

PRESENTAZIONE

Il volume raccoglie gli atti del seminario svoltosi a Palermo il 9 giugno del 2017 per celebrare i settant'anni del nostro Maestro, Salvatore Mazzamuto. In quell'occasione si sono dati appuntamento attorno al Festeggiato alcuni colleghi – ma prima ancora amici – siciliani, di scoglio o di mare aperto, come avrebbe detto Vittorio Nisticò, storico direttore de “L’Ora” di Palermo, per discutere di un tema – *I mobili confini del diritto privato* – straordinariamente attuale. Il richiamo alla felice immagine di Nisticò risulta, nel caso del Maestro, del tutto appropriato, perché Salvatore Mazzamuto, pur avendo girato il mondo, ha sempre molto tenuto alle radici isolane, e, anzi, ha fatto del legame con la terra d'origine un elemento di forza della sua personalità, umana e culturale. Trasferitosi presso la Facoltà giuridica dell'Università di Roma Tre a metà degli anni '90 del secolo scorso, Mazzamuto approdava nella Capitale dopo oltre un ventennio di milizia palermitana, durante il quale, insieme con altri, aveva posto le basi per un profondo rinnovamento, scientifico e istituzionale, della tradizione locale. Si spiega così il senso dell'omaggio che chi scrive ha voluto tributargli, ritagliando uno spazio specificamente siciliano nel quadro delle onoranze culminate nel convegno romano su *Processo e tecniche di attuazione dei diritti (A trent'anni dal convegno palermitano)* svoltosi a Roma il 17 e il 18 novembre del 2017.

Un sincero ringraziamento va al prof. Enrico Camilleri, presidente della Scuola delle Scienze giuridiche ed economico-sociali, al prof. Aldo Schiavello, Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza e al Prof. Antonello Tancredi, coordinatore del Dottorato internazionale in “Pluralismi giuridici” per il fattivo apporto alla realizzazione dell'iniziativa, segno anch'esso della traccia indelebile lasciata da Mazzamuto nella sua sede d'origine.

Palermo, 20 novembre 2017.

Luca Nivarra, Armando Plaia

IL SENSO DI UNA INIZIATIVA

di *Alfredo Galasso*

Il senso di questa iniziativa è semplice da esporre. Festeggiamo nella Sua città e nella Sua Università, i settant'anni di Savino Mazzamuto insieme agli amici e ai colleghi che gli sono stati vicini in un lungo percorso accademico e di amicizia personale; la Sua Università, perché da vent'anni ha scelto di insegnare nell'Università di Roma Tre, Savino ha mantenuto le radici accademiche e culturali, oltre che familiari, a Palermo e dintorni. Gli viene dedicata una giornata di riflessione su un tema suggestivo e certamente appropriato agli studi e alle esperienze scientifiche e professionali del festeggiato, peraltro con Lui da me condivise.

Un ricordo, meglio una testimonianza, risale a quasi mezzo secolo fa. Quando venne a recapitarmi un messaggio di Salvatore Puleo, che Lo aveva incontrato a Catania e insegnava Istituzioni di diritto privato alla Facoltà di Giurisprudenza di Palermo, il giovane Mazzamuto portò con Sé la tesi con cui si era laureato nell'Università etnea; una tesi di procedura penale, che in realtà era una tesi di teoria generale del diritto. La lessi subito e rimasi sorpreso non solo dalla puntualità della esposizione quanto dalla originalità della trama, inconsueta in un neolaureato. Oggi posso confermare che si trattava già di un apprezzabile contributo scientifico, cui naturalmente ne sono seguiti molti altri, ma di questi si occuperanno i relatori seguenti, in particolare so che ne parlerà Alba Alessi.

