

Seminário Internacional Brasil e Itália: conteúdo de palestras

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes - EJEJF

Rua Raul Pompeia, 101, 7º andar, Centro, Belo Horizonte/MG

CEP 30330-080

Endereço eletrônico: www.ejef.tjmg.jus.br

E-mail: gejur@tjmg.jus.br

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Desembargador José Arthur de Carvalho Pereira Filho

Presidente

Desembargador Alberto Vilas Boas Vieira de Sousa

Primeiro Vice-Presidente

Desembargador Renato Luís Dresch

Segundo Vice-Presidente

Desembargadora Ana Paula Nannetti Caixeta

Terceira Vice-Presidente

Desembargador Luiz Carlos de Azevedo Corrêa Junior

Corregedor-Geral de Justiça

Desembargadora Yeda Monteiro Athias

Vice-Corregedora-Geral de Justiça

Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes

Comitê Técnico

Desembargador Renato Luís Dresch

Desembargadora Lílian Maciel Santos

Desembargador Osvaldo Oliveira Araújo Firmo

Desembargador Paulo Calmon Nogueira da Gama

Desembargador Saulo Versiani Penna

Juiz de Direito Carlos Márcio de Souza Macedo

Diretora Executiva de Desenvolvimento de Pessoas: Ana Paula Andrade Prosdocimi da Silva

Diretor Executivo de Gestão da Informação Documental: Fernando Rosa de Sousa

Produção Editorial

Gerência de Jurisprudência, Biblioteca e Publicações Técnicas - GEJUR/DIRGED

Coordenação de Jurisprudência e Publicações Técnicas - COJUR

Centro de Tecnologia e Mídias Digitais - CETED

Projeto gráfico: Alex Antonio Oliveira Bonfim

SUMÁRIO

LE RECENTI NOVITÀ IN TEMA DI PRECEDENTE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO.....	5
IL RINVIO PREGIUDIZIALE INTERPRETATIVO ALLA CORTE DI CASSAZIONE (ART. 363-BIS C.P.C.).....	14
SERVE ANCORA IL RIMEDIO DEL «SUPERAMENTO DELLA PERSONALITÀ GIURIDICA»?	21
LO STATO DELL'ARTE DEL RISARCIMENTO PUNITIVO NEL DIRITTO ITALIANO	27
DANO PUNITIVO: ESTADO DA ARTE NO DIREITO BRASILEIRO.....	29

LE RECENTI NOVITÀ IN TEMA DI PRECEDENTE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

Laura Baccaglioni

1. Profili introduttivi – 2. La Corte di Cassazione e il suo ruolo nomofilattico – 3. La funzione nomofilattica della Cassazione nelle recenti riforme processuali – 4. (segue). Il nuovo art. 374, comma 3, c.p.c. e il significato della rimessione alle Sezioni Unite

1. Profili introduttivi

Il titolo di questa sessione, che vede convolta la mia relazione e quella del collega Zulberti, sollecita anzitutto una precisazione. Ci si richiama alle novità che hanno interessato il precedente nel settore del diritto processuale civile italiano, senza specificare che si farà riferimento alle sole riforme legislative.

L'omissione è voluta, perché le novità sulle quali ci soffermeremo sono di diverso ordine: da un lato, le riforme normative che il processo civile, specialmente nel grado di giudizio che si svolge davanti alla Corte di cassazione, ha conosciuto negli ultimi quindici anni; dall'altro lato, le nuove tendenze giurisprudenziali che contribuiscono ad assegnare alla Corte di cassazione un ruolo per così dire creativo.

Quanto alle prime, si tratta della legge 40/2006, della legge 69/2009, e infine il d. lgs. 149/2022, che ha introdotto il cd. rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione).

Quanto alle seconde (le nuove tendenze giurisprudenziali), il richiamo è al fenomeno del cd. prospective overruling, che ha fatto ingresso nel nostro ordinamento intorno al 2010, per la verità non solo nel processo civile ma anche in quello amministrativo, ad opera del Consiglio di Stato.

Di questi ultimi due argomenti si occuperà il collega Zulberti.

A me spetta, invece, il compito di inquadrare sistematicamente le novità normative degli ultimi quindici anni.

È opinione tradizionalmente ricevuta quella per cui la giurisprudenza non rappresenti una fonte del diritto in Italia. Si tratta di un'affermazione grosso modo condivisibile.

Appaiono decisive due previsioni costituzionali: quella che assoggetta i giudici alla sola legge (art. 101, comma 2 Cost.) e quella che legittima la distinzione tra organi giudicanti solo in ragione delle funzioni che essi esercitano, senza che tra loro possa essere invocato alcun vincolo gerarchico (art. 107, comma 3, Cost.). Una conferma del fatto che la giurisprudenza non occupi il ruolo formale di fonte del diritto si trae poi dallo stesso art. 1 Preleggi, che nell'elencare le fonti del diritto non cita, per l'appunto, le decisioni delle corti.

Peraltro, sarebbe improprio trarre dalle norme richiamate la conclusione che le pronunce giudiziarie assumano un'autorità di fatto o, se si preferisce, un'efficacia meramente persuasiva – per utilizzare un'espressione cara agli ordinamenti di *common law* – solo perché nel nostro ordinamento non hanno un effetto *stricto sensu* vincolante rispetto ai futuri giudizi.

Si tratterebbe di una affermazione imprecisa, per un verso, e incompleta, per un altro.

Infatti, non v'è dubbio che, proprio parlando di fonti del diritto, sia oggi largamente condivisa l'idea di un ruolo sempre più crescente della giurisprudenza e dell'efficacia di precedente delle decisioni giudiziarie. Nessuno può negare il ruolo fortemente creativo della giurisprudenza, né la dottrina del cd. "diritto vivente", quale risultato della consolidata interpretazione giurisprudenziale delle disposizioni di legge.

In apertura, ho fatto riferimento alla Corte di cassazione (che è uno soltanto degli organi giudiziari del nostro sistema) e ho ricondotto alle riforme che l'hanno interessata un rinnovato interesse sul tema del precedente giurisprudenziale.

Ciò è dovuto al fatto che il valore persuasivo o semi-vincolante (nei termini che dirò) del precedente in Italia riguarda soprattutto le decisioni degli organi di vertice nei distinti settori dell'ordinamento (ossia, per l'appunto, le sentenze di Corte di Cassazione, per il settore civile e penale, e quelle del Consiglio di Stato, per il diritto amministrativo) rispetto a giudici di grado inferiore.

Dunque, l'efficacia cd. verticale del precedente.

Nell'ordinamento italiano è solo rispetto a queste Corti superiori che ci si chiede in che misura le loro pronunce possano condizionare, senza peraltro vincolare in senso stretto, i giudici che si collocano in una posizione inferiore nella struttura giudiziaria.

Prima di esaminare nel dettaglio la questione, giova, però, menzionare alcune ipotesi in cui il precedente ha efficacia vincolante per tutti gli altri giudici.

Si tratta delle sentenze con cui la Corte costituzionale accoglie una questione di illegittimità costituzionale di una norma e delle pronunce della Corte di Giustizia sulla incompatibilità di una norma dello Stato rispetto ai Trattati dell'Unione Europea. Nell'uno e nell'altro caso, le decisioni rese dai due descritti organi determinano il dovere dei giudici di attenersi alla decisione pronunciata, con la conseguenza che, in caso contrario, la decisione successivamente pronunciata deve ritenersi invalida.

Cionondimeno, va osservato che in questi casi non sia corretto discorrere di un vincolo al precedent in a proper sense. Le ragioni si devono ai ruoli affatto particolari rivestiti dalla Corte Costituzionale e dalla Corte di Giustizia. Né l'una né l'altra si occupano di risolvere una lite, ma vagliano la compatibilità di una norma rispetto alla Costituzione o ai Trattati, quando questa questione sia stata sollevata in costanza di una controversia pendente davanti ad altro giudice.

Inoltre, quanto alle sentenze della Consulta, si deve osservare che solo quelle che accolgono la prospettata questione di incostituzionalità sono dotate dell'anzidetta efficacia. Esse sole acquistano la stessa forza abrogativa che si attribuisce ad una legge capace di sostituirla una anteriore. Al contrario, le decisioni che respingono l'eccezione di incostituzionalità non hanno alcuna efficacia vincolante nei confronti dei giudici dell'ordinamento e potranno essere smentite da una successiva decisione, emessa dallo stesso organo.

Invece, quanto alle pronunce della Corte di Giustizia, si deve ricordare che esse, per un verso, si occupano dell'interpretazione di norme sovra-nazionali e, per altro verso, sono emesse da un organo giudicante che non appartiene al sistema giudiziario italiano.

2. La Corte di Cassazione e il suo ruolo nomofilattico

L'indagine sul ruolo che i precedenti della Corte di Cassazione assumono nel nostro ordinamento deve muovere da una riflessione sulla funzione che quest'organo riveste nel nostro ordinamento.

Esso costituisce giudice del grado di legittimità (quello che si svolge, di regola, dopo che la sentenza di primo grado è stata impugnata in appello). È contro la sentenza di appello che è possibile ricorrere per Cassazione e ciò soltanto per ragioni di diritto, vale a dire lamentando violazioni di norme di diritto sostanziale e processuale, che rientrano tra i motivi che l'art. 360 c.p.c. enuncia. L'accoglimento del ricorso da parte della Cassazione comporta di regola l'annullamento della sentenza (fase cd. rescindente) e l'apertura di una nuova fase (di rinvio), ad un giudice del merito, che è chiamato a decidere la causa secondo il principio di diritto enunciato dalla cassazione.

