei danni non risarcitori, aventi carattere punitivo: una statuizione di tal genere potrebbe esserlo, in astratto, solo quando la liquidazione sia giudicata effettivamente abnorme, in conseguenza di una valutazione, in concreto, che tenga conto delle "circostanze del caso di specie e dell'ordinamento giuridico dello Stato membro del giudice adito" (è in tal senso il Considerando 32 del regol. CE 11 luglio 2007, n. 864, sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali). Analoghe indicazioni provengono dal diritto comparato: la Corte costituzionale federale tedesca (24 gennaio 2007, in JZ, 2007, 1046) e il Tribunale Supremo spagnolo (13 novembre 2001, n. 2039/1999) hanno ritenuto che le pronunce contenenti statuizioni di condanna ai danni punitivi non siano automaticamente contrarie all'ordine pubblico; analogamente, la Corte di cassazione francese (7 novembre 2012, n. 11-23871, e 1 dicembre 2010 n. 90-13303) ha ritenuto i danni punitivi contrari all'ordine pubblico solo se liquidati in misura realmente eccessiva.

5.– Venendo alle ragioni che hanno indotto questa Corte a negare l'ingresso, nel nostro ordinamento, di sentenze straniere contenenti statuizioni di condanna ai danni punitivi, il leading case è la sentenza di questa Corte n. 1183 del 2007, che ha riguardato un caso, analogo a quello in esame, di responsabilità da prodotto difettoso per i vizi di un casco da motociclista. Ne è stata tratta la seguente massima: "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 a 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".

*Omissis*. – 6.– È dubbio, tuttavia, se la funzione riparatoria-compensativa, seppur prevalente nel nostro ordinamento, sia davvero l'unica attribuibile al rimedio risarcitorio e se sia condivisibile la tesi che ne esclude, in radice, qualsiasi sfumatura punitiva-deterrente (una parte della dottrina, infatti, auspica un parziale recupero della categoria dell' "illecito civile", cui si connette la funzione preventiva o deterrente del rimedio risarcitorio, quale strumento più adeguato per la tutela dei diritti fondamentali della persona);

è anche dubbio se al riconoscimento di statuizioni risarcitorie straniere, con funzione sanzionatoria, possa opporsi un principio di ordine pubblico desumibile da categorie e concetti di diritto interno, finendo, in tal modo, per trattare la sentenza straniera come se fosse una sentenza di merito emessa da un giudice italiano (come rilevato dalla dottrina, espressasi in senso prevalentemente critico rispetto ai precedenti di questa Corte del 2007 e del 2012).

E soprattutto, si dovrebbe dimostrare che la funzione del rimedio risarcitorio, attualmente configurato in termini esclusivamente compensatori, assurga al rango di un valore costituzionale essenziale e imprescindibile del nostro ordinamento, rispetto al quale (secondo la proposta metodologica delineata sub p. 4) non sarebbe consentito neppure al legislatore ordinario di derogarvi, conclusione questa cui, però, non si spinge neppure la citata Cass., sez. un., n. 15350 del 2015.

*Omissis*. – È il segno della dinamicità o polifunzionalità del sistema della responsabilità civile, nella prospettiva della globalizzazione degli ordinamenti giuridici in senso transnazionale, che invoca la circolazione delle regole giuridiche, non la loro frammentazione tra i diversi ordinamenti nazionali.

7.– Tale evoluzione è testimoniata da numerosi indici normativi che segnalano la già avvenuta introduzione, nel nostro ordinamento, di rimedi risarcitori con funzione non riparatoria, ma sostanzialmente sanzionatoria. Si possono segnalare, a titolo solo esemplificativo, i seguenti:

– la L. 8 febbraio 1948, n. 47, art. 12, che, in materia di diffamazione a mezzo stampa, prevede il pagamento di una somma "in relazione alla gravità dell'offesa ed alla diffusione dello stampato";

– l'art. 96 c.p.c., comma 3 (aggiunto dalla L. 18 giugno 2009, n. 69, art. 45), che prevede la condanna della parte soccombente al pagamento di una "somma equitativamente determinata", in funzione sanzionatoria dell'abuso del processo (nel processo amministrativo vd. il D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, art. 26, comma 2,);

– l'art. 709 ter c.p.c. (inserito dalla L. 8 febbraio 2006, n. 54, art. 2), in base al quale, nelle controversie tra i genitori circa l'esercizio della responsabilità genitoriale o le modalità di affidamento della prole, il giudice ha il potere di emettere pronunce di condanna al risarcimento dei danni, la cui natura assume sembianze punitive;

