



GIORGIO DE NOVA

Professore ordinario di diritto civile – Università Statale di Milano

LE NUOVE FRONTIERE DEL RISARCIMENTO DEL DANNO: I PUNITIVE DAMAGES¹

SOMMARIO: 1. *Le frontiere mobili tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale.* – 2. *Sul danno e sulla sua quantificazione.* – 3. *In tema di punitive damages.*

1. – Di Majo e Travaglini, discordi su tutto, concordano tuttavia nel rilevare la tendenza della Cassazione a ridurre il territorio della responsabilità extracontrattuale a favore della responsabilità contrattuale.

Mi chiedo se ciò ha sempre comportato una più razionale tutela di interessi meritevoli.

Perché le qualificazioni interessano in funzione delle differenze di disciplina. E la disciplina della responsabilità contrattuale non è sempre migliore e più adatta di quella della responsabilità extracontrattuale.

Cominciamo dalla prescrizione: cinque anni o invece dieci anni.

Il Presidente Spirito, con la schiettezza che gli è propria, e che lo fa apprezzare da tutti noi, ha detto: per i medici abbiamo parlato di responsabilità contrattuale per avere 10 anni di prescrizione. Per i medici può essere stato un vantaggio ragionevole.

Ma lo è per la responsabilità precontrattuale, essa pure di recente qualificata dalla Cassazione come contrattuale, con la conseguente applicazione della prescrizione decennale?

Se chiedo l'annullamento per dolo la prescrizione è di cinque anni, se in subordine chiedo il risarcimento per dolo incidente la prescrizione è di cinque anni (almeno così ci dice la Cassazione in una sentenza del 1990, la n. 2798, e così ci dice la dottrina): se poi mi giovo della giurisprudenza della Suprema Corte che accoglie la teoria dei vizi incompleti e così rettifica l'equilibrio contrattuale del contratto c.d. sconveniente (anche se esso rimane valido e vincolante), non devo far fatica a provare il dolo e mi limito a parlare di violazione del principio di buona fede nelle trattative: e per di più ho dieci anni di tempo?

Qui francamente a me pare che il sistema non regge, e non si capisce perché si dovrebbero dare dieci anni di tempo al contraente per accorgersi di avere concluso un contratto sconveniente.

¹ Considerazioni conclusive svolte al convegno su "Le nuove frontiere del risarcimento del danno" presso la Corte di Cassazione in data 2 febbraio 2017.

JUS CIVILE



Quanto alla prova della colpa, certo è più agevole la situazione del creditore nella responsabilità contrattuale. Ma il principio della Cassazione, secondo cui è sempre il debitore a dovere provare di avere diligentemente adempiuto, può ragionevolmente applicarsi alla obbligazione senza prestazione? Direi di no.

Quanto ai danni risarcibili, qui è la responsabilità extracontrattuale ad avere una disciplina più favorevole, perché consente il risarcimento dei danni imprevedibili, escluso per la responsabilità contrattuale, salvo il caso estremo (ed interpretato in modo molto restrittivo) dell'inadempimento doloso (che non è l'inadempimento efficiente).

Quanto al danno meramente economico o danno al patrimonio, la prospettiva di renderlo risarcibile in via extracontrattuale con una costruzione ad hoc lascia molto perplessi.

La sentenza De Chirico del 1982 della Cassazione è stata giustamente criticata, ed è rimasta pressoché isolata.

E devo dire che anche l'ipotesi formulata da Di Majo di renderlo risarcibile *sub* art. 2043 per la via dell'ingiustizia del danno, pare a me molto pericolosa.

Meglio tenere fermo il principio della non risarcibilità del danno del patrimonio in via aquiliana.

2. – Prima questione è se ci sia un danno.

Spesso la questione non viene neppure posta, quasi che la risposta sia ovvia, quasi che la domanda vera nasca una volta accertato il danno, e ciò per sapere se il danno sia risarcibile.

Ed invece la questione preliminare della sussistenza del danno deve essere posta.

Il codice non ci parla del danno, ci parla del risarcimento del danno: così all'art. 1223 ("risarcimento del danno per inadempimento").

Solo all'art. 2043 si parla di danno: ma per aggiungere che deve trattarsi di danno ingiusto, così introducendo il tema della risarcibilità.

Parliamo del danno patrimoniale da inadempimento del contratto, per rifarci al tema in relazione al quale si potrebbe pensare che tutto ormai sia chiaro.

Venditore vende a Compratore, ma Compratore non paga. Qual è il danno del Venditore? Consideriamo il mancato guadagno.

Se, risolto il contratto per inadempimento del Compratore, Venditore vende il bene oggetto del contratto con il Compratore ad un terzo allo stesso prezzo, si potrebbe pensare che non vi sia mancato guadagno, e quindi non ci sia danno.