Da quel lontano giorno il mio rapporto con Savino Mazzamuto si è sviluppato in modo continuativo, posso dire senza interruzioni, innanzi tutto sul versante scientifico. I confini del diritto privato da me e da Lui sono stati indagati con curiosità e con attenzione: il diritto bancario (avevo partecipato a un concorso di diritto bancario nel quale mi era stato suggerito di seguire il cammino dei civilisti), le materie lavoristiche (da entrambi insegnate nel corso degli anni e anche Savino fu consigliato di proseguire nella stessa direzione), la storia del diritto, lo stesso diritto pubblico, i cui confini con il diritto privato tratterà Guido Corso. Il primo libro di Savino, desidero citare soltanto quel-

lo, concordammo che fosse destinato ad un argomento, l'attuazione degli obblighi di fare, che ha costituito una sorta di anteprima di studi in materia impegnando autorevoli civilisti come Adolfo Di Majo. Lo stesso Mazzamuto è ritornato sulla questione, teorica e pratica insieme, non disdegnando affatto di confrontarsi con lo spinoso processo civile e, in veste di legislatore, proponendo una importante modifica del codice di rito.

Tuttavia, i confini mobili del diritto privato, i confini che hanno varcato il nostro territorio e il nostro ordinamento e sui quali Savino ha dato e prosegue a dare non saggi ma testi fondamentali, offrendo una visione moderna e metodologicamente avanzata del diritto privato europeo, sono stati uno stimolo permanente per aggiornare un sistema concettuale, prima che normativo, che correva e corre tuttora il rischio di invecchiare; uno spirito critico immune da dogmatismo eppure attento alle esigenze sistematiche e ricostruttive, ad esempio a proposito delle decantate sentenze quadrigemellari sui danni non patrimoniali, da Lui commentate.

Dicevo del mio lungo rapporto di colleganza e amicizia con il giovane settantenne festeggiato.

L'amicizia, ancor più la colleganza accademica, come recitava un'arguta battuta di un famoso comico, è come il vino, con il trascorrere degli anni o migliora o va a male. Con Savino ci ritroviamo a parlare o a incontrarci, pur dopo mesi di silenzio, quasi ci fossimo sentiti o visti il giorno precedente. E abbiamo sperimentato in epoche diverse ma non distanti incarichi e compiti comuni, accademici e istituzionali: la direzione dell'Istituto di diritto privato, poi Dipartimento, a Palermo, il Consiglio Superiore della Magistratura, l'esperienza parlamentare per me e governativa per Lui. Insomma, abbiamo ricoperto da giuristi ogni possibile ruolo di un difficile mestiere, professori, avvocati, giudici, legislatori. In ciascuna di queste vicende da noi attraversate in momenti spesso complicati per la vita del Paese, non è mai mancata una reciproca consultazione fondata su una fiducia ragionata e nutrita di valori condivisi. Frattanto, con Savino e con Alba Alessi, non abbiamo trascurato l'insegnamento, pubblicando e diffondendo nelle aule universitarie il primo Manuale ipertestuale del diritto privato.

Qui, oggi, però desidero soprattutto sottolineare il nostro comune obiettivo volto fin dall'inizio alla crescita e all'affermazione di quella che secondo me impropriamente è stata definita la "scuola" palermitana. Quando Savino iniziò la Sua carriera accademica, la nostra Facoltà era se non sconosciuta in ogni caso marginale rispetto alla comunità scientifica nazionale. Io non ero un Maestro, né supponevo di esserlo, fra l'altro non ero neppure un professore ordinario; semplicemente ambivo di uscire da quell'isolamento, con Savino, Alba Alessi, poco dopo Silvio Mazzaresè, contavo di presentare studiosi e studi ca-

pacì di competere con studiosi e studi di ben maggior tradizione.