– la L. 22 aprile 1941, n. 633, art. 158 e, soprattutto, D.Lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, art. 125 (proprietà industriale), che riconoscono al danneggiato un risarcimento corrispondente ai profitti realizzati dall'autore del fatto, connotato da una funzione preventiva e deterrente, laddove l'agente abbia lucrato un profitto di maggiore entità rispetto alla perdita subita dal danneggiato, sebbene il cons. 26 della direttiva CE (cd. Enforcement) 29 aprile 2004, n. 48 (sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale), attuata dal D.Lgs. 16 marzo 2006, n. 140 (v. art. 158), abbia precisato che "il fine non è quello di introdurre un obbligo di prevedere un risarcimento punitivo" (Cass. n. 8730 del 2011 ne ammette la "funzione parzialmente san-

zionatoria, in quanto diretta anche ad impedire che l'autore dell'illecito possa farne propri i vantaggi");

– il D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 187 undecies, comma 2, (in tema di intermediazione finanziaria), che prevede, nei procedimenti penali per i reati di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato, che la Consob possa costituirsi parte civile e "richiedere, a titolo di riparazione dei danni cagionati dal reato all'integrità del mercato, una somma determinata dal giudice, anche in via equitativa, tenendo comunque conto dell'offensività del fatto, delle qualità del colpevole e dell'entità del prodotto o del profitto conseguito dal reato";

– il D.Lgs. 15 gennaio 2016, n. 7 (artt. 3 – 5), che ha abrogato varie fattispecie di reato previste a tutela della fede pubblica, dell'onore e del patrimonio e, se i fatti sono dolosi, ha affiancato al risarcimento del danno, irrogato in favore della parte lesa, lo strumento afflittivo di sanzioni pecuniarie civili, con finalità sia preventiva che repressiva (il cui importo è determinato dal giudice sulla base dei seguenti criteri: gravità della violazione, reiterazione dell'illecito, arricchimento del soggetto responsabile, opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze dell'illecito, personalità dell'agente, condizioni economiche dell'agente).

Un'ultima notazione: quando l'illecito incide sui beni della persona, il confine tra compensazione e sanzione sbiadisce, in quanto la determinazione del quantum è rimessa a valori percentuali, indici tabellari e scelte giudiziali equitative, che non rispecchiano esattamente la lesione patita dal danneggiato. La recente Cass. n. 1126 del 2015 ha visto nella "gravità dell'offesa" un "requisito di indubbia rilevanza ai fini della quantificazione del danno non patrimoniale".

8.– Queste le ragioni che inducono il Collegio a giudicare opportuno un intervento delle Sezioni Unite sul tema della riconoscibilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi.

*P.Q.M.*

La Corte, visto l'art. 374 c.p.c., comma 2, rimette gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite, in quanto implicante la soluzione di una questione di massima di particolare importanza. – *Omissis*.

## Riparazione e punizione nella responsabilità civile

Adolfo di Majo

L'Autore aderisce alla prospettazione della ordinanza interlocutoria nella misura in cui essa, muovendo dalla evoluzione che, anche alla stregua del diritto transnazionale, ha subìto il concetto di "ordine pubblico" quale limite al riconoscimento di sentenze straniere (art. 64, L. n. 218/1995), ritiene che la funzione riparatoria – compensativa, seppure prevalente nel nostro ordinamento, non sia coperta da garanzia costituzionale e, in ogni caso, non sia l'unica attribuibile al rimedio risarcitorio.

### L'inserimento del prodotto giudiziale straniero

Il problema dell'ammissibilità dei c.d. "danni punitivi" arriva alle Sezioni unite della Cassazione per la via traversa della delibazione di provvedimenti stranieri che a tale figura fanno riferimento e con il limite della nota clausola di salvaguardia "dell'ordine pubblico". Com'è noto, la clausola di salvaguardia (del rispetto) dell'ordine pubblico è rimasta indenne allo smantellamento del giudizio di delibazione ed è viva nel procedimento riguardante il riconoscimento di sentenze straniere nel sistema italiano di diritto internazionale privato (art. 64, L. 31 maggio 1995, n. 218).

La via scelta (dell'occasione) del riconoscimento di sentenza straniera, in ordine al problema dell'ammissibilità (del risarcimento) dei c.d. danni punitivi, è una scelta, a suo modo, intelligente, dacché essa si sottrae al ben più complesso e arduo compito di affrontare, in via diretta, una diversa "lettura" del nostro sistema di responsabilità civile, per affermare che esso non è d'ostacolo alla introduzione nel nostro ordinamento di "un prodotto giuridico straniero", come quello che va sotto il nome (del riconoscimento) dei c.d. danni punitivi.