Ma può essere che Venditore abbia in magazzino quel bene senza limiti, o una capacità produttiva illimitata. E dunque poteva vendere sia a Compratore sia a Compratore Due. Ed allora il mancato guadagno c'è: è il lucro che sarebbe derivato dalla vendita a Compratore, e che è andato perso.

L'economista ci dice che per verificare se sussiste un mancato guadagno occorre guardare alla curva dei costi del venditore/produttore: se il venditore/produttore si trova in una curva dei

JUS CIVILE



costi che gli consente di soddisfare tutto il mercato, non si ha perdita di volumi, e dunque non si ha danno. Ma se il Compratore rappresentava una domanda addizionale, si ha perdita di volumi, e quindi si ha mancato guadagno, e danno.

È questo solo un esempio della non banalità del tema della sussistenza del danno.

Più in generale, per accertare se sussista un danno occorre una previa analisi, che consenta di individuare alcuni dati: così quale sia il momento rilevante dell'inadempimento, il mercato di riferimento, il rapporto tra prezzo e valore.

Può essere che il danno non debba essere provato, ma sia *in re ipsa* (penso alla importante decisione della Cassazione in materia finanziaria, secondo cui se l'operatore finanziario fa fare un investimento che non doveva far fare, il danno è *in re ipsa*).

Può essere che il danno sia presunto, come prevede l'art. 14, 2° comma del d. lg. 3/2017 sul danno da illecito anticoncorrenziale, con riferimento espresso al cartello, ma con possibile estensione all'illecito da sfruttamento. Vi hanno fatto cenno il Presidente Rordorf e Palmieri.

Sull'esistenza o meno del danno non patrimoniale si è soffermato il Presidente Travaglini.

Quanto alla quantificazione del danno, la situazione è certo difficile, come ci ha ricordato il Presidente Spirito.

Basti fare un esempio. Sulla base di un medesimo provvedimento dell'Antitrust sono state pronunciate dieci sentenze (tra Milano e Roma) in cause *follow on*. Ebbene, le sentenze in esame giungono a quantificazioni del danno ispirate a criteri diversi (in alcune il danno è da *margin squeeze*, in altre da *overcharge*) e pervengono ad importi del risarcimento lontanissimi tra loro (e senza che ciò sia determinato dalle diverse posizioni di mercato degli operatori coinvolti).

È però eccessivo dire (come da detto il Presidente Spirito) che la dottrina non abbia fatto nulla. Quanto alla responsabilità contrattuale ricordo il libro di Pietro Trimarchi, *Il contratto: inadempimento e rimedi* del 2010, in cui affronta molti profili del *quantum*, tra cui l'alternativa tra interesse negativo e positivo; ricordo il recente volume pubblicato a cura della nostra rivista *Diritto del Commercio Internazionale* degli atti del convegno sulla CTU nel giudizio arbitrale con riferimento al danno da inadempimento contrattuale (in cui si leggono pagine di civilisti e di economisti in dialogo tra loro).

3. – Come giustamente ricordava Scognamiglio, la questione va affrontata in più fasi.

Ma il tema della riconoscibilità di una sentenza straniera che disponga “*punitive damages*” si lega strettamente al tema se anche da noi sia auspicabile che si affermi in via giudiziale e generale il principio secondo cui il convenuto può essere condannato a corrispondere all'attore una somma che prescinda dal danno che l'attore ha subito.

Una osservazione preliminare: il tema non è quello della quantificazione del danno (sia esso patrimoniale o non patrimoniale).

La domanda di “*punitive damages*” è una domanda distinta ed autonoma (come ricordava Sesta), rispetto a quella di risarcimento del danno.

JUS CIVILE



E il tema non è neppure quello della retroversione degli utili: in *Common Law* si dice infatti che *disgorgement is a remedy, not a punishment*.

Veniamo alla riconoscibilità.

Nell'affrontare il tema dei c.d. danni punitivi è opportuno ricordare, sfidando l'ovvio, che il limite dell'ordine pubblico c.d. internazionale vigeva prima dell'entrata in vigore della nostra Costituzione.

Nel commentare l'art. 21 preleggi, intitolato al «limite dell'ordine pubblico e del buon costume» GIORGIO BELLADONE PALLIERI, nel Commentario D'Amelio Finzi, attribuiva all'art. 21 il merito di avere correttamente distinto «il concetto di ordine pubblico interno, ossia delle norme imperative alle quali non può derogare la volontà privata» dal concetto di «ordine pubblico internazionale, ossia di quegli interessi fondamentali propri del nostro Stato che impediscono l'applicazione della legge straniera altrimenti competente».

E dunque sin dal 1942 la dottrina internazionalprivatistica era ben consapevole della necessità di individuare gli «interessi fondamentali dello Stato», che costituivano un limite alla recezione in Italia del diritto straniero.

Questa premessa già induce a dubitare che sia corretto, oggi che la Costituzione è in vigore, ritenere che tutti i principi che costituiscono, per l'Italia, l'ordine pubblico c.d. internazionale siano contenuti nella Costituzione.