È chiaro che il giudice del rinvio è vincolato al principio che la Cassazione pronuncia.

Ma non è rispetto a questo profilo che viene in gioco il ruolo del precedente che assumono le sentenze della Corte di cassazione.

Al riguardo, va rammentato che la Cassazione non è solo giudice di ultima istanza.

L'art. 65 del r.d. 30 gennaio 1941, n. 142 (noto come legge sull'ordinamento giudiziario, attualmente in vigore), assegna alla Suprema Corte anche il compito di assicurare "l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, nonché l'unità del diritto oggettivo nazionale".

È questa una funzione (definita nomofilattica) che compete alla Corte di Cassazione, in quanto organo di vertice dell'ordinamento giudiziario. Sotto questo profilo, non è casuale il fatto che la norma, lungi dall'essere stata inserita nel c.p.c. o nel c.p.p., sia collocata nella disciplina dell'ordinamento giudiziario.

Le ragioni di questo ruolo assegnato alla Suprema Corte si comprendono se si riflette sulla genesi di quest'organo, che risale all'epoca preunitaria (in cui si contavano 5 Cassazioni, poi ridotte ad una nel 1923) ed è debitrice dell'omonimo istituto, sorto in Francia agli inizi del XVIII secolo.

Piero Calamandrei, che nel 1920 alla Cassazione civile ha dedicato un'opera magistrale, nel ridisegnarne il ruolo, aveva constatato che la pluralità dei giudici che caratterizza l'organizzazione giudiziaria poteva (e può) determinare la formazione di una molteplicità di interpretazioni giurisprudenziali relative ad un medesimo testo normativo: di qui, il rischio, per un verso, di un danno attuale al principio di uguaglianza tra cittadini, presidiato dall'art. 3 Cost., e per altro verso di un danno cd. potenziale all'unità del diritto oggettivo nazionale.

Ecco allora l'idea di costituire un unico organo di vertice, sulla scorta di quello francese, con il compito di garantire l'esatta osservanza della legge ma anche di assicurare l'uniforme interpretazione giurisprudenziale: la Corte di Cassazione è chiamata ad attuare, da un lato, il cd. jus litigatoris (ovvero a decidere dell'impugnazione delle sentenze per sole ragioni di legittimità) e, dall'altro, il cd. jus constitutionis, ovvero a fornire, per il tramite del controllo della decisione, l'esatta interpretazione della legge da attuare nel caso concreto, in maniera da orientare i giudici di giudizi successivi nell'interpretazione di quelle norme.

In questi termini, almeno in astratto, può leggersi la funzione del precedente giudiziario della Cassazione in Italia: esso non si pone in posizione antagonista rispetto alla legge ma contribuisce semmai all'attuazione del principio di legalità e a salvaguardare il principio di uguaglianza (art. 3 Cost.).

Risponde a questa ratio l'Ufficio del Massimario, istituito presso la Corte di Cassazione (art. 67 ord. giud.) con il compito di estrapolare dalle sentenze pronunciate dalla Suprema Corte la cd. massima, ovvero il cd. principio di diritto individuato dalla Corte nel caso concreto. Quest'ultimo può definirsi come la regola juris da applicare al caso concreto, ovvero come un precetto individualizzato, ancorché non collegato al fatto concreto o alla controversia per risolvere la quale esso è stato dettato.

3. La funzione nomofilattica della Cassazione

La centralità, nei termini anzidetti, del ruolo nomofilattico della Suprema Corte è confermata da numerose norme del c.p.c. che disciplinano il giudizio di legittimità.

Essa poi è andata accentuandosi negli ultimi anni, proprio in forza di quelle riforme legislative alle quali ho fatto richiamo in apertura.

Un punto mi pare importante sottolineare fin da ora.

L'accentuazione di questa funzione nomofilattica della Cassazione non si deve ad una consapevole volontà di avvicinare il nostro ordinamento a quelli nei quali, per tradizione, il precedente giudiziario degli organi di vertice ha sempre avuto una portata vincolante.

Si è piuttosto avvertita l'esigenza di un rafforzamento della funzione nomofilattica della Suprema Corte è stato voluto minata dalla crescita esponenziale del numero dei ricorsi in cassazione, e così con l'intenzione di limitare l'accesso alla Corte di cassazione.

In questa sede non si intende verificare se e quanto questo obiettivo sia stato concretamente perseguito. Piuttosto, si vuole stabilire se e come sia stato accentuato il ruolo nomofilattico della Cassazione e in quali termini la sentenza che essa rende divenga vincolante per i giudici chiamati successivamente a decidere di casi identici o simili.

La prima norma che viene in rilievo è l'art. 384 c.p.c. che si occupa dell'enunciazione del principio di diritto da parte della Suprema Corte.

Come accennato sopra, l'esercizio della funzione nomofilattica della Cassazione non si esprime tramite l'intera decisione. Tanto è vero che nell'ordinamento italiano, non assume rilievo normativo la distinzione tra *ratio decidendi* ed obiter dictum della sentenza, come invece avviene negli ordinamenti di *common law*.

È, invece, il principio di diritto, ovvero la *regula juris* che la Cassazione enuncia a valle della sua decisione, ciò con cui si esprime la funzione nomofilattica dell'organo di vertice.

L'art. 384 c.p.c. prevede che questo principio sia espresso dalla Cassazione in ogni caso in cui il vizio lamentato in capo alla sentenza gravata riguardi la violazione o falsa applicazione di norme di diritto ovvero in ogni altro caso in cui la Suprema

Corte risolve una questione di “interesse generale”. In queste fattispecie, cioè, la Cassazione, nel motivare la propria decisione deve esporre come interpretare la regola di diritto da applicare al caso concreto.

A partire dal 2006, l'enunciazione del principio è svincolata dall'accoglimento del ricorso, dovendo essere pronunciato ogni volta che si abbia a che fare con un vizio che attiene alla violazione di una norma di diritto sostanziale, ovvero ogni qualvolta la Cassazione ritenga di risolvere una questione di diritto di particolare importanza. E, ricorrendo questo presupposto, anche se il ricorso è inammissibile.

Il principio di diritto non costituisce più la *lex specialis* per il singolo caso in un contesto a formazione progressiva della decisione (cd. atto di nomopoiesi), destinata ad essere resa dal giudice del rinvio. Piuttosto, esso formalizza una *regula iuris* della decisione ed in ciò il principio di diritto si presenta strumentale rispetto all'esercizio della funzione nomofilattica assegnata alla Corte di Cassazione. Il che risulta tanto più vero se si considera che il principio di diritto mantiene la propria efficacia, quand'anche il successivo giudizio di rinvio, che segue alla cassazione della sentenza, non venga instaurato o per qualche ragione si estingue (art. 393 c.p.c.).

Qualcuno in dottrina ha intravvisto nella modifica dell'art. 384 c.p.c. l'edificazione del valore del precedente giurisprudenziale in Italia. Si tratta però di un'affermazione che va condivisa ma con prudenza.

In primo luogo, giova ricordare che una decisione della Cassazione può contenere una pluralità di principi di diritto, tanti quanti le questioni in punto di esatta interpretazione di legge affrontate nella sentenza, ed a prescindere dal rilievo che essi rivestano nell'economia della decisione.

In secondo luogo, la modalità con la quale l'intento è perseguito risulta diversa da quella adoperata dagli ordinamenti di *common law* in cui opera lo stare decisis, poiché il principio di diritto è del tutto sganciato dal contesto della motivazione della sentenza e, proprio perché ne è avulso, può apparire mentitorio. Non a caso, negli ordinamenti di *common law* è la pubblicazione delle *reasons* che consente l'individuazione della *ratio decidendi*: essa, lungi dall'essere legata ad espresse formulazioni del principio di diritto, è interamente affidata alla libera ricerca dell'interprete.

La funzione nomofilattica della S.C. si esprime poi in un altro istituto, quello del ricorso nell'interesse della legge, previsto dall'art. 363 c.p.c., anch'esso potenziato dal d. lgs. 40/2006, proprio al fine di accentuare siffatto ruolo della Cassazione.

La rubrica legis “Ricorso nell'interesse della legge” è significativa della finalità attribuita a questo istituto: l'interesse al riesame della sentenza non nasce da una concreta (ed ammissibile) impugnazione di parte, né quindi è funzionale ad un mutamento in grado di incidere sugli interessi dei soggetti in causa. Al contrario, il ricorso nell'interesse della legge – che trova i suoi natali nel diritto francese ma che è presente anche in altri ordinamenti come quello spagnolo - mira ad espungere dal mondo giuridico una decisione erronea, per evitare che essa possa condizionare, nella sua valenza di erroneo precedente, il convincimento di altri giudici.

In forza dell'art. 363 c.p.c., la Suprema Corte, talvolta ex officio, talaltra in base ad un ricorso promosso dal Procuratore generale presso la Cassazione, può

formulare un principio di diritto in relazione ad una sentenza che le parti non abbiano impugnato, o alla cui impugnazione esse abbiano rinunciato, ovvero nei confronti di un provvedimento che non sarebbe altrimenti impugnabile.