Si tratta, in altre parole, di "ospitare" nel nostro ordinamento un prodotto giuridico "diverso", non incompatibile con il principio dell'"ordine pubblico".

Alla riuscita di tale operazione ben si prestava e si presta (visto che si chiede l'intervento delle Sezioni unite, su "di una questione di massima di particolare importanza") una diversa interpretazione (del principio) "dell'ordine pubblico" rispetto a quella finora operante.

È dato osservare come per una diversa lettura del principio dell'"ordine pubblico" si sia messo in moto l'articolato apparato motivazionale del giudice remittente con riguardo al rimedio risarcitorio, così come incastonato nell'istituto della responsabilità civile. Il che non è da meravigliare, dacché v'ha diretta connessione, così come postulato da numerosi precedenti della stessa Corte di cassazione (e in particolare da Cass. n. 1183/2007 regolante un caso analogo a quello oggetto della attuale ordinanza) tra il modo come si pone il rimedio risarcitorio nel nostro ordinamento e lo sbarramento costituito "dall'ordine pubblico", ormai non più affidato all'ufficioso enunciato dell'art. 31 delle pre-leggi ma, più dimessamente, a livello "di soli effetti", ora riemerso in una legge ordinaria (l'art. 64, L. n. 218/1995).

E, se anche nella parte motivazionale, il giudice remittente, quale *excusatio non petita*, mette, per così dire, le mani avanti nel senso che quanto dovrà essere oggetto di decisione avrà "una limitata incidenza sul piano del diritto interno", è portato tuttavia a riconoscere che occorrerà pur sempre tenere nel debito conto "la evoluzione della tecnica di tutela della responsabilità civile verso una funzione anche sanzionatoria e deterrente" (così come del resto già ammesso da Cass. n. 7613/2015).

Verso tale esito, secondo il giudice remittente, testi-

moniano numerosi indici normativi, tutti puntualmente elencati e cospiranti verso "sembianze punitive" del rimedio risarcitorio, e che vanno dalla nuova regolamentazione dell'art. 96 c.p.c. sulla condanna del soccombente alle spese di lite e, più lontano, all'art. 12 della legge del 1948 sulla diffamazione a mezzo stampa fino all'art. 709 *ter* c.p.c. sull'esercizio della responsabilità genitoriale.

Ma, ciò premesso, resta fermo, a nostro avviso, come proprio la scelta della c.d. legge "di conflitto" è quella più recettiva per tale scopo, a fronte della normativa interna, e ciò nel senso che il principio "dell'ordine pubblico", così come recepito nel diritto vivente del diritto internazionale privato, non può ormai più ridursi al solo "diritto interno" ma deve essere espressione ormai di un ordinamento, quale il nostro, che ha riguardo a diversi ordini di fonti, anche transnazionali, e tra le quali campeggia la Convenzione sulla protezione dei diritti dell'uomo e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Se è pacifico dunque che il principio "dell'ordine pubblico" non ha riguardo tanto alle norme imperative e/o inderogabili del diritto interno ma è tale da coincidere con i principi più generali da esso desumibili, specie riguardato nei suoi valori essenziali, così come riconosciuti nella Carta costituzionale, è più che conseguente ritenere che l'ordine pubblico non ha più riguardo al solo aspetto "interno" dell'ordinamento ma a quale esso si pone anche in rapporto alle fonti transnazionali descritte, così da poter meritare la qualificazione di "ordine pubblico internazionale".

Sono i principali passaggi percorsi dall'ordinanza commentata.

Ma l'ordinanza si spinge anche oltre, nella scelta di un approccio più ravvicinato al *thema probandum* e che è quello della compatibilità o meno (della previsione) dei danni punitivi con il nostro ordinamento.

E il contesto cui si ha riguardo è quello della circolazione delle regole giuridiche, nella prospettiva "della globalizzazione" degli ordinamenti giuridici in senso transnazionale, onde è anche, a tale stregua, che va interpretato lo "sbarramento" costituito dall'ordine pubblico.

"Globalizzazione" dunque non solo delle merci ma anche delle regole proprie di ciascun ordinamento.

