



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CATANIA
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Dottorato di Ricerca in Diritto Privato dell'Economia

CICLO XXII

Maurizio Antonio Pasquale Francola

IL DANNO NON PATRIMONIALE
DA INADEPIMENTO

—————
TESI DI DOTTORATO

COORDINATORE E TUTOR:
Chiar.mo Prof. M. PARADISO

ANNO ACCADEMICO 2009-2010

*Alla mia famiglia
che tanto mi ha sostenuto
in questi anni studio
infondendomi coraggio e fiducia
nei miei mezzi e nelle mie capacità*

Maurizio Antonio Pasquale Francola

Tesi di Dottorato in Diritto Privato dell'Economia

Danno non patrimoniale da inadempimento

INDICE

Capitolo I

Il danno non patrimoniale da inadempimento

1. L'art. 2059 c.c. ed il problema della sua applicabilità alla responsabilità contrattuale
2. Il fondamento normativo della tesi favorevole alla risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento: art. 1174 c.c., struttura dell'obbligazione e nozione di patrimonialità
3. (segue) Artt. 1218 e 1223 c.c.: nozione di danno non specificata in senso patrimoniale o non patrimoniale
4. La tesi contraria: il contratto come strumento di tutela di interessi esclusivamente patrimoniali in una lettura testuale dell'art. 1321 c.c.
5. (segue) Superamento della tesi contraria alla risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento

Capitolo II

Gli indirizzi elaborati e seguiti dalla giurisprudenza di merito e di legittimità anche alla luce della sentenza della Corte di Giustizia n°168 del 2002

1. Il danno non patrimoniale secondo la giurisprudenza: tra sanzione e danno
- 1.1 La Giurisprudenza Penale e la prevalente concezione sanzionatoria*

1.2 La Giurisprudenza Civile ed il definitivo superamento della concezione sanzionatoria

2. L'evoluzione della giurisprudenza in punto di danno non patrimoniale da inadempimento

2.1 La Giurisprudenza di merito e di legittimità

2.1.1 La soluzione: la teoria del cumulo di responsabilità, o meglio, del concorso di azioni

2.2 La giurisprudenza dei giudici di pace

3. Il danno non patrimoniale da inadempimento sub specie di danno da vacanza rovinata nella concezione del diritto comunitario

3.1 L'orientamento seguito dalla giurisprudenza italiana in tema di danno da vacanza rovinata

3.2 Il danno non patrimoniale da inadempimento ed i possibili riflessi favorevoli del diritto comunitario

4. La decisione delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione

5. Le riflessioni conseguenti alla decisione delle Sezioni Unite

5.1 La rivalutazione del danno di cui all'art.2059 c.c. come interesse a seguito dell'interpretazione costituzionalmente orientata delle Sezioni Unite

5.2 Rilievi in ordine all'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art.2059 c.c.

5.3 Il danno non patrimoniale da inadempimento secondo il pensiero delle sezioni unite: applicazione dell'art.2059 c.c. o interpretazione costituzionalmente orientata degli artt.1218 e s.s. c.c.? Esame delle due diverse prospettive ermeneutiche

6. La giurisprudenza successiva alla pronuncia delle Sezioni Unite

7. Cenni di diritto comparato

Capitolo III

Rilevanza, quantificazione e prova del danno non patrimoniale da inadempimento

1. Modalità di rilevanza dell'interesse non patrimoniale nel contratto: a) la causa
 - 1.1 *L'interesse non patrimoniale del debitore all'adempimento della prestazione*
 - 1.2 *“Ingiustizia del danno” e “meritevolezza degli interessi”*

2. (segue): b) gli elementi accidentali del contratto
 - 2.1 *La condizione*
 - 2.2 *Il termine*
 - 2.2 *Il modo*

3. (segue): c) la clausola penale

4. La non patrimonialità nel mercato degli interessi economici

5. La prevedibilità del danno non patrimoniale da inadempimento

6. La quantificazione del danno non patrimoniale da inadempimento
 - 6.1 *Tecniche e criteri di liquidazione del danno non patrimoniale*
 - 6.2 *La liquidazione del danno non patrimoniale da inadempimento*

7. La prova del danno non patrimoniale da inadempimento

Capitolo IV

Il danno non patrimoniale da inadempimento nei singoli contratti

1. Il danno non patrimoniale da inadempimento nel contratto di lavoro

1.1 Il mobbing

1.2 Il demansionamento e la dequalificazione professionale

1.3 Altre fattispecie di inadempimento contrattuale

2. Il danno da inadempimento nel settore sanitario

3. Il danno in particolari ipotesi di inadempimenti contrattuali

3.1 Responsabilità degli insegnanti per i danni dell'alunno cagionati a se stesso

3.2 Il danno esistenziale per l'inadempimento di alcuni contratti di servizio

3.3 Il danno da vacanza rovinata

3.4 Il trasporto di persone

3.5 Il contratto di locazione di immobili

3.6 Il contratto di compravendita

3.7 Vendita di beni di consumo

Capitolo I

Il danno non patrimoniale da inadempimento

1. L'art. 2059 c.c. ed il problema della sua applicabilità alla responsabilità contrattuale

La risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento è una delle questioni più dibattute del nostro ordinamento giuridico e da più un secolo ormai divide dottrina¹ e giurisprudenza.