Il fatto che il ricorso nell'interesse della legge non abbia né la natura né gli effetti di un'impugnazione emerge dalla circostanza che il principio di diritto pronunciato in questo caso non produce effetti rispetto alle parti del provvedimento (vuoi perché quest'ultimo non è stato impugnato o non era impugnabile, vuoi perché vi sia stata una rinuncia all'impugnazione). Il ricorso nell'interesse della legge dimostra, anzi, come nell'intenzione del legislatore l'esercizio della funzione nomofilattica possa prescindere da quello della funzione schiettamente giurisdizionale (una funzione di nomofilachia consultiva, come è stato scritto).

Nell'ottica di accentuare il ruolo nomofilattico della Cassazione si muoveva anche l'art. 366-bis, introdotto dal d. lgs. 40/2006 e poi abrogato dalla legge 69/2009. La norma onerava la parte impugnante di redigere il proprio ricorso per Cassazione individuando per ogni motivo di impugnazione il cd. "quesito di diritto" da sottoporre alla S.C. L'intento perseguito dal legislatore era chiaro: si trattava di agevolare la Cassazione nella funzione di enunciazione del principio di diritto.

L'innovazione legislativa ha però avuto vita breve: nella prassi si è rivelata un vero e proprio insuccesso, a causa dell'eccessivo formalismo e della rigidità che aveva contraddistinto l'impiego fattone dalla Cassazione. L'onere di enunciare il quesito di diritto è stato abrogato dalla legge 69/2009, che però ha inserito un nuovo motivo di inammissibilità del ricorso per cassazione.

Prevede oggi l'art. 360-bis c.p.c. che il ricorso per cassazione sia rigettato in rito se il provvedimento impugnato abbia deciso le questioni di diritto in modo conforme rispetto al costante orientamento della Suprema Corte, e l'esame dei motivi di ricorso non offra elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa.

Il ricorrente è tenuto, allora, ad illustrare nella propria impugnazione quale sia l'orientamento della giurisprudenza di legittimità sulla questione che ha sollevato, perché la sentenza di merito che impugna se ne discosti oppure quali ragioni portino a riconsiderare quell'orientamento, al quale anche la sentenza gravata si è adeguata.

La legge sull'ordinamento giudiziario, all'art. 67-bis, aveva la costituzione di un'apposita sezione della Corte di Cassazione (cd. sezione filtro, composta da magistrati applicati ad altre sezioni) con il compito di esaminare i ricorsi e di svolgere un giudizio preliminare sulle impugnazioni proposte, in base alla previsione dell'art. 360-bis c.p.c., che però il d.lgs. 149/2022 ha abrogato. Così, saranno le singole sezioni della Cassazione, alle quali il ricorso è affidato in ragione della materia trattata, a stabilire se il ricorso superi o meno il filtro.

Non v'è dubbio che l'intenzione del legislatore – quando ha introdotto l'art. 360-bis c.p.c. – sia stata quella di dare attuazione al cd. *ius constitutionis*, perché l'uniforme interpretazione della legge è garantita dal rigetto in via preliminare dell'impugnazione, quando essa sia diretta contro sentenze che abbiano deciso in modo conforme alla giurisprudenza della Cassazione, senza che vi siano motivi che facciano propendere per la necessità di un mutamento da parte dell'organo di vertice.

Molto opportunamente, si è osservato in dottrina come l'art. 360-bis c.p.c. riconosca valore semi-vincolante ai precedenti della Cassazione nella misura in cui la

norma onera la parte ricorrente a motivare adeguatamente le ragioni per le quali ritiene che l'orientamento giurisprudenziale accolto dalla sentenza impugnata debba essere modificato.

Certo, per vagliare il rispetto dell'art. 360-*bis* c.p.c., è necessario chiedersi quando, su una certa questione, possa dirsi formata una giurisprudenza della S.C. In particolare – e spetta alla Cassazione rispondere – diviene decisivo cogliere se vi sia un limite quantitativo ovvero se anche poche ed isolate pronunce possano considerarsi un orientamento con il quale il ricorrente è tenuto a misurarsi.

E anche in questo caso, emerge doppiamente il ruolo nomofilattico della Cassazione: la nomofilachia della nomofilachia, come è stata definita, perché è la stessa Cassazione a stabilire quando su una certa questione possa dirsi formata una giurisprudenza di legittimità, di certificare quali siano gli orientamenti consolidati, insomma: di interpretare se stessa.

Nella stessa ottica di rafforzamento della funzione nomofilattica, deve leggersi la riforma, operata dalla legge 69/2009, dell'art. 118 disp. att. c.p.c. là dove il legislatore, in punto di motivazione della sentenza da parte dei giudici di merito, li legittima espressamente ad esporre le proprie ragioni giuridiche anche mediante richiamo a precedenti conformi (mentre rimane privato del potere di richiamare la dottrina). Non v'è dubbio, infatti, che la previsione dell'art. 360-*bis* c.p.c. abbia una indiretta incidenza anche nei confronti delle Corti di merito, indotte ad invocare i precedenti, onde dimostrare alle parti l'adesione ad un *iter* motivazionale già condiviso in precedenza da altri giudici.

Anzi, giova rammentare che, per effetto delle riforme intervenute nel 2006 ma poi anche nel 2016, la Corte di Cassazione, se in fase di esame preliminare del ricorso, ritenga che la decisione impugnata – con riguardo ad una o più specifiche questioni di diritto – abbia violato la propria giurisprudenza, decida con la procedura accelerata e semplificata, prevista dall'art. 380-*bis* c.p.c. per i casi di “manifesta fondatezza” del ricorso.

4 (segue). Il nuovo art. 374, comma 3, c.p.c. e il significato della rimessione alle Sezioni Unite

A questa particolare attenzione al precedente, e alla sua portata per così dire verticale, si affianca poi un'accentuazione del ruolo assegnato alle decisioni della S.C., che si esplica, però, in una direzione per così dire orizzontale del precedente.

Ci si riferisce alla modifica introdotta, sempre dal d. lgs. 40/2006, al comma 3 dell'art. 374, rubricato “Pronuncia a sezioni unite”. L'innovazione è stata definita come il riconoscimento legislativo di un certo valore del precedente giudiziario nell'ordinamento civile italiano (una nomofilachia in positivo, se vogliamo).

A giusta premessa, conviene ricordare che la Suprema Corte, in ambito civile, opera per il tramite di cinque distinte sezioni (cd. semplici), alle quali i ricorsi sono assegnati *ratione materiae* dal Primo Presidente della Cassazione. Per le ragioni che ora si esamineranno, costui può però decidere di affidare la decisione del ricorso alle Sezioni Unite: la composizione della Suprema Corte sarà allora diversa perché costituita da nove membri.

In forza dell'art. 374 c.p.c., le sezioni unite sono divenute assegnatarie di nuovi ruoli.

Prima del 2006, questa norma si limitava a due ipotesi.

1. Le fattispecie controverse in punto di riparto di giurisdizione (a testimonianza del ruolo di vertice rivestito dalla Suprema Corte, anche al di là del settore civile o penale)
2. il caso in cui il ricorso per cassazione ponesse questioni di diritto decise in senso difforme dalle sezioni semplici ovvero questioni di particolare importanza. E sono proprio questi i casi in cui si esprime per antonomasia il ruolo nomofilattico che la legge sull'ordinamento giudiziario assegna all'organo di vertice.

Alle ipotesi ora tratteggiate, il d. lgs. n. 40/2006 ne ha affiancato un'ulteriore:

Prevede oggi il comma 3 dell'art. 374 c.p.c. che “se la sezione semplice ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso”. Ancora una volta, l'innovazione, che mira certamente a rafforzare la funzione nomofilattica della S.C., è stata voluta – oltre che per porre un limite alle oscillazioni giurisprudenziali – anche per contenere il sovraccarico dei ricorsi in cassazione.

Ad onor del vero, il disegno di legge prevedeva un vero e proprio vincolo delle Sezioni Semplici alle Sezioni Unite, perché obbligava le prime ad investire le seconde della impugnazione, qualora non intendessero aderire al principio di diritto già pronunciato. L'introduzione di una simile previsione sembrava attuare l'idea autorevolmente espressa in Italia (da Gino Gorla) secondo cui sussiste quel dovere funzionale per i giudici di merito e di legittimità di attendersi al precedente della S.C. e di discostarsene se non per gravi e fondati motivi.

Vero è, però, che l'introduzione dell'art. 374, comma 3, nella versione che si leggeva nel progetto di legge, era stata da più parti fortemente avversata: per un verso, essa sollevava dubbi di compatibilità con il precetto costituzionale della soggezione del giudice alla sola legge, perché sembrava impedire alla sezione semplice di pronunciarsi; per altro verso, essa poneva un problema di compatibilità con il settore del processo penale, nel quale mancava una norma simile; ancora, nel silenzio della previsione, ci si domandava quale sarebbe stata la sorte della sentenza pronunciata dalle sezioni semplici che si fosse discostata dal precedente delle sezioni unite, senza operare alcuna rimessione alle Sezioni Unite.