E, in realtà, il principio "dell'ordine pubblico" non può essere d'ostacolo all'introduzione di regole giuridiche "diverse", che *telles quelles* non trovino rispondenza nel nostro ordinamento, e ciò all'insegna "della circolazione delle regole giuridiche", obiettivo auspicabile specie in una prospettiva, anche di raffronto comparatistico, tra ordinamenti.

Ma è questo solo un primo passo, tale da ritenere che la stessa struttura del nostro sistema di responsabilità civile non può essere d'ostacolo a ricevere un "prodotto giudiziale diverso", come quello costituito dal risarcimento avente "sembianza punitiva".

È un primo passo, che si realizza sul terreno delle norme di conflitto, principale veicolo per la circolazione delle regole giuridiche, ma che è certo tale da esigere anche rispondenza in un diverso modo di riguardare natura e finalità del rimedio risarcitorio e ciò al prezzo di "contaminare" anche l'istituto destinato ad "ospitare" il "prodotto giudiziale straniero".

L'ordinanza qui commentata va dunque alla ricerca (della consistenza) dello "zoccolo duro" costituito dal principio "dell'ordine pubblico".

Ed ha facile gioco nell'escludere che tale possa essere costituito dal "solo fatto che il legislatore ordinario abbia esercitato la propria discrezionalità in una determinata direzione, con riferimento a materie e istituti giuridici, la cui regolamentazione non sia data direttamente dalla Costituzione ma sia rimessa allo stesso legislatore... "in presenza di una riserva di legge o entro certi limiti di norme costituzionali programmatiche".

Si è detto che tale è un ostacolo quasi apparente, come bene evidenziato dalla dottrina, giacché l'ambito "dell'ordine pubblico" non è certo segnato da quello in cui opera la discrezionalità del legislatore in materia non costituzionalizzata. Giacché, la libertà del legislatore in tale ambito sarebbe anche il segno di una analoga libertà di ospitare "prodotti giudiziali stranieri". Di tale risposta si fa eco anche la ordinanza.

Ma forse l'argomento prova troppo.

Anche la discrezionalità del legislatore, che opera a 360 gradi in materia non costituzionalizzata, può frapporre limiti ed ostacoli nella misura in cui essa abbia dato vita ad istituti che, oltre ad avere solo indiretta rispondenza nel programma costituzionale, hanno però ben più stabili radici nella nostra tradizione giuridica e/o in ciò che si può definire la sua componente identitaria. Onde l'introduzione del "prodotto giudiziale straniero" potrebbe assumere il ruolo di un prodotto quanto meno abnorme e sicuramente "dissonante" per il nostro ordinamento.

In tal senso, si ripete, anche il richiamo all'idea della globalizzazione e della circolazione delle regole giuridiche finirebbe col provare troppo e cioè di non tenere conto della "resistenza" opposta dall'ordinamento giuridico ospitante al "prodotto giudiziale straniero".

Così come, per altro verso, anche un ostacolo alla ricevibilità del "prodotto giudiziale straniero" potrebbe essere rappresentato da quelle che potrebbero definirsi le conseguenze e/o le implicazioni da "esso derivanti" ove esse, in quanto conseguenti ad un particolare apprezzamento "delle circostanze del caso di specie e dell'ordinamento giuridico dello Stato membro del giudice adito" dovessero comportare (ad es. sul piano della liquidazione del danno) conseguenze "abnormi". A tale aspetto peraltro sembra oggi far riferimento il nuovo testo dell'art. 64, L. n. 218/1995).

E in tal senso v'è un chiaro riferimento nell'art. 32 dei "Considerando" del Reg. CEE n. 864/2007 regolante la legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (c.d. Roma II). Il "considerando" prevede che lo Stato membro possa introdurre deroghe all'applicazione della norma comunitaria per "considerazioni di pubblico interesse, in circostanze eccezionali", "ove appunto la introduzione del "danno punitivo",

tenuto conto "delle circostanze del caso di specie e dell'ordinamento giuridico dello Stato membro del giudice adito "abbia a produrre il riconoscimento di danni risarciti aventi carattere esemplare o punitivo di natura eccessiva".

L'ordinanza richiama il "considerando", valutando che effettivamente, ove l'introduzione del prodotto giudiziale straniero, per la sua concreta applicazione, dovesse produrre conseguenze "abnormi", è destinato ad operare lo sbarramento dell'ordine pubblico.