La complessità di siffatta problematica è acuita dall'assenza di una espressa regolamentazione normativa, posto che non esiste, al momento, disposizione alcuna che sancisca, in via generale, se tale tipologia di danno sia risarcibile o meno e, in caso di risposta affermativa, quali siano i suoi limiti, laddove ve ne siano.

Il Codice Civile, infatti, dedica alla categoria generale del danno non patrimoniale una sola norma, peraltro, collocata alla fine del libro IV, ed esattamente a conclusione del Titolo IX, concernente i Fatti Illeciti, ossia la responsabilità aquiliana: si tratta dell'art.2059 c.c.

Appare, dunque, comprensibile perché ogni indagine in ordine alla risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento sia stata condotta sempre movendo le proprie riflessioni dallo studio di tale norma.

Per comprendere a fondo l'importanza ed il ruolo dell'art. 2059 c.c. occorre, però, brevemente ricordare il contesto giuridico-culturale preesistente all'attuale Codice Civile e le questioni affrontate dal legislatore del 1942 dalle quali è, poi, scaturita la disciplina contemplata nella norma in esame.

Prima della unificazione del Diritto Privato, né il Codice del Commercio del 1882, né, soprattutto, il Codice Civile del 1865, prevedevano espressamente la possibile ristorazione dei danni non patrimoniali. Donde, il dubbio che tali pregiudizi non fossero risarcibili. Sebbene in un primo momento la tesi favorevole fosse condivisa dalla prevalente dottrina² e giurisprudenza³ (sulla

¹ I primi studi, infatti, risalgono agli anni in cui era vigente il Codice Civile del 1865. Si veda, DALMARDELLO, *Danni morali contrattuali*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1933, GABBA, *Contributo alla teorica del danno e del risarcimento in diritto civile italiano*, in *Giur. It.*, 1896, I, 2, c.570; GIANTURCO, *Diritto delle obbligazioni. Lezioni di diritto civile raccolte da A. Rubilli e L. Gianturco*, Napoli, 1894.

² ASCOLI, *Sulla risarcibilità del danno morale*, in *Riv. dir. civ.*, 1934, p.405 e ss.; BRUGI, *Risarcimento del danno morale*, in *Riv. dir. comm.*, 1921, II, p.448 e ss.; COVIELLO, *L'art.185*

base dell'assunta onnicomprensività della formula contemplata dall'art.1151 c.c. dell'epoca), è prevalso, poi, il convincimento che soltanto i danni di carattere patrimoniale fossero da reputare risarcibili⁴.

A siffatta conclusione si perveniva sulla base della considerazione del risarcimento quale strumento volto esclusivamente alla riparazione di pregiudizi suscettibili di quantificazione economica, ossia, monetizzabili, atteso che soltanto un danno quantificabile in forza delle regole di mercato avrebbe potuto consentire al giudice la possibilità di stabilire, con sufficiente precisione, l'entità del risarcimento al quale condannare il danneggiante. E poiché il danno non patrimoniale non è per definizione quantificabile in termini monetari, mancando un univoco parametro economico al quale rapportarlo, si escludeva la sua risarcibilità in senso tecnico.

Alle ragioni di ordine testuale e funzionale-risarcitorio esposte, se ne aggiungeva, peraltro, una di carattere generale. La non risarcibilità dei danni non patrimoniali, infatti, era logica conseguenza di un'epoca in cui l'ideologia liberale, allora imperante nel nostro Paese, era principalmente orientata a tutelare ed esaltare valori quali il patrimonio, il mercato e, più in generale, ogni genere di bene economico anziché beni ed entità non suscettibili di mercificazione e, quindi, di scambio. E tutto questo perché la circolazione dei beni era ritenuta la principale fonte di ricchezza del singolo, nonché, in ultima analisi, dello Stato, con il conseguente riconoscimento del mercato, quale luogo e momento, al tempo stesso, in cui l'ordinamento giuridico avrebbe dovuto rinvenire i principali beni da proteggere, al fine di favorire il benessere generale⁵.

del codice penale e la risarcibilità dei danni morali in materia civile, in *Riv. dir. civ.*, 1932, p.317; DALMARDELLO, *Danni morali contrattuali*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1933, p.53 e ss.; GABBA, *Contributo alla teorica del danno e del risarcimento in diritto civile italiano*, in *Giur. It.*, 1896, I, 2, c.570; GIANTURCO, *Diritto delle obbligazioni. Lezioni di diritto civile raccolte da A. Rubilli e L. Gianturco*, Napoli, 1894, p.231 e 233; ROVELLI, *L'art.185 cod. pen. e la risarcibilità dei danni non patrimoniali*, in *Riv. dir. priv.*, 1935, II, p.33 e ss.