Nel testo di legge poi entrato in vigore il riferimento al “vincolo” è venuto meno. La modifica letterale dell'art. 374, che sembra lasciare libera la sezione semplice di rimettere la questione alle sezioni unite, dimostra che l'eventuale omissione della sezione semplice, che non rimetta alle Sezioni unite e decida comunque in senso difforme, non rende invalida la sentenza.

Il precetto contenuto nell'art. 374, comma 3, c.p.c. si lascia allora apprezzare nei termini di un vincolo di natura disciplinare da parte delle sezioni semplici, senza che un'eventuale violazione della norma possa incidere in qualche modo sulla validità della sentenza.

L'attuale previsione, però, ha una forte valenza di principio perché introduce nel nostro ordinamento un (sia pur circoscritto) valore del precedente, anche in senso verticale: indirettamente si riconosce il dovere istituzionale dei giudici di merito di tener conto dei principi enunciati dalla Cassazione e la possibilità di discostarsene, sia pur motivatamente.

Alla luce delle novità legislative non può negarsi né una crescente attenzione per il precedente, specie quando pronunciato dalla Suprema Corte, né il ruolo fortemente creativo della giurisprudenza. Questo fenomeno rende però difficile, ancor oggi, discorrere della Cassazione civile italiana, come di una corte del precedente (nel significato che questa parola assume nei sistemi di *common law*): e ciò, non tanto o soltanto in ragione di vincolo, esistente a livello costituzionale, del giudice alla sola legge.

La ragione principale si deve al fatto che ciò che può vincolare il giudice, sia pur solo a livello funzionale, non è la decisione in sé della cassazione ma, come emerge dalle norme che abbiamo analizzato, il principio di diritto che essa pronuncia. Sotto questo profilo, come è stato osservato, appare difficile pensare che la formulazione in termini astratti di una regola giuridica da applicare al caso di specie possa garantire, quand'anche la legge stessa la consideri vincolante, quell'uniforme interpretazione giurisprudenziale e legislativa, quali obiettivi che la Suprema Corte è chiamata a perseguire. Ed in questo senso, probabilmente, è corretto quando si dice, come si è scritto da attenta dottrina, che nell'ordinamento italiano si assiste ad un precedente impossibile. Impossibile perché sganciato dalla dimensione fattuale.

IL RINVIO PREGIUDIZIALE INTERPRETATIVO ALLA CORTE DI CASSAZIONE (ART. 363-BIS C.P.C.)

Martino Zulberti

1. Il mio intervento avrà ad oggetto un nuovo istituto, recentemente introdotto dal d.lgs. 149 dello scorso ottobre 2022 e che si trova disciplinato all'art. 363-bis del codice di procedura civile. Esso trova applicazione anche per i giudizi pendenti dallo scorso 1 marzo 2023. Si tratta di una, fra le molte, novità apportate dal codice di procedura civile dal decreto legislativo predetto, che è stato approvato dal Governo sulla base della legge delega n. 206 del 2021, con la quale il Parlamento aveva delegato il governo ad un intervento sul codice e sulle leggi processuali speciali, «in funzione di obiettivi di semplificazione, speditezza e razionalizzazione del processo civile».

In attuazione di questi obiettivi, la stessa legge delega attribuiva il compito al Governo di *«introdurre la possibilità per il giudice di merito, quando deve decidere una questione di diritto sulla quale ha preventivamente provocato il contraddittorio tra le parti, di sottoporre direttamente la questione alla Corte di cassazione per la risoluzione del quesito posto»*.

Questo criterio direttivo è stato attuato con il d.lgs. 149/22 attraverso l'introduzione dell' art. 363-bis c.p.c., a mente del quale il giudice del merito può sospendere il giudizio e chiedere l'intervento interpretativo della Corte di cassazione per la soluzione di una questione *“esclusivamente di diritto”*. Si tratta dunque di un istituto attraverso il quale è permesso l'esercizio di quella *“nomofilachia anticipata”* di cui si è fatto cenno nella relazione precedente.

L'articolo si colloca all'interno del Libro II (dedicato al procedimento di cognizione) del codice di procedura civile, nel titolo III, dedicato alle impugnazioni e, in particolare, al procedimento di cassazione. Siamo però di fronte ad un rimedio preventivo che, a dispetto della sua collocazione, non riveste natura impugnatoria. La possibilità di una *“interrogazione preventiva”* della SC (rispetto alle normali tempistiche – in media 6-8 anni dovendo passarsi attraverso il sistema delle impugnazioni) non è del tutto nuova. Già nel 2006 era stato introdotto, con specifico e circoscritto riferimento al processo del lavoro, l'art. 420-bis c.p.c., il quale stabilisce che *“Quando per la definizione di una controversia di cui all'articolo 409 è necessario risolvere in via pregiudiziale una questione concernente l'efficacia, la validità o l'interpretazione delle clausole di un contratto o accordo collettivo nazionale, il giudice decide con sentenza tale questione, impartendo distinti provvedimenti per l'ulteriore istruzione o, comunque, per la prosecuzione della causa fissando una successiva udienza in data non anteriore a novanta giorni”* e soggiunge che *“La sentenza è impugnabile soltanto con ricorso immediato per cassazione da proporsi entro sessanta giorni dalla comunicazione dell'avviso di deposito della sentenza”*, pendente il quale il processo rimane sospeso.

Due sono le differenze essenziali fra questo istituto e il nuovo rinvio pregiudiziale.

La prima. L'art. 420-bis c.p.c. limita il possibile intervento nomofilattico *“antici-*

pato” del giudice di legittimità all’efficacia, validità e interpretazione di un contratto o accordo collettivo nazionale di lavoro. L’art. 363-*bis* c.p.c. non individua specifiche questioni di diritto su cui possa essere investita la Cassazione: esse dunque potranno essere le più varie, tanto di diritto sostanziale, quanto di diritto processuale.

La seconda. Il nuovo istituto del rinvio pregiudiziale rimette la valutazione dell’opportunità di investire la Corte di cassazione al giudice di merito – e *prima* della decisione sul punto di diritto – e non alle parti – *dopo* che una sentenza sul punto sia già intervenuta in sede di merito –.

Come accennavo, il rinvio pregiudiziale è disciplinato nel contesto del procedimento di cassazione e, in particolare, dopo l’art. 363 c.p.c., che regola il diverso istituto della pronuncia del principio di diritto nell’interesse della legge, stabilendo che *“Quando le parti non hanno proposto ricorso nei termini di legge o vi hanno rinunciato, ovvero quando il provvedimento non è ricorribile in Cassazione e non è altrimenti impugnabile, il Procuratore generale presso la Corte di cassazione può chiedere che la Corte enunci nell’interesse della legge il principio di diritto al quale il giudice di merito avrebbe dovuto attenersi”* e vi si può provvedere anche *“quando il ricorso proposto dalle parti è dichiarato inammissibile, se la Corte ritiene che la questione decisa è di particolare importanza”*.

Si coglie agevolmente un tratto differenziante fra la pronuncia del principio di diritto *“nell’interesse della legge”* e quella resa su richiesta di un giudice di merito a seguito di rinvio pregiudiziale interpretativo. Nel primo caso l’esercizio della funzione nomofilattica è slegato dalla soluzione del caso singolo. Nel caso del rinvio pregiudiziale l’esercizio della nomofilachia origina da un procedimento pendente e l’art. 363-*bis* stabilisce altresì l’efficacia del principio di diritto che la Corte è chiamata a rendere: esso *«è vincolante nel procedimento nell’ambito del quale è stata rimessa la questione e, se questo si estingue, anche nel nuovo processo in cui è proposta la medesima domanda tra le stesse parti»*.

2. A dispetto di ciò, non si può dubitare che l’istituto sia stato pensato affinché il principio di diritto svolga una funzione anche al di fuori della controversia nell’ambito della quale è stato proposto il rinvio interpretativo. L’idea che l’anticipato intervento della Corte abbia una funzione che va oltre alla soluzione del caso singolo, trova riscontro, a me pare, in vari dati. In primo luogo, in uno dei presupposti che, ai sensi dell’art. 363-*bis* c.p.c., devono ricorrere affinché il rinvio interpretativo sia ammissibile: è infatti richiesto che la questione di diritto si possa venire a porsi in molteplici controversie, lasciando dunque ipotizzare che l’intervento nomofilattico sia in grado di orientare i giudici ben oltre lo specifico procedimento nel quale il rinvio è stato disposto. In secondo luogo, è valorizzata la pubblicità del procedimento: è stabilita la pubblicazione sul sito della Corte, con l’accessibilità a chiunque, delle ordinanze di rinvio, dei provvedimenti di inammissibilità o di assegnazione alle Sezioni da parte del Primo Presidente, nonché dei provvedimenti della Corte che risolvono il quesito interpretativo a seguito sempre di pubblica udienza.

Affermare che le pronunce della Corte aspirino ad avere una valenza al di fuori

dello specifico procedimento nel cui ambito sono rese non significa che esse ambiscano altresì ad avere valore di precedente “vincolante” nel senso in cui viene inteso negli ordinamenti di *common law*. Non si può non considerare, però, che la stessa giurisprudenza, sia della Corte di cassazione, sia della Corte costituzionale, ha riconosciuto ormai da tempo un qualche valore all’interpretazione della legge fornita dal giudice di legittimità, che in un certo senso va oltre la mera “persuasività”, tanto da aver fatto discorrere di “semi-vincolatività” della giurisprudenza della Corte di cassazione, se consolidata o, quanto meno, se espressione di una decisione resa a Sezioni Unite.