Tutto ciò premesso, si perviene al cuore del problema e cioè a quello della "resistenza" offerta dal rimedio risarcitorio, quale incastonato nell'istituto della responsabilità civile, ad ospitare "un prodotto giudiziale straniero", che indubbiamente contrasta con la funzione assegnata al rimedio risarcitorio nel nostro ordinamento. Tale funzione, è persino inutile ricordarlo, è di compensare, in termini di equivalenza, il danno materiale provocato, del quale sia stato causalmente responsabile, per dolo o per colpa, il soggetto (art. 2043).

E la distinzione, ormai accreditata anche in giurisprudenza, tra il c.d. danno – "evento" e il "danno" – "conseguenza" è diretta proprio a chiarire che del danno – "evento", proprio in quanto "evento" e cioè accadimento non ulteriormente caratterizzato, non si dà risarcimento mentre, v'ha bisogno che esso abbia prodotto o provocato "conseguenze" e cioè effetti sul terreno patrimoniale e ciò in termini di "perdita subita e di lucro mancato" (art. 1223 c.c.). Per altro verso, la forza attrattiva del concetto di "danno compensativo" è stato, a suo tempo, così pervasiva, da influenzare persino il concetto di "danno non patrimoniale" ove la "conseguenza" in termini di "sofferenza, disagio e/o dolore" ha avuto più la funzione (quasi retorica) di completare e/o integrare una sequenza che si è inteso strumentalmente costruire al fine di giustificare il risarcimento. La menzione di "*pecunia doloris*" è più che significativa al riguardo.

Che una tale ri-costruzione sia stata anche finalizzata ad evitare che, in una area in cui non si dà l'esistenza di un rapporto, bensì di un "contatto casuale" tra soggetti, al giudice sia vietata ogni discrezionalità nel valutare la entità del danno subito, specie sul terreno patrimoniale, a carico del soggetto danneggiante è anche più che evidente. Il preciso onere probatorio che grava sul soggetto danneggiato in ordine alla prova del danno da esso subito, prova la cui esigenza è strenuamente richiesta dalla giurisprudenza, è la conferma di ciò.

A fronte di ciò, ha forse anche poco senso il chiedersi se il riconoscimento di una funzione, anche punitiva, affidata al rimedio risarcitorio venga o meno a porsi in contrasto e a rivelarsi incompatibile con valori ritenuti "essenziali" per il nostro ordinamento, specie se di rilievo costituzionale.

E, se è anche più che evidente che la responsabilità civile, di per sé, non reca in se direttamente un valore costituzionale protetto, è pur vero che, in via indiretta, il principio della tutela contro il danno ingiustamente prodotto può essere desunto, oltre che dalla norma secondo cui ogni diritto è azionabile in giudizio (art. 24 Cost.), anche dalla norma a tutela dei diritti inviolabili dell'uomo e del diritto di proprietà (art. 21 Cost.).

Ma certamente il legislatore costituzionale non si è occupato delle forme e delle modalità della tutela, anche nel senso di evitare che essa abbia a stabilire forme di *over – compensation* a vantaggio del danneggiato e/o di punizione a carico del danneggiante.

Ma a prescindere, in ogni caso, dal confronto con i valori costituzionali è però da chiedersi se l'istituto della resp. civile, così come secolarmente radicato nel nostro ordinamento, venga a soffrire nella sua identità per l'introduzione "di un prodotto giudiziale straniero" che ne rappresenti una variante non insignificante.

Codesto è il problema reale. Ma a risolvere il quale, se serve indubbiamente interpretare diversamente il principio "dell'ordine pubblico", serve altresì da supporto una diversa "lettura" della responsabilità civile, proprio alla stregua del più ampio contesto della tutela dei diritti soggettivi, specie della persona, che abbia a diversamente orientarne l'indirizzo, così come tradizionalmente radicato nel nostro ordinamento.

## Una diversa lettura della responsabilità civile

Una diversa lettura dello istituto della responsabilità civile consentirebbe così di evitare che l'impatto del "prodotto giudiziale straniero" abbia troppo marcatamente a contrastare con la funzione dell'istituto, che è quella, si è visto, riparatoria del danno.

Ed è a questo riguardo che appaiono significative le riflessioni di qualche Autore[1], condivise dal sottoscritto, secondo cui l'istituto della responsabilità civile, proprio per una connotazione sin troppo orientata in senso solidaristico, ha inteso porre l'accento su di un obiettivo appunto che, all'insegna della solidarietà, ha inteso tutelare in modo prioritario il soggetto che ha subito il danno e non già e solo per il pregiudizio della sua sfera dominicale ma perché contrario "al dovere di solidarietà" che incombe sul soggetto che il danno ha provocato[2]. E dove dunque è l'area del danno risarcibile ad essersi notevolmente estesa, al di là dei diritti soggettivi di appartenenza. L'attenzione è dunque rivolta alla posizione del danneggiato più che al comportamento del danneggiante.