È ovvio che nella Costituzione si rinvengono alcuni di tali principi, ma è anche vero che altri principi, che tuttavia integrano l'ordine pubblico internazionale, si trovano nell'ordinamento italiano, al di fuori della Costituzione.

Detto in altre parole, non mi sembra di poter condividere (e lo dico con il conforto della dominante opinione della nostra dottrina internazionalprivatistica) la tesi dell'ordinanza di rimessione secondo cui si dovrebbe «*ammettere il contrasto con l'ordine pubblico soltanto nel caso in cui al legislatore ordinario sia precluso di introdurre, nell'ordinamento interno, una ipotetica norma analoga a quella straniera, in quanto incompatibile con i valori costituzionali primari*».

Si tratta allora di verificare se un generale riconoscimento di *punitive damages* sia o meno contrario ai fondamentali principi del nostro diritto privato.

A me pare debole argomento a favore quello secondo cui in alcuni casi il nostro legislatore prevede il riconoscimento di importi non collegati con il danno.

Si tratta infatti di vedere quale sia la *ratio* di questi casi, e se essa coincida con il fondamento dei *punitive damages*.

Appare ad esempio non opportuno che si porti come argomento a favore l'art. 96, comma 3 cod. proc. civ., che sanziona l'abuso del processo da parte dell'attore quando (come ci ricordavano Scognamiglio e Galli) la principale finalità dei *punitive damages* è quella di ristorare l'attore dei costi di lite, non recuperabili dall'attore in base all'American Rule, secondo cui l'attore sopporta i costi della lite, anche se è vittorioso.

Per altro verso convince poco come argomento contrario l'affermazione secondo cui la re-

JUS CIVILE



sponsabilità civile avrebbe da noi come unica finalità quella reintegrativa del patrimonio.

Anche la responsabilità civile che reintegra il patrimonio risponde ad una funzione deterrente. Se il danno non rimane in capo alla vittima, ma viene spostato in capo all'autore dell'illecito, la ragione giustificatrice non è solo quella di reintegrare il danneggiato, la ragione giustificatrice sta anche nella funzione sanzionatoria e deterrente.

Le ipotesi in cui il nostro ordinamento riconosce che l'attore possa ottenere qualcosa in più del risarcimento del danno vanno dunque esaminate nella loro *ratio*, una per una.

Così, ad esempio, il caso della reversione degli utili può essere visto come finalizzato a rendere "neutra" la percezione di utili da parte dell'autore dell'illecito, piuttosto che come "sanzione".

È al riguardo interessante notare che in *Common Law* si è a lungo ritenuto che in caso di *breach of contract* si deve guardare al *loss* dell'attore piuttosto che al *profit* del convenuto. Oggi si comincia a riconoscere che in alcuni casi si può considerare il *profit* del convenuto, ma, appunto, in alcuni casi in altri no.

È interessante notare che il problema dei *punitive damages* si è posto anche con riferimento all'arbitrato internazionale, in particolare con riferimento ai casi di "*opportunistic breaches of contract*". Ebbene, la conclusione è negativa: si ritiene che la competenza degli arbitri internazionali non si estenda a rimedi "punitivi".

In conclusione, il punto è se il riconoscimento in via generale all'attore di somme non collegate al danno da lui subito possa essere affidato al diritto giurisprudenziale, o debba essere invece fondato volta a volta sulla previsione del legislatore (come ricordava SESTA).

Le Sezioni Unite sono chiamate, inevitabilmente, ad una pronuncia di portata generale, quella della "riconoscibilità o meno delle sentenze straniere comunitarie di danni punitivi" (così l'ordinanza).

Di qui, a me pare, la necessità di una particolare cautela. Perché se la risposta fosse affermativa qualsiasi sentenza straniera che preveda il risarcimento di danni punitivi sarebbe domani riconoscibile, quale che sia il fondamento in quella sentenza del riconoscimento di *punitive damages*.

Ed è facile prevedere che, in seguito ad una risposta affermativa delle Sezioni Unite, di fatto si finirebbe per ammettere che possa anche nel diritto interno affermarsi un principio giurisprudenziale di riconoscibilità generale dei c.d. "danni punitivi". Cosa di cui non credo noi si abbia alcun bisogno.

Anche perché, come ricordava il Consigliere Perrino e come accennava anche Scognamiglio alla fine della sua relazione, si pone sullo sfondo il problema della prevedibilità delle future sentenze.

* * *

Una considerazione finale.

Il Presidente Canzio ci ha ricordato la necessaria dialettica tra nomofilachia e inquietudine del giurista e del giudice, che sa di dover rispondere alle nuove esigenze che emergono.

Equilibrio difficile: al quale si può pervenire se l'applicazione del diritto è anche *Rechtsfortbildung*, cioè costruzione di un nuovo diritto in continuità con il diritto vigente.