Per comprendere meglio questa affermazione vorrei brevemente riferirmi ad alcuni orientamenti della stessa Corte di cassazione e della Corte costituzionale.

Il primo riguarda l’approccio seguito dalla Corte di cassazione quando investita di un ricorso con il quale si chiede la revisione di un orientamento giurisprudenziale consolidato. A questo riguardo, la Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, ha affermato che un brusco mutamento della giurisprudenza, debba essere ben ponderato dalla Corte di Cassazione. Benché sia pacifico che nell’ordinamento italiano non viga la regola dello *stare decisis*, a dispetto di ciò, la Cassazione sostiene l’esistenza di «una direttiva immanente per cui non ci si possa discostare da un precedente orientamento di legittimità senza forti e apprezzabili ragioni giustificatrici»; direttiva, peraltro, che non vale solo per i giudici di merito, ma che dovrebbe valere proprio anche per la stessa Corte stessa. E dunque ha affermato che «occorre rilevare che una diversa interpretazione giurisprudenziale di una norma di legge rispetto a quella precedentemente affermata non ha ragione di essere allorché entrambe siano compatibili, come nella fattispecie, con la lettera della legge, essendo da preferire l’interpretazione sulla cui base si è formata una certa stabilità di applicazione».¹ In altri termini, si è elevata «la salvaguardia dell’unità e della “stabilità” dell’interpretazione giurisprudenziale (massimamente di quella del giudice di legittimità e, in essa, di quella delle sezioni unite) (...) alla stregua di un criterio legale di interpretazione delle norme giuridiche²».

Ciò vale tanto in relazione all’interpretazione delle norme sostanziali, per le quali vi devono essere “buone” ragioni per derogare a questo criterio, tanto per quelle processuali, per le quali le ragioni devono essere “ottime” . E queste “ottime”³ ragioni sono state individuate o in «forti ed apprezzabili ragioni giustificative, indotte dal mutare dei fenomeni sociali o del contesto normativo»⁴ oppure quando l’interpretazione consolidata «risulti manifestamente arbitraria e pretestuosa o dia luogo a risultati disfunzionali, irrazionali o ingiusti»⁵.

Il secondo orientamento attiene al caso in cui sia riconosciuta la necessità di

¹ Cass., Sez. Un., 31 luglio 2012, n. 13620.

² Cass. 6 novembre 2014, n. 23675.

³ Ancora Cass. 6 novembre 2014, n. 23675.

⁴ Cass., Sez. Un., 31 luglio 2012 n. 13620.

⁵ Cass. 6 luglio 2014 n. 23675.

un mutamento di giurisprudenza con particolare riferimento alle norme processuali: si è assistito, negli ultimi anni, al fenomeno, cui la Corte si riferisce come *prospective overruling*, quando il giudice, nell’abbandonare un proprio indirizzo giurisprudenziale precedente (*overruling*), afferma al contempo che questo abbandono avverrà da quel momento in avanti (*prospective*), cioè solo per l’avvenire, e quindi senza effetti sulla controversia di specie (o, in ipotesi, anche su quelle precedenti o altrove pendenti). Si tratta dunque di un fenomeno che finisce per riconoscere al “precedente” di legittimità o, meglio, agli orientamenti consolidati del giudice di legittimità quell’effetto, “quasi-vincolante” di cui ho sopra accennato.

Perché vi sia margine per l’operatività del *prospective overruling* è necessario non solo che l’orientamento che si intende mutare sia consolidato, ma che il mutamento giurisprudenziale che la Cassazione inaugura sia «quanto meno inatteso, o comunque privo di preventivi segnali anticipatori del suo manifestarsi, quali possono essere quelli di un, sia pur larvato, dibattito dottrinale o di un qualche significativo intervento giurisprudenziale sul tema»⁶. Dunque il riconoscimento al “valore” della giurisprudenza non è assoluto, ma, al ricorrere di questi presupposti, si finisce per riconoscerne implicitamente una qualche efficacia.

A fondamento di questo fenomeno, viene posto l’*affidamento* della parte in un orientamento giurisprudenziale consolidato. A fronte di una nuova lettura della disposizione in termini più restrittivi, che porterebbe la parte ad essere considerata decaduta dal compimento dell’atto, l’applicazione solo *pro futuro* della nuova interpretazione, porta a sterilizzare le conseguenze pregiudizievoli nei confronti della parte che ha compiuto l’atto riponendo affidamento in un orientamento consolidato, così da evitare la dichiarazione *a posteriori* di una decadenza, o di altra sanzione processuale, riferita a un atto già compiuto.

Il terzo principio che viene affermato è che se, a seguito di un *overruling*, l’interpretazione della norma processuale è in termini ampliativi rispetto a quella precedentemente seguita e tale da riconoscere poteri processuali che erano esclusi dal precedente orientamento, si è affermato che si possa ricorrere alla rimessione in termini a mente dell’art. 153, comma 2, c.p.c., per il quale «*La parte che dimostra di essere incorsa in decadenze per causa ad essa non imputabile può chiedere al giudice di essere rimessa in termini*». In questo caso siamo fuori dal fenomeno del *prospective overruling*⁷: la nuova interpretazione viene qui applicata in modo retrospettivo al caso di specie. Ciò che in questa sede conta evidenziare è però il rilievo che viene riconosciuto al “precedente”, o più correttamente, all’interpretazione consolidata nella giurisprudenza: l’affidamento in un orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità è da considerarsi “causa non imputabile” alla parte per essere incorsa in una decadenza⁸.

⁶ Cass. 8 agosto 2013, n. 18918.

⁷ Come è stato evidenziato: L. PASSANANTE, *Il precedente impossibile*, Torino, 2018, 301; B. FICCARELLI, *Il prospective overruling nella recente giurisprudenza delle Sezioni Unite*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, 993 ss.

⁸ Cass., Sez. Un., 12 febbraio 2019, n. 4135

Infine, ci si può richiamare alla c.d. dottrina del “diritto vivente”, elaborata ormai da decenni dalla Corte costituzionale, che viene in rilievo in situazioni di “conflitto interpretativo” con la Corte di Cassazione. Va premesso che la Corte Costituzionale nell’ordinamento italiano è chiamata a sindacare la costituzionalità delle leggi, con il potere di dichiararne l’incostituzionalità. E nel procedere al vaglio di costituzionalità di una norma di legge, la Corte costituzionale tende ad escluderne l’incostituzionalità quando sia possibile fornire ad una disposizione una interpretazione conforme a Costituzione. Ciò tuttavia non vale quando ravvisi l’esistenza di un “diritto vivente” in ordine all’interpretazione di una determinata disposizione di legge. Ciò che qui rileva sono le conseguenze tratte dall’esistenza del riscontro di una interpretazione assunta a diritto vivente: la Corte costituzionale «non ha la possibilità di proporre differenti soluzioni interpretative [...], ma deve limitarsi a stabilire se lo stesso sia o meno conforme ai principi costituzionali», dichiarando l’incostituzionalità della disposizione di legge, in caso di riscontrata difformità della interpretazione ad essa offerta dal diritto vivente. La Corte costituzionale si è riservata una certa discrezionalità nello stabilire quando vi sia o meno un “diritto vivente”, ma ai limitati fini di questo intervento, si può dire che esso è stato riscontrato quando «la giurisprudenza della Corte di cassazione è costantemente orientata» nell’offrire una data interpretazione della norma censurata di costituzionalità⁹, a fronte di «giurisprudenza pressoché unanime della Corte di cassazione, da considerare perciò alla stregua di diritto vivente»¹⁰ o in caso di pronunce della Cassazione a Sezioni Unite, intervenuta «nell’esercizio della propria funzione nomofilattica» per superare un contrasto, costituendo «siffatta interpretazione [...] “diritto vivente”»¹¹.

3. Operate queste precisazioni in tema di “efficacia” delle pronunce del giudice di legittimità, possiamo esaminare, più nel dettaglio, quando e come sia possibile un intervento nomofilattico a seguito del rinvio pregiudiziale interpretativo. La funzione di questo istituto, che si è visto che va oltre alla soluzione del singolo caso, non legittima il coinvolgimento della Suprema Corte ogniqualvolta venga in rilievo una qualsiasi questione di diritto. Del resto, che limiti alla possibilità di richiederne un intervento preventivo siano necessari è cosa ovvia, pena il rischio di migliaia di rinvii pregiudiziali che la Corte non riuscirebbe a gestire e di svilire il ruolo interpretativo che pur va riconosciuto anche ai giudici di merito.

Ma vediamo dunque quali sono i presupposti che legittimano il rinvio.

Un primo l’ho già indicato: i) si tratta della “*serialità*” della questione di diritto che deve essere suscettibile di porsi in numerosi giudizi. A questo si aggiungono ii) quello della *rilevanza*, vale a dire che la questione deve essere necessaria alla definizione anche parziale del giudizio; iii) quello della *novità*, nel senso che la questione non è stata ancora risolta dalla Corte di cassazione; iv) quello della *gravità*, nel senso che le difficoltà interpretative devono essere serie.

⁹ Corte cost. 29 luglio 1982, n. 159

¹⁰ Corte cost. 7 giugno 1996, n. 187.

¹¹ Corte cost. 22 dicembre 2011, n. 338.