Ma è più che evidente che, in tal modo, si è avuto più riguardo "alle conseguenze", prevalentemente in termini patrimoniali, del fatto e/o evento dannoso mentre è rimasto pressocché scoperto il c.d. illecito

[1] V. Busnelli, in *Corriere Giur.*, 2015, 1206 e segg.

[2] È la nota interpretazione che ne ha dato Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, *passim.*

senza danno e/o con danno di consistenza ridotta, specie all'esito delle risultanze probatorie.

Si è dunque venuta a creare una evidente dissonanza tra la componente per c.d. "illecita" e/o antigiuridica del comportamento, avente sovente un grado di notevole gravità, e la sua ripercussione sul terreno del risarcimento.

E, a tacere del fatto, ben sottolineato nella ordinanza, che, in detto modello, è assente ogni profilo di prevenzione e deterrenza (del fatto illecito) giacché, all'esito di esso, il soggetto definito responsabile null'altro rischierà di perdere se non ciò che ingiustamente ha ottenuto, e ciò secondo un'ottica puramente "redistributiva".

Ecco dunque la ragione di un ripensamento, diretto a recuperare il valore e il significato del predicato di "illiceità" della condotta, anche nella direzione della prevenzione e della deterrenza, e ciò a tal punto da ridefinire la dimensione strettamente "quantitativa" del danno rapportato esclusivamente ai valori patrimoniali alterati, in termini "di perdita subita e/o di mancato guadagno" (art. 1223 c.c.).

E, del resto, a tale diversa lettura, specie in sede di diritto europeo, può condurre una riflessione che segna l'allontanamento da un modello sin troppo "manifestamente" ispirato al diritto francese, incentrato, com'è noto, sul "*dommage*" *tout court* colposamente provocato (art. 1382 *code civil*), a prescindere dalla sua "illiceità" mentre, per altro modello (quello tedesco), la risposta significativa non è tanto al danno ma alla "illiceità" della condotta, vieppiù avvalorata dalla sua "antigiuridicità" (par. 823 BGB), e la conseguenza non è il risarcimento ma la restaurazione dello *stato quo ante* (par. 249 BGB)[3].

Ebbene, è da considerare che il cod. del 42, definendo "ingiusto" il danno (art. 2043), a differenza del cod. del 1865 (art. 1151), si è notevolmente avvicinato al modello tedesco, relegando la colpa al ruolo di costituire uno dei criteri (tra altri) di imputazione del danno. Ma di ciò non sembra aver tenuto gran conto la nostra dottrina post codice 1942 più propensa, sul terreno della solidarietà, a tenere indenni i danneggiati dal danno subito e mossa dall'esigenza di ricollocarlo presso chi, in diversa posizione economico-sociale, fosse più in grado di sopportarlo[4]. Di qui a ravvisare nella responsabilità, più che una forma di risposta ad illeciti, principalmente una tecnica quasi neutrale di "allocazione del danno" a carico del soggetto più idoneo, socialmente ed economicamente, a sopportarlo ma, in tal modo, vanificando l'aspetto dell'illecito, al quale pure la responsabilità, intende costituire risposta.

In tale direzione si colloca anche una recente lettura in chiave critica dell'istituto della responsabilità civile, definita "incubatrice" di elargizioni e di benefici anche al di là di diritti espressamente riconosciuti ma in presenza di "interessi giuridicamente rilevanti" e ciò secondo un disegno di politica del diritto, di chiaro segno redistributivo[5].

Ma ancor di più, nel diritto europeo la proposta di introdurre il concetto di "danno giuridicamente rilevante" (*legally relevant damage*) e cioè di una "clausola di chiusura", che è tale da fungere da polo d'attrazione delle varie "conseguenze" che si intendono collegare al fatto di responsabilità, è tale da contrassegnare una inversione di rotta rispetto al modello del "danno" che intende essere (solo) l'equivalente della perdita subita. Ed è in ordine alla definizione di "danno giuridicamente rilevante" che possono essere determinanti fattori tra i quali "il fondamento dell'imputazione, la natura e prossimità del danno, le aspettative ragionevoli di colui che il danno subisce o incorre nel pericolo di subirlo" e che ormai assegnano al risarcimento svariate funzioni[6].