Questa impresa è riuscita e ne sono orgoglioso. Luca Nivarra, che da questa “scuola” proviene, in uno scritto recente, sembra rimproverarmi di essermi a un certo punto allontanato per occuparmi di altro (il CSM e il Parlamento, cioè la politica per dirla sbrigativamente) e riconosce al prof. Mazzamuto di avere costruito la “scuola” palermitana. Ora, essendo indubitabile che quale Direttore del Dipartimento di diritto privato, successivamente Preside della Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Palermo e in primo luogo privatista autorevole, Savino ha determinato un salto nella (rap)presentazione dei colleghi e ricercatori palermitani tra gli anni Ottanta e Novanta, Luca dimentica che proprio un richiamo di Savino e Alba mi indusse a riprendere la cattedra di Istituzioni di diritto privato nella mia Città e che con ambedue abbiamo stimolato e favorito il successo scientifico e accademico di un notevole gruppo di civilisti, cui è attribuita una presenza e una legittimazione nel circuito nazionale e internazionale.

Per averne conto basta leggere la citazione dei professori universitari di diritto civile succedutisi a Palermo nel corso di due secoli, nel volume dedicato alla Facoltà di Giurisprudenza dell’Ateneo palermitano e pubblicato nel 2007.

Concludo il mio intervento introduttivo spiegando, come feci molto tempo addietro in un saggio sulla Rivista critica del diritto privato, che non credo alle “scuole”: a Roma come a Messina, per richiamare celebrate “scuole”, i giuristi eccellenti lì nati e cresciuti non mi pare fossero riconducibili all’opera di un (comune) capostipite e neppure a un (comune) metodo scientifico.

Dunque non rivendico alcun titolo di fondatore.

Mi limito a manifestare ai colleghi che c’erano e a quelli che ci sono il mio compiacimento per ciò che esprimono nel proprio lavoro di studiosi e docenti e a ringraziare Savino per quanto ha fatto e insiste nel fare, accanto a loro.

LA CASSAZIONE E IL *PUNITIVE DAMAGE*: UN MONDO PICCOLO PER GRANDI DANNI

di *Luca Nivarra*

SOMMARIO: 1. Gli argomenti del giudice remittente. – 2. L'ordine pubblico globalizzato e il *cloud* assiologico. – 3. L'art. 23 Cost.: "riconoscere" e "applicare". – 4. Perché scomodare la responsabilità civile? – 5. Segue. – 6. La pronunzia delle SS.UU. – 7. Ancora la responsabilità civile. Conclusioni.

1. *Gli argomenti del giudice remittente*

L'ordinanza con la quale è stata rimessa al Primo Presidente della S.C. la questione relativa alla possibilità di riconoscere *ex art.* 64 L. 218/1995 una sentenza straniera di condanna al pagamento dei c.d. danni punitivi offre il destro per alcune rapide considerazioni che si propongono il solo scopo di contribuire ad un migliore inquadramento del problema.

Ad avviso della S.C., là dove «*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, dal sistema di tutela approntati a livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria*», deve ricavarsene una «*evoluzione del concetto di ordine pubblico (che) segna un progressivo e condivisibile allentamento del livello di guardia tradizionalmente opposto dall'ordinamento nazionale all'ingresso di istituti giuridici e valori estranei, purché compatibili con i principi fondamentali desumibili, in primo luogo, dalla Costituzione ma anche dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e, indirettamente, dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*». Aggiunge poi la Corte – e si tratta di un passaggio decisivo nell'economia del suo ragionamento – che «*se è acquisito che l'ordine pubblico è costituito non dalle singole norme del nostro ordinamento, ma dai principi*