Il vaglio di ammissibilità del rinvio pregiudiziale interpretativo – che consiste nella verifica della sussistenza di questi presupposti – è rimesso al Primo Presidente, il quale se lo ritiene ammissibile, assegna la questione ad una Sezione Semplice oppure alle Sezioni Unite. La legge delega prevedeva che il rinvio presupponesse “questioni di diritto” che fossero “di particolare importanza”, il che avrebbe di fatto obbligato a veicolare tutte le questioni pregiudiziali interpretative alle Sezioni Unite, le quali sono “competenti”, a mente dell’art. 374 c.p.c, ove vengano in rilievo «questioni di massima di particolare importanza». Il legislatore delegato, per contro, non ha riprodotto quest’ultimo punto all’art. 363-*bis* c.p.c., aprendo la strada all’assegnazione vuoi alle Sezioni Semplici, vuoi alle Sezioni Unite.

Ciò non deve stupire: l’esercizio della funzione nomofilattica è rimesso, dall’art. 65 dell’ordinamento giudiziario, alla Corte di cassazione, non necessariamente nella sua composizione a Sezioni Unite. A ciò si aggiunga che l’art. 375, comma 1, c.p.c., come novellato nel 2022, riconosce chiaramente che anche questioni di diritto “particolare rilevanza” possano essere risolte dalle sezioni semplici. Certo, il *discrimen* fra *questioni di massima di particolare importanza*, da assegnare alle SU e le questioni “solo” di *particolare rilevanza*, soffre di un evidente grado di discrezionalità rimesso al Primo Presidente, chiamato all’assegnazione dei ricorsi alle Sezioni.

Nel vaglio di ammissibilità il Primo Presidente – che è coadiuvato da un apposito Ufficio per le questioni pregiudiziali, istituito per decreto dello stesso Presidente – ha una duplice opzione: o dichiara con decreto l’inammissibilità del rinvio ovvero procede con l’assegnazione della questione ad una delle Sezioni Semplici o alle Sezioni Unite. Quest’ultima scelta va svolta alla luce dell’art. 374 c.p.c.: la questione sarà assegnata alle Sezioni Unite non solo quando è considerata – ripeto, su valutazione discrezionale del Primo Presidente – di “*particolare importanza*”, ma anche negli altri casi in cui è stabilito, dal medesimo art. 374 c.p.c., l’intervento delle Sezioni Unite, vale a dire quando la questione sia stata oggetto di divergenti interpretazioni da parte della Corte di Cassazione, sì da imporre un intervento compositore delle SU, o nei casi in cui vengano in rilievo questioni di giurisdizione.

Si impone qui un chiarimento.

Potrebbe sembrare strano che la Corte sia chiamata a pronunciarsi a seguito di rinvio pregiudiziale su una questione interpretativa oggetto contrasto interpretativo quando fra i requisiti di ammissibilità del rinvio pregiudiziale vi è quello c.d. della “novità” della questione. Invero la legge delega aveva previsto che la questione potesse essere oggetto di rinvio interpretativo a condizione che non fosse stata «ancora affrontata dalla Corte di cassazione» e dunque una questione su cui vi fosse un contrasto sarebbe stata questione “affrontata”, seppure con soluzioni non univoche. Ciò avrebbe di fatto di molto precluso l’utilizzo dell’istituto in parola con riferimento alle questioni interpretative oggetto di contrasto interpretativo, sulle quali, forse più di altre, si avverte il bisogno di un intervento nomofilattico compositore, sì da orientare in modo univoco la giurisprudenza. Il legislatore delegato si è sul punto discostato dalla legge delega, prevedendo, più opportunamente, che la questione *non debba essere*

stata già risolta. Il presupposto della “novità” così formulato amplia l’ambito applicativo del rinvio pregiudiziale che dovrebbe poter abbracciare anche le questioni di diritto «decise in senso difforme dalle sezioni semplici».

Qualora invece su una determinata questione le Sezioni Unite si siano pronunciate, risolvendo un contrasto o sancendo un principio di diritto su questione di particolare importanza, la questione va considerata risolta e il rinvio pregiudiziale interpretativo dovrebbe considerarsi precluso.

Vale la pena di porre poi un interrogativo.

In linea generale, a fronte di contrasti interpretativi le Sezioni Semplici dovrebbero chiedere al Primo Presidente (se non vi abbia proceduto d’ufficio) la rimessione alle Sezioni Unite affinché compongano il contrasto. Avviene però che, talvolta, le Sezioni Semplici si arroghino il ruolo di risolvere contrasti interpretativi, prendendo motivata e argomentata posizione su una questione di diritto. E, quando così procedono, non è raro ritrovarsi con di fronte a “provvedimenti-trattato” che ambiscono chiaramente a porsi come “precedente” ed influenzare anche gli orientamenti successivi della stessa giurisprudenza di legittimità. Questo approccio – che è seguito, talvolta, da qualche collegio della Corte – è, a mio avviso, in contrasto con il ruolo compositore che l’art. 374 c.p.c. assegna alle Sezioni Unite e dunque l’intervento di una singola sezione, che ambisce ad essere “compositore” di un contrasto interpretativo, per quanto ben motivato ed argomentato, non dovrebbe condurre a ritenere risolta la questione interpretativa già oggetto di contrasto. E, dunque, la via del ricorso pregiudiziale interpretativo dovrebbe rimanere aperta.

Vorrei chiudere con un ultimo rilievo.

L’art. 363-*bis* c.p.c. attribuisce al giudice di merito il potere di disporre il rinvio: siamo dunque di fronte ad un istituto di portata generale ovvero circoscritto ai giudizi avanti al giudice civile? Merita infatti ricordare che il ricorso in Cassazione è previsto anche contro le sentenze di giudici diversi da quello ordinario. Il tema si è già posto con riferimento alle Corti Tributarie di Giustizia ed il Primo Presidente della Corte di Cassazione sembra aver preferito una interpretazione estensiva, avendo ritenuto ammissibili i rinvii interpretativi con conseguente assegnazione a Sezione. Se poi la Corte dovesse convenire con questa interpretazione del Primo Presidente, potrà dirsi che l’istituto abbia un campo di applicazione non circoscritto al processo civile.

Il bilancio a sei mesi dall’entrata in vigore dell’art. 363-*bis* c.p.c. è il seguente. Circa una ventina di istanze di rinvio e la Corte (e, ancor prima, il Primo Presidente) ha dimostrato, quanto meno in questa prima fase di applicazione, di essere in grado di provvedere velocemente: il primo rinvio pregiudiziale è stato deciso nello scorso mese di luglio, in meno di quattro mesi dall’assegnazione a fronte di (almeno) un paio di anni necessari per la decisione su un ricorso per cassazione.

SERVE ANCORA IL RIMEDIO DEL «SUPERAMENTO DELLA PERSONALITÀ GIURIDICA»?

Alcune risposte del diritto societario italiano alla domanda di tutela contro l'abuso della responsabilità limitata

Prof. Andrea Caprara – Università di Verona – Italia

Premessa e oggetto dell'intervento

► Premessa:

- **nel 2003** riforma del diritto societario: ha recepito molte indicazioni giurisprudenziali e istituti di ordinamenti stranieri rilevanti anche per reprimere l'abuso della persona giuridica (meglio: l'abuso della responsabilità limitata)
- **nel 2019** riforma della disciplina della crisi e dell'insolvenza: nuova modifica del codice civile con alcuni importanti spunti anche per la tutela contro gli abusi della responsabilità limitata

► Oggetto dell'intervento

Pertanto **ci chiederemo**: alla luce di tali nuove disposizioni, ha senso ricorrere al rimedio del «superamento della personalità giuridica» per colpire l'«abuso della responsabilità limitata» nel diritto societario?

Agenda

- **Nozione di abuso** che accogliamo in questa sede
- **Rimedi tipici diretti**: che la dottrina ha catalogato come utili a reprimere l'abuso della personalità giuridica
- **Rimedi tipici indiretti**: che la dottrina non ha catalogato come rimedio contro l'abuso della personalità giuridica, ma potrebbero avere anche questa finalità (Cenni)
- Due **domande**, qualche **risposta** e una **conclusione**

Nozione di abuso

► Per una nozione di abuso del diritto dell'impresa in forma di società

- a) l'ente societario è destinato all'esercizio dell'impresa;
- b) l'impresa deve essere esercitata per perseguire finalità lucrative in un contesto competitivo: l'impresa è un'attività organizzata finalizzata a perdurare nel tempo nel mercato competitivo
- c) Ne consegue che:
 - a) Ne consegue che:
 - le società sono **modelli di gestione del rischio di impresa**, ossia del rischio di essere espulsi dal mercato per aver perso la gara competitiva;
 - la **limitazione del rischio per i debiti sociali** è necessaria per «liberare energie» a favore della ricerca e dell'innovazione. Ricerca e innovazione sono attività altamente rischiose (elevata incertezza dell'esito tecnologico e di mercato) che sono necessarie per la nascita e l'espansione dei mercati e, quindi, alla crescita economica;
 - la nozione di abuso della responsabilità limitata è data da:

- l'utilizzo di strumenti societari o contrattuali per **trasferire illegittimamente il rischio d'impresa** a carico dei **creditori** e degli **altri stakeholder**.