È più che evidente come, in tal modo, anche l'aspetto punitivo può essere considerato una funzione del rimedio, che intende essere "fair ad reasonable" proprio rispetto ai fattori che hanno segnato la rilevanza giuridica del danno. In altre parole tra fattispecie e rimedio v'è stretta convergenza nel senso che proprio il giudizio "di rilevanza" del danno, derivante dai fattori descritti, richiama la risposta di un rimedio adeguato (appunto in termini non solo di riparazione).

Ma quale la ricaduta, occorre chiedersi, di una siffatta lettura nel nostro ordinamento? È evidente che, in esso, è il requisito della "ingiustizia" (art. 2043 c.c.) ad essere alla base del giudizio di responsabilità. Ma è anche conseguente ritenere che l'ingiustizia, pur se riferita al danno, non può essere indifferente alla connotazione soggettiva del comportamento (in termini ad es. di gravità di esso).

E, in tal modo, anche il rimedio dovrà corrispondere, in termini di "ragionevolezza ed adeguatezza", al bisogno di tutela che il fatto illecito esprime. E non è escluso che una parte di esso abbia a caricarsi anche di una funzione per c.d. "punitiva" del comportamento

---

[3] Più in particolare un chiaro Autore (Busnelli, in *Corriere Giur.*, cit., 1206 e segg.) ha posto in evidenza la criticità, *in subjecta materia*, del nostro impianto codicistico che, si pone sulle orme del modello francese, il quale sembra ignorare l'aspetto della iniuria arrecata e ciò a fronte della "centralità" occupata dalla nozione di "colpa" (*faute*) e per effetto della quale ogni danno, purché causalmente provocato, va risarcito. Ad esso invece si contrappone, come si è detto, il modello tedesco imperniato sul concetto di illecito (*Unerlaubte Handlung*) (par. 823 BGB) e qualificato non solo dal danno arrecato a diritti nominati ma dalla intrinseca "antigiuridicità" (*Widerrechtlichkeit*) del comportamento del soggetto, intesa come violazione di un dovere.

[4] V. Rodotà, *op. cit.*, *passim*. Ma in critica al richiamo alla "clausola generale" ispirata alla solidarietà v. Castronovo, *La nuova Resp. Civile*, Milano 2006, 21 segg.

[5] Così Nivarra, *Rimedi, un nuovo ordine del discorso civilistico*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2015, 609. Tratterebbesi, in sostanza, di un luogo in cui è più facilmente consentito alla discrezionalità del giudice di re-distribuire vantaggi ed utilità in occasione di accadimenti dannosi.

[6] È il progetto di regolazione redatto dalla Commissione Von Bar (art. 2.201 n. 2 e 3). Su di esso v. di Majo, *Fatto illecito e danno risarcibile nella prospettiva del diritto europeo*, in *Europa e Dir. Privato*, 2006, 29 segg.

del responsabile[7]. Che il legislatore, nel nostro ordinamento, si sia pre-occupato solo del versante (del risarcimento) del danno (patrimoniale) (art. 2056) non è d'ostacolo a ritenere, come già avvenuto, del resto, sul terreno (del risarcimento) del danno non patrimoniale *ex* art. 2059 c.c. e massimamente con riguardo alla introduzione delle tabelle, così come ricordato nella ordinanza qui commentata, nel qual caso l'elemento del danno, in termini di "conseguenza" sul terreno materiale viene a costituire un elemento prevalentemente *retorico*, tale cioè da giustificare un rimedio, la cui funzione strettamente riparatoria è assai dubbia.

Resta dunque, in definitiva, che la risposta va cercata a livello di "rimedio", ove la fattispecie dell'illecito e dell'offesa da esso arrecata sia tale da manifestare una "rilevanza giuridica" del danno che vada al di là delle "conseguenze" di esso, specie in termini patrimoniali.

**Novella o interpretazione?**

Quale che sia il percorso cui occorre pensare per ottenere il risultato, cui si accenna nel testo, e cioè di una interpretazione "costituzionalmente orientata" (dell'istituto) della responsabilità civile, specie alla stregua del principio di "effettività" della tutela dei diritti e valori menzionati all'art. 2 Cost. oppure quello, ben più difficile a realizzarsi, di una novella legislativa, è argomento su cui riflettere. Venendo al caso di specie, resta comunque che il recepimento di un "prodotto giudiziale straniero", ispirato alla logica della punizione, non ha carattere abnorme e quindi non dissonante con il nostro "ordine pubblico", visto che, in questo, la funzione punitiva non è (da ritenersi) assente (dati i casi espressamente elencati nell'ordinanza) ma neanche contrastata da una interpretazione che si voglia definire "costituzionalmente orientata".