fondamentali di esso ... , non è chiaro come individuare l'esistenza di tali principi e, in particolare, se sia possibile individuarli immediatamente nelle norme di legge ordinaria ... 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) ... Se il legislatore è libero di atteggiarsi come meglio ritiene, allora potranno avere ingresso prodotti giudiziari stranieri applicativi di regole diverse, ma comunque non contrastanti con i valori costituzionali essenziali o non incidenti su materie disciplinate direttamente dalla Costituzione». Orbene, poiché «la progressiva riduzione della portata del principio di ordine pubblico, tradizionalmente inteso come clausola di sbarramento alla circolazione di valori giuridici ... 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», ne discende che «il giudice della delibazione, al quale è affidato il compito di verificare preventivamente la compatibilità della norma straniera con tali valori, desumibili direttamente da norme e principi sovraordinati (costituzionali e internazionali), dovrà negare il contrasto in presenza di una mera incompatibilità (temporanea) della norma straniera con l'assetto normativo interno, quando questo rappresenti una delle diverse modalità di attuazione del programma costituzionale, quale risulti dall'esercizio della discrezionalità del legislatore ordinario in un dato momento storico. Si tratta di un giudizio simile a quello di costituzionalità, ma preventivo e virtuale, dovendosi 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».

2. L'ordine pubblico globalizzato e il cloud assiologico

Come è facile vedere, l'ordinanza accoglie una nozione minimale di «ordine pubblico», del tutto in linea con lo spirito dei tempi. La globalizzazione, infatti, impone il passaggio da un uso performativo del filtro ad un suo uso, per così dire, residuale. Nella prima versione, marcatamente statalista, l'ordine pubblico esige una almeno tendenziale corrispondenza di principi, valori, istituti; nella seconda versione, al contrario, ci si può accontentare di una non plateale difformità rispetto ad un nucleo duro di principi e di valori, desumi-

bili da fonti di rango superiore. Più in particolare, secondo i giudici del S.C., il *test* al quale sottoporre il prodotto giudiziario straniero¹ è quello della mera incompatibilità (ovvero, in positivo, della potenziale conformità), nel senso che il giudice della delibazione dovrà limitarsi ad accertare che l'impossibilità di rinvenire, nel diritto patrio, un istituto omologo, se non identico, a quello veicolato dalla sentenza estera, trovi causa nella scelta, del tutto fisiologica, del legislatore italiano di non regolare quella materia (e, in specie, di non disciplinarla ad immagine e somiglianza del modello straniero) e giammai in una impossibilità normativa di principio. Impostato in questi termini, il ragionamento della S.C. risulta davvero molto seducente per la sua modernità e anche per la sua linearità: In definitiva, se la *Weltanschauung* è unica («i valori del mondo occidentale»)², la circostanza che una loro indiretta applicazione (o una loro non palese effrazione) si consumi, oggi in Florida, o, domani, in qualsiasi altra parte del “nostro” mondo, non può rivestire alcun peso là dove si tratti di radicarne gli effetti all'interno di uno spazio giuridico che, ormai, solo incidentalmente si distingue da quello di origine.

L'idea secondo la quale esisterebbe una sorta di *cloud* assiologico che, al pari di quello informatico, galleggia sulle teste di noi occidentali consentendoci di parlare un'unica lingua giuridica e morale (a questo livello del discorso la linea di demarcazione tra i due piani si assottiglia notevolmente) è molto diffusa e, del resto, di essa si riscontrano ormai numerose epifanie³. L'immediato attingimento ad essa per la soluzione di un problema di ordine pratico, tuttavia, può incontrare lungo il suo percorso qualche inciampo su cui credo sia opportuno richiamare l'attenzione.

In primo luogo, ma qui la S.C. davvero non c'entra, nel senso che la sua presa di posizione si dispone all'interno di un processo di portata epocale, va osservato come ingrediente (o presupposto) fondamentale del *cloud* assiologico sia un'immagine decostruita della Costituzione repubblicana, in base alla quest'ultima si presenta come una mera sequela di principi e valori convergenti nell'unico obiettivo di fondare (*mittelbar* o *unmittelbar*) diritti soggettivi o,

¹ Una vera bruttura linguistica, sia detto con ogni possibile riguardo per i nostri “ermellini”, che fa il paio con i prodotti della ricerca scientifica pretesi in sacrificio dall'ANVUR ogni cinque anni: come non pensare, di fronte a tutto questo, alla *ungebeure Warensammlung*, alla immane raccolta di merci con l'evocazione della quale si apre *Il Capitale*?