Il trasferimento del rischio è illegittimo quando è esclusivamente diretto a **realizzare l'interesse incompatibile con la funzione dell'impresa** di competere legittimamente nel mercato.

Rimedi tipici diretti

- **Definizione di rimedi tipici diretti:** sono i rimedi previsti dalla legge per reprimere condotte abusive specifiche tenute da un socio o da chi comunque esercita il potere sugli amministratori dell'impresa.

- **Fattispecie:** considereremo **tre disposizioni** nel diritto societario italiano:

- 1) **abuso del socio nei gruppi di società:** la responsabilità della holding per eterodirezione abusiva.
- 2) **responsabilità dei soci in solido con gli amministratori** nella società a responsabilità limitata per aver deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi;
- 3) **postergazione dei finanziamenti operati dai soci.**

Rimedi tipici diretti: 1) abuso del socio nei gruppi di società: la responsabilità della holding per eterodirezione abusiva

- a) La fattispecie:
 - il testo normativo
 - b) I rimedi:
 - il risarcimento del danno
 - il diritto di recesso
- a) **La fattispecie:** l'art. 2497, comma 1, codice civile
 «Le **società** o gli **enti** che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, **agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale** delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società. Non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette».
- b) **I rimedi:** i) il risarcimento del danno a favore del socio o del creditore della società eterodiretta (2497, comma 1, ultima parte, c.c.)
 «Il **socio ed il creditore sociale possono agire contro la società o l'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento, solo se non sono stati soddisfatti dalla società soggetta alla attività di direzione e coordinamento**» (art. 2497, comma 3, c.c.) per ottenere il **risarcimento del danno** «per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società»

Pregiudizio al valore della partecipazione che per il **T. Milano, 8.11.2022** si calcola come differenza tra il valore della partecipazione prima e, rispettivamente, dopo l'esercizio dell'attività abusiva

b) I rimedi: *ii*) il diritto di recesso per il socio della società eterodiretta (art. 2497quater, lett. b, c.c.)

«Il socio di società soggetta ad attività di direzione e coordinamento può recedere:

(...)

quando a favore del socio sia stata pronunciata, con decisione esecutiva, condanna di chi esercita attività di direzione e coordinamento ai sensi dell'articolo 2497; in tal caso il diritto di recesso può essere esercitato soltanto per l'intera partecipazione del socio».

Rimedi tipici diretti: 2) la responsabilità dei soci nella società a responsabilità limitata, in solido con gli amministratori

c) La fattispecie:

- il testo normativo

d) I rimedi:

- il risarcimento del danno

- l'esclusione del socio (se previsto dall'atto costitutivo)

a) **La fattispecie:** l'art. 2476, comma 8, c.c.

«Sono altresì solidalmente responsabili con gli amministratori, ai sensi dei precedenti commi, i soci che hanno intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi»

• **a) La fattispecie:** la particolare fisionomia della srl

La srl dal 2003 è molto diversa dalla spa (società anonima) soprattutto per il ruolo che può avere il socio

Società per azioni: netta separazione tra soci (proprietà) e amministratori (gestione)	Società a responsabilità limitata: manca una netta separazione tra proprietà e gestione
Art. 2325 c.c.: delle obbligazioni sociali risponde solo la società con il suo patrimonio	Art. 2463 c.c. delle obbligazioni sociali risponde solo la società con il suo patrimonio
Art. 2364 n. 5 c.c.: anche se gli amministratori operano su autorizzazione assembleare dei soci, resta ferma, <u>in ogni caso</u> , la responsabilità degli amministratori per gli atti compiuti	Art. 2479 c.c.: diritto dei soci di attrarre decisioni degli amministratori Art. 2479, co.2, n. 5 c.c.: autorizzazione per il compimento di operazioni che comportano una sostanziale modifica dell'oggetto sociale Art. 2476, co. 2, c.c.: diritto di controllo dei soci non amministratori Art. 2476, co. 3, c.c.: diritto del socio di promuovere l'azione sociale di responsabilità e la revoca cautelare degli amministratori Art. 2476, co. 7, c.c. responsabilità solidale del socio con gli amministratori per aver «intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi»
Art. 2380bis c.c.: la gestione spetta esclusivamente agli amministratori	Ulteriori diritti in sede statutaria (tra gli altri): - Diritti particolari del socio (art. 2468 c.c.) - Esclusione per specifiche ipotesi di giusta causa (2473bis c.c.)

► **b) i rimedi**

- il risarcimento del danno
- l'esclusione del socio, se previsto dallo statuto come specifica ipotesi di giusta causa, (art. 2473bis cc)

n.b.: Il socio, in ogni caso, non risponde dei debiti sociali, ma è co-obbligato solidale per il fatto illecito degli amministratori

Rimedi tipici diretti: 3) la postergazione dei finanziamenti operati dai soci

a) La fattispecie:

- il testo normativo,

b) I rimedi:

- la postergazione del diritto di pagamento
- il risarcimento del danno a carico degli amministratori che non rispettano la postergazione

a) **fattispecie:** l'art. 2467, comma 2, c.c.

«s'intendono finanziamenti dei soci a favore della società quelli, in qualsiasi forma effettuati, che sono stati **concessi in un momento in cui**, anche in considerazione del tipo di attività esercitata dalla società, risulta un **eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto** oppure in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato **ragionevole un conferimento**»

- Si vuole contrastare la sottocapitalizzazione delle società a responsabilità limitata (come già in Germania).
- Non è stata accolta la tesi che un capitale insufficiente possa essere causa di scioglimento della società per impossibilità di conseguire l'oggetto sociale (Prof. Portale).
- **b) Rimedi**, che si applicano anche ai finanziamenti infragruppo (art. 2497quinquies c.c.). La parola alla Giurisprudenza:
- I finanziamenti operati dai soci quando sono stati effettuati in un momento in cui vi era nella società un "eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento" (art. 2467 cc) **dovranno essere rimborsati dopo quelli dei creditori (non soci)** della società.
- Il rimborso del finanziamento postergato è **indebito oggettivo**, considerata la natura sostanziale della postergazione legale prevista dall'art. 2467 c.c. (**T. Milano, 14/11/2019**)
- Sussiste la **responsabilità (anche) dei soci** che abbiano distratto in proprio favore, in assenza dei presupposti di legge, il corrispettivo incassato per la cessione di un bene aziendale, ritenendo illegittimamente che ciò costituisse la restituzione di precedenti corrisposizioni in favore della società (**T. Roma, 1/6/2016**)
- sono considerati **responsabili civilmente** (con obbligo di risarcimento dei danni) gli **amministratori** che, in violazione dell'art. 2467 c.c., rimborsino i soci prima dei creditori non soci **T. Napoli, 29.12.2021**. La responsabilità si estende anche agli amministratori non esecutivi che devono agire in modo informato (**T. Bologna 1.2.2023**)

Rimedi tipici indiretti

- **Definizione di rimedi tipici indiretti:** sono i rimedi non elaborati per contrastare condotte abusive, ma che potrebbero essere utilizzati per prevenire o reprimere abusi.
- **Fattispecie:** vengono in considerazione molte fattispecie (anche di fonte giurisprudenziale) del diritto italiano a cui è possibile solo fare cenno, tra cui:
 - 1) determinazione del **danno** in caso di **illecita/illegittima prosecuzione dell'attività d'impresa** (art. 2486 c.c.) (rimedio di carattere generale, e successivo);
 - 2) La fattispecie di elaborazione giurisprudenziale della c.d. **super società di fatto** (rimedio di carattere speciale e successivo)
 - 3) il dovere che le **imprese** e le **società** si dotino di **assetti amministrativi, organizzativi e contabili adeguati** alla natura e alle dimensioni dell'impresa (art. 2086 codice civile e art. 3 d.lgs. 14/2019) (rimedio di carattere generale e preventivo).

Due domande, qualche risposta e una conclusione

Prima domanda: quali rimedi **tipici** mettono in campo il diritto dell'impresa e il diritto societario per prevenire e reprimere l'abuso della personalità giuridica (della responsabilità limitata)?

L'abuso della personalità giuridica (meglio: della responsabilità limitata) trova rimedi tipici eterogenei:

- **risarcimento del danno:** soci che rispondono per i danni da amministrazione e amministratori che rispondono per inadempimento dei debiti sociali;
- **recesso del socio;**
- **esclusione del socio;**
- **postergazione del finanziamento del socio** rispetto al rimborso del finanziamento del terzo non socio;
- **estensione della responsabilità patrimoniale.**

Seconda domanda: oltre ai rimedi tipici, è ancora possibile invocare il «superamento della personalità giuridica» come rimedio **atipico**?