³ App. Firenze 17.12.1887, in *Foro it.*, 1888, I, c.409 e ss., confermata da Cass. Firenze 28.03.1889, in *Foro it.*, 1889, I, c.907.

⁴ PACCHIONI, *Del risarcimento dei danni morali*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, II, p.240 e ss.; IDEM, *Della irrisarcibilità dei danni morali*, ivi, 1922, II, p.178 e ss.; IDEM, *Dei delitti e dei quasi delitti*, in *Diritto civile italiano*, parte II, diritto e obbligazioni, vol. IV, p.77 e ss.

La svolta in giurisprudenza in senso non favorevole alla risarcibilità dei danni morali è avvenuta con la nota pronuncia Cass. di Roma a Sez. Unite, 27.04.1912, in *Giur. It.*, 1912, I, 1, c.837.

⁵ Era, infatti, logica conseguenza di una ideologia così propensa ad esaltare la ricchezza patrimoniale la considerazione dell'individuo in un'accezione quasi esclusivamente economico-reddituale, ed ossia, come "forza lavoro" della quale potersi avvalere per aumentare la produttività delle imprese. E ciò anche in conseguenza della rivoluzione industriale sviluppatasi

In tal senso si esprimeva la giurisprudenza⁶ dell'epoca la quale, pur riconoscendo in astratto la configurabilità del danno c.d. morale quale conseguenza della lesione di un bene immateriale, ne ammetteva il risarcimento soltanto laddove il danno conseguente avesse avuto natura economica. Si soleva affermare, più precisamente, la risarcibilità dei c.d. danni patrimoniali mediati, ossia dei pregiudizi patrimoniali indiretti promananti dalla lesione di un *diritto di natura ideale* (come gli affetti, l'onore).

La giurisprudenza, comunque, appariva particolarmente prudente nell'ammettere la risarcibilità di siffatti danni, riconoscendola, in pratica, soltanto a fronte di illeciti costituenti reato, secondo quanto stabilito dagli

in Europa dapprima in Inghilterra. Non si attribuiva, quindi, alcun rilievo a diritti fondamentali dell'individuo come, in particolare, la salute poiché non si trattava di beni suscettibili di scambio. Donde, la constatazione che quella in auge nel nostro Paese a partire dal XIX secolo era una c.d. *società dei sani*, ossia una società nella quale si riconosceva dignità ed importanza soltanto al soggetto sano e non anche al malato, atteso che la salute era considerata un bene presupposto per la funzionalità dell'individuo al fine del suo impiego in attività lavorative, ma non assurgeva al rango di bene giuridico al quale ascrivere rilevanza e tutela autonoma. Al riguardo, basti ricordare che non era prevista alcuna assistenza sanitaria, per cui curarsi costituiva un privilegio concesso soltanto a coloro i quali potevano permettersi di sostenere le spese necessarie per il pagamento di un medico e per l'acquisto delle medicine occorrenti. Siffatta concezione patrimonialistica della persona è rimasta attuale nel nostro ordinamento per diversi decenni anche dopo l'entrata in vigore del Codice Civile del 1942 e della Costituzione Repubblicana del 1948. Non a caso il Codice Civile attualmente in vigore dedica soltanto tre norme alla tutela della salute ed ossia gli artt.5, 1580 e 2087 c.c. rispettivamente attinenti agli atti di disposizione del proprio corpo, alla risoluzione del contratto di locazione laddove si rinviengano condizioni abitative capaci di arrecare nocumento alla salute del conduttore, ed alla tutela della salute del lavoratore quale oggetto specifico di obbligazione a carico del datore di lavoro. Si tratta di norme volte a garantire il rispetto della salute in funzione di un interesse patrimoniale che si coglie nella considerazione dell'individuo quale fonte reddituale per sé e soprattutto per il Paese. Soltanto a partire dagli anni settanta del secolo scorso è mutata nel nostro ordinamento la concezione dell'individuo in ragione del suo "essere" e non del suo "avere", grazie in particolare all'evoluzione della giurisprudenza (soprattutto in punto di danno biologico e di danno esistenziale) ed anche all'intervento del legislatore (si pensi alla Legge Istitutiva del Servizio Nazionale Sanitario che ha riconosciuto la salute quale diritto pubblico di tutti ed uguale per tutti, ed avente per oggetto la pretesa di ogni singolo cittadino ad essere curato a spese dello Stato).