² Ai quali espressamente si richiama Cass. penale, 15 maggio 2017, n. 24084 nella sentenza sul pugnale alla cintura del *sikh*.

³ V., in una prospettiva largamente convergente con quella sposata dall'ordinanza, M. GRONDONA, *L'auspicabile “via libera” ai danni punitivi, il dubbio limite dell'ordine pubblico e la politica del diritto di matrice giurisprudenziale (a proposito del dialogo tra ordinamenti e giurisdizioni)*, in *Dir. civ. cont.*, 31 luglio 2016.

in ogni caso, posizioni di vantaggio (“interessi”) riconducibili ai singoli membri della comunità giuridica. Si tratta di un’immagine della Costituzione che non corrisponde al suo originale postbellico, inverteatosi da noi, dopo una lunga gestazione, protrattasi per circa un quindicennio, a cavallo tra gli anni ’60 e gli anni ’70 del secolo scorso. Come mi è già capitato di osservare⁴, la Carta del ’48 non è solo il documento giuridico deputato alla scrittura della forma di stato e della forma di governo, ovvero alla consacrazione di alcune prerogative inespugnabili del privato (così come lo erano state le costituzioni protoliberali), ma è anche un progetto di società. In altri termini, quelle che sono state denominate, con formula felice, le Costituzioni del dopo Auschwitz⁵, si autorappresentano come agenti di una trasformazione sempre possibile degli assetti sociali in essere, ovvero incorporano una concezione del tempo come storia aperta sul futuro. Vero è che quelle stesse Costituzioni fissano alcuni paletti (proprietà, impresa) che, solo a prezzo di letture funamboliche del testo, avrebbero potuto autorizzare il passaggio pacifico ad un modo di produzione diverso da quello capitalistico: ma non è questo il punto decisivo. Il punto decisivo è un altro e cioè che lo stesso capitale, per una serie di ragioni, che vanno dalla presenza sulla scena del mondo di un antagonista dotato di un grande *appeal*, reso ancora maggiore dal contributo decisivo dato alla sconfitta del nazifascismo, alla necessità di allargare la base del consumo, secondo moduli tipicamente keynesiani, si vede costretto ad accettare la sfida del conflitto con il lavoro che non significa “transizione” al socialismo ma, appunto, esposizione al rischio di un minore profitto, come conseguenza di lotte operaie vittoriose che spuntano condizioni di salario (diretto o indiretto) più favorevoli. In questo senso si può dire che le Costituzioni del secondo dopoguerra incarnino un progetto di società: non nel senso, triviale, che esse propongano una univoca direzione di marcia ma, al contrario, nel senso che, attraverso il riconoscimento e la regolazione del conflitto sociale, esse affidano agli attori del conflitto medesimo il compito di ridefinire volta per volta gli equilibri del sistema⁶.

Tutto questo è ormai alle nostre spalle, spazzato via dalla controriforma liberista⁷, la quale, imperniata su una complessa strategia di negazione pro-

⁴L. NIVARRA, *A proposito di “Eclissi del diritto civile” di Carlo Castronovo*, in *Europa dir. priv.*, 2016, 1191 s.

⁵A. NICOLUSSI, *Europa e cosiddetta competizione tra ordinamenti giuridici*, in *La competizione tra ordinamenti giuridici. Mutuo riconoscimento e scelta della norma più favorevole nello spazio giuridico europeo*, (a cura di A. Plaia), Milano, 2007, 28.

⁶Da questo punto di vista, con buona pace di uno dei grandi campioni del pensiero liberale, Karl Popper, le società dei “trenta gloriosi” erano molto più aperte di quelle odierne.

⁷Sul punto mi sono soffermato in L. NIVARRA, *Dalla “crisi” all’“eclissi”, ovvero da un paradigma all’altro*, in *Europa dir. priv.*, 2017, 801 s.