- Per parte della **dottrina** (Prof. Angelici) **non è configurabile l'abuso**, inteso come esercizio in concreto di una situazione giuridica soggettiva in termini contraddittori rispetto alle finalità e alle ragioni per le quali la stessa è stata attribuita dall'ordinamento
- Per la **giurisprudenza**:
 - 1) L'abuso della personalità giuridica opera per offrire tutela **solo ai creditori sociali**, non i creditori personali dei soci, perché la tecnica dell'abuso è diretta a contrastare il comportamento del c.d. **socio tiranno (Cass. 20181/2022)** che resta distinto dall'abusivo esercizio dell'attività di direzione e coordinamento (**C.Appello Bologna 23/05/2007**);
 - 2) il superamento della personalità giuridica opera quando vi è un **abuso** che, per la Cassazione:

- «**non è ravvisabile** nel solo fatto che una parte del contratto abbia tenuto una condotta non idonea a salvaguardare gli interessi dell'altra, quando tale condotta persegua un risultato lecito attraverso mezzi legittimi»;
- è «**configurabile** allorché il titolare di un diritto soggettivo, pur in assenza di divieti formali, lo eserciti con modalità non necessarie ed irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, causando uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale, ed al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà sono attribuiti» (**Cass. 10568/2013**).
- l'abusività della condotta consiste nel compiere l'operazione al solo ed esclusivo fine di sfruttare la limitazione di responsabilità prevista dalla disciplina societaria (**Cass. 20106/2009**)

Una conclusione

- La **specificità del diritto dell'impresa** nella tutela dell'abuso si spiega, nei termini qui accolti, su due piani:
- La **libertà d'impresa** consente di scegliere **se** svolgere o meno un'attività di impresa, ma anche di scegliere **con quali strumenti** svolgerla per la gestione efficiente del rischio
- gli **strumenti per la gestione del rischio** sono modalità di ripartizione del rischio tra i diversi operatori economici. L'abuso che merita sanzione, non è quello che altera i criteri di ripartizione del rischio (come la responsabilità limitata), ma il loro utilizzo per finalità che non siano rispettose della funzione che l'impresa svolge nel mercato

LO STATO DELL'ARTE DEL RISARCIMENTO PUNITIVO NEL DIRITTO ITALIANO

Prof. Mauro Tesaro

Codice civile italiano (1942)
TITOLO IX – DEI FATTI ILLECITI
Artt. 2043-2059

PRINCIPIO DELLA **RIPARAZIONE INTEGRALE**: non inferiore ma nemmeno superiore ai danni effettivamente subiti.

COROLLARIO: **funzione compensativa della responsabilità civile**.

DANNO PATRIMONIALE: funzione compensativa.

DANNO NON PATRIMONIALE: funzione genericamente satisfattiva o compensativa in senso ampio.

SOLO IN NORMATIVE PARTICOLARI DIVERSE DA ARTT. 2043 E 2059 C.C. (es. art. 12 l. n. 47 del 1948) le funzioni preventiva e/o punitiva possono divenire principali.

Punitive damages degli **Stati Uniti d'America**:

- funzioni preventiva e punitiva sono principali;
- ruolo fondamentale delle giurie popolari;
- sopportazione delle spese di lite anche in caso di vittoria.

Cass., Sez. Un., n. 16601 del 2017

«Nel vigente ordinamento, alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, poiché sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria del responsabile civile. Non è quindi ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto di origine statunitense dei risarcimenti punitivi. Il riconoscimento di una sentenza straniera che contenga una pronuncia di tal genere deve però corrispondere alla condizione che essa sia stata resa nell'ordinamento straniero su basi normative che garantiscano la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità della stessa ed i limiti quantitativi, dovendosi avere riguardo, in sede di delibazione, unicamente agli effetti dell'atto straniero e alla loro compatibilità con l'ordine pubblico».

Bundesgerichtshof, Urteil del 4 giugno 1992

«una sentenza degli Stati Uniti d'America in merito a un risarcimento punitivo (*punitive damages*) di ammontare non irrilevante, riconosciuto globalmente in aggiunta all'attribuzione di un risarcimento per danni patrimoniali e non patrimoniali, non può, di regola, essere dichiarata, sotto tale profilo, eseguibile in Germania».

Cour de cassation, 1° dicembre 2010

«si le principe d'une condamnation à des dommages-intérêts punitifs n'est pas, en soi, contraire à l'ordre public, il en est autrement lorsque le montant alloué est disproportionné au regard du préjudice subi et des manquements aux obligations contractuelles du débiteur».

Cons. Stato, Ad. Plen., n. 1 del 2018, e Cass., Sez. Un., nn. 12564-12567 del 2018, in tema di *compensatio lucri cum damno*

Conclusione: i vantaggi da scomputare dal risarcimento devono essere non solo riconducibili all'illecito dal punto di vista causale, ma anche diretti alla finalità di compensare il medesimo pregiudizio oggetto della pretesa risarcitoria; una eventuale sovracompensazione è ammissibile solo se trova fondamento nella legge.

Cass., Sez. Un., nn. 33645 e 33659 del 2022 in tema di danno *in re ipsa* in caso di occupazione *sine titulo* di un immobile

Negazione (discutibilmente) di ogni legame con la questione del risarcimento punitivo.

Conferma del rifiuto di ogni pregiudizio *in re ipsa*, però ammettendo la possibilità di un danno «presunto» o «normale», come tale da provare solo se contestato dal convenuto/danneggiante o a lui ignoto.

Corte cost., n. 139 del 2019

Non fondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 96, comma 3, cod. proc. civ., che era stato censurato dal Tribunale di Verona in quanto stabilisce che il giudice, quando pronuncia sulle spese di lite ai sensi dell'art. 91 cod. proc. civ., può altresì condannare, anche d'ufficio, il soccombente al pagamento, in favore della controparte, di una somma equitativamente determinata, senza indicare l'entità minima e quella massima della somma oggetto della condanna.

CONCLUSIONI

La sentenza delle Sez. Un. della Cass. del 2017 (a differenza di quanto affermato da alcuni studiosi) non è stata realmente innovativa.

Un diritto di fonte sostanzialmente giurisprudenziale come quello della responsabilità civile (paradossalmente) tende a essere assai conservativo.

La responsabilità civile italiana è tutto sommato ancora adeguata ma potrebbe essere riformata e migliorata.

DANO PUNITIVO: ESTADO DA ARTE NO DIREITO BRASILEIRO

Prof.^a Elena de Carvalho Gomes – Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) - Brasil.

“Com base no princípio da legalidade, cabe-nos excluir que o magistrado possa, fora das hipóteses expressamente previstas, condenar ao ressarcimento do dano ‘punitivo’, ignorando os critérios ‘reparadores’ indicados pela lei.

Todavia, a análise da prática jurisprudencial revela uma realidade um pouco diferente, ou ao menos uma tendência judicial a reforçar o valor publicístico da responsabilidade civil, também em resposta à ineficiência do sistema penalístico e a um difuso desejo de justiça por parte da sociedade civil”.

(RIVA, Ilaria. [Conferência proferida no Seminário “Os *Punitive Damages* à Luz das Experiências Brasileira, Italiana e Chinesa”, realizada no âmbito do Projeto de Cooperação entre a FD-UFMG e o *Dipartimento di Scienze Giuridiche* da *Università degli Studi di Verona*, em 13.11.2020]).

“Uma transposição possível”? (Cordeiro de Faria; Marx Neto)

Art. 944.

“A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, o juiz poderá reduzir, equitativamente, a indenização”.

Art. 884.

“Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”.

De lege ferenda

- legalidade
- proporcionalidade
- respeito às garantias procedimentais
- estabelecimento de critérios para determinação de valor pelo juiz
- incompatibilidade com sistemas de responsabilidade pelo risco

“Quando a responsabilidade civil não é a solução” (León Hilario)

- ***Punitive damages* no STJ: rejeição expressa em julgados de 2008, 2009 e 2010:**

“A aplicação irrestrita das “**punitive damages**” encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada do Código Civil de 2002, vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002”.

(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 850273/BA, Rel. Min. Honildo Amaral de Melo, *v.u.*, j. 03.08.2010)

- **Paradoxalmente, o reconhecimento da “função punitiva” da responsabilidade civil:**

“No caso dos autos, visto a irrisoriedade da verba indenizatória arbitrada na origem, concluiu-se pela sua majoração, fixando-a em R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), quantia que cumpre, com razoabilidade, a sua dupla finalidade, isto é, a de **punir pelo ato ilícito cometido** e, de outra banda, a de reparar a autora pelo sofrimento moral experimentado com o falecimento de seu irmão”.

(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1737197/RJ, Rel. Min. Marco Buzzi, v.u., j. 21.06.2021)

- **Penas privadas “travestidas” de indenização:** especialmente o “dano moral coletivo”.

- **Onde está o dano?**

Caso da “Drogaria Suja” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma. RESP nº 1784595/MS, Rel. Min. Herman Benjamin, v.u., j. 18.02.2020).

“Finalmente, em situações graves desse jaez, que põem em risco a saúde e a segurança da população, o dano moral coletivo independe de prova (*damnum in re ipsa*)”.

- **Respostas mais apropriadas:**

Caso do “Toddyinho contaminado” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma. RESP 1838184/RS, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, v.u., 05.10.2021)

“No caso concreto, não há violação de direitos difusos ou transindividuais, não sendo possível o reconhecimento da ocorrência de dano moral coletivo, malgrado a nítida existência de afronta a direitos individuais homogêneos, tendo sido proferida condenação genérica, a ser ulteriormente liquidada, nos termos do processo coletivo. [...]”

O recall é evidentemente benéfico aos fornecedores e à própria sociedade, dada sua efetividade na prevenção de danos, devendo ser desconsiderada a interpretação que configura o instrumento como ato desabonador do fornecedor e/ou agravante da conduta de colocação do produto defeituoso no mercado, não induzindo sua realização à configuração de dano moral coletivo ou individual”.