## Danno morale

Cassazione civile, Sez. III, 19 febbraio 2016, n. 3260 – Pres. Ambrosio – Rel. Carluccio – P.M. Russo (conf.) – R.R. (avv.ti Naticchioni e Stellato) – CST Centro Servizi Toro s.p.a. – Fallimento Teli s.p.a. – S.E. *Cassa con rinvio App. Roma 21 luglio 2010.*

**Danni in materia civile e penale – Danni non patrimoniali – Danno morale – Accertamento – Liquidazione – Ammissibilità – Computo percentuale**

*La liquidazione del c.d. danno morale non può mai prescindere dalla prova della sua sussistenza, ma la relativa quantificazione in via equitativa può legittimamente risolversi in una percentuale del danno biologico tabellare. (Massima non ufficiale).*

*Omissis*. – Nell'affrontare l'appello incidentale, la Corte di merito ha premesso che, secondo l'arresto delle Sez. Un. n. 26972 del 2008, il danno morale soggettivo non può configurarsi come conseguenza immediata e diretta della durata e dell'intensità della lesione psicofisica, con la conseguenza che – quando non scompare del tutto – postula una "dimostrazione" e motivazione specifica. Ha rilevato che nella sentenza impugnata tale danno era stato quantificato (in misura ritenuta insufficiente dall'appellante incidentale) in rapporto al danno biologico secondo una certa proporzione aritmetica, quindi con un meccanismo escluso dalla giurisprudenza di legittimità menzionata. Ha concluso che, in assenza di appello (ndr da ritenersi appello principale), l'importo liquidato doveva essere confermato, ma doveva escludersi la elevazione richiesta, non ricorrendone i presupposti. Il ricorrente censura la sentenza, deducendo: una sostanziale omessa pronuncia sul motivo di appello incidentale proposto, con corrispondente lesione delle norme che prevedono la risarcibilità del danno non patrimoniale anche sotto il profilo del danno morale; l'erronea interpretazione della decisione richiamata delle Sezioni Unite, dalla quale, invece, la richiesta di adeguamento dell'importo liquidato a titolo di danno morale soggettivo sarebbe rafforzata. Il motivo è fondato e va accolto.

La Corte di merito ha sostanzialmente omesso di decidere in ordine all'appello incidentale proposto. Ha omesso ogni verifica sulla esistenza delle condizioni per valutare la congruità del danno "morale" liquidato e delle condizioni per riconoscerne o negarne l'aumento. Tanto, sulla base dell'erroneo presupposto che la liquidazione del danno morale soggettivo fatta dal giudice di primo grado attraverso l'individuazione di una proporzione percentuale del danno da lesione all'integrità fisica (cd. danno biologico) integrava la violazione del principio affermato dalle Sez. Un. cit., secondo il quale il danno morale soggettivo non può configurarsi come conseguenza immediata e diretta della intensità della lesione psicofisica. In definitiva, dalla circostanza che nelle sentenza impugnata era stato utilizzato un metodo di quantificazione equitativa del danno "morale" come frazione del danno biologico, ha fatto derivare l'esistenza di un automatismo (vietato sulla base della giurisprudenza richiamata) tra l'accertamento del danno per lesione del bene salute, costituzionalmente tutelato, (danno biologico) e il riconoscimento automatico della lesione di interessi inerenti la persona non presidiati dal suddetto diritto costituzionale alla salute. Interessi, meritevoli di tutela secondo l'ordinamento in ragione della scelta del legislatore di dire risarcibili i danni non patrimoniali cagionati da reato, e, comunque, ricollegabili all'art. 2 Cost., quale diritto all'integrità morale come massima espressione della dignità umana. In tal modo, quello che nella sentenza delle Sez. Un. richiamata costituiva una mera esemplificazione, è divenuto, nell'errata interpretazione estrapolativa del giudice di merito, un principio generale consistente nel divieto dell'utilizzo di quel metodo di quantificazione del danno morale in senso stretto. Infatti, nella decisione di legittimità si metteva in evidenza che con l'uti-

[7] Di "funzione mista" della responsabilità civile, ove una serie di esempi ciò confermerebbero (ad es. l'art. 129 *bis* c.c.) parla Angela Mendola, in *Giur. It*., 2016, 566 segg. Il sottoscritto, ivi, 572, ha preferito parlare di "confini mobili" della responsabilità civile, *ivi* 572 segg.