⁶ Così Cassazione Roma, 18 maggio 1923, e sezioni unite 22 maggio 1923. In particolare, Cassazione Sez. I, 20 ottobre 1924: "*Questo collegio, di già in precedenti pronunciati, ha affermato che: a) i cosiddetti danni morali di regola non danno luogo ad indennizzo, precisamente perché nota caratteristica ed essenziale di essi è l'assenza di ogni lesione di diritto, suscettivo di reintegrazione, sotto forma di equivalente economico; b) solo quando risulti dimostrato che dalla lesione di uno dei beni, avente contenuto non patrimoniale, derivi in modo mediato una influenza su beni ed attività patrimoniali, in tal caso e limitatamente a dette conseguenze indirette, ne è consentita la rivalsa. [...] Nel danno morale, il bene, il diritto offeso è di natura ideale (affetti, onore, ecc.) e tali sono pure le conseguenze delle lesioni: nel danno patrimoniale invece il diritto offeso è di natura economica (o proprietà): fra le due ipotesi si pone intermedia quella, denominata in dottrina e giurisprudenza del danno morale, con ripercussioni economiche. Né può dirsi, come fanno i ricorrenti, che queste ripercussioni economiche sono sempre implicite nei danni morali e pertanto sia sempre da ammettersene la rivalsa: tutto ciò non è esatto, non solo perché sotto forme ingannevoli, mira ad affermare per un verso la risarcibilità esclusa per un altro: ma inoltre perché quegli che deduce l'esistenza di tale influenza, deve dimostrarne la esistenza, come alcunché di certo, di attuale e non come fatto meramente potenziale".*

artt.37 e 38 c.p. del 1889 e dagli artt.7 e 8 c.p.p. del 1865. Tali norme non richiamavano la nozione di danno morale o di danno non patrimoniale, ma menzionavano tra i legittimati all'azione civile la parte danneggiata e, soprattutto, quella offesa. Ed è proprio con riguardo a quest'ultima che la teoria del danno morale veniva ripresa dalla giurisprudenza, in particolare considerazione di quanto previsto dall'art.38 c.p. del 1889, secondo il quale laddove il reato avesse leso l'onore della vittima o della sua famiglia, ancorché non avesse cagionato un danno, la parte offesa avrebbe potuto domandare ed ottenere una somma determinata a titolo di riparazione. Da notare che il legislatore dell'epoca volutamente preferisce al termine "risarcimento" quello di "riparazione", proprio al fine di sottolineare la diversità strutturale dei due rimedi, atteso che il primo è possibile soltanto a fronte di pregiudizi di natura economica, mentre il secondo sarebbe un rimedio satisfattivo con spiccata natura sanzionatoria più che ripristinatoria, desumibile dal procedimento di quantificazione soltanto sommariamente ed indirettamente riferibile ad un danno che, si assume, non poter essere suscettibile di puntuale traduzione in termini monetari.

Il carattere propriamente afflittivo dell'art.38 citato⁷ è rinvenibile anche nell'art.185 c.p. del 1930, nella parte ove ammette che l'autore del reato possa essere condannato al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali cagionati con la propria condotta. Tuttavia, si coglie agevolmente un'evoluzione, in punto di tecnica normativa, di rilevante momento; infatti, il legislatore del 1930 ha inteso specificare, per la prima volta, la tipologia dei danni risarcibili, distinguendoli in patrimoniali e non patrimoniali, così sembrando voler riconoscere pari dignità di fronte alla legge alle due categorie di pregiudizi in esame. Inoltre, come si evince dalla relazione al Codice Penale del 1930, il legislatore ha preferito la nozione di danno non patrimoniale a quella di danno morale al fine di evitare i dubbi interpretativi cui quest'ultima avrebbe potuto dare luogo. Si trattava, in particolare, della circostanza che il danno morale venisse inteso – come lo era all'epoca – comprensivo anche delle c.d. conseguenze patrimoniali indirette. Per cui il ricorso a tale nozione avrebbe

⁷ che, occorre ribadire, si desume agevolmente dal suo tenore testuale laddove, da un lato, afferma la comminazione di una somma di denaro in un'ottica sanzionatoria perché del tutto autonoma dalla sussistenza di un danno, e, dall'altro, qualifica tale somma di denaro quale riparazione e non risarcimento per il torto subito.

potuto comportare l'inaccettabile conseguenza di limitare alle ipotesi di illeciti costituenti reato non solo il risarcimento dei danni propriamente non patrimoniali, ma anche quello dei danni patrimoniali promananti dall'offesa arrecata ai beni immateriali costituenti la sfera morale dell'individuo.

La tendenza legislativa a limitare la risarcibilità dei danni non patrimoniali, è stata successivamente confermata anche dal legislatore del 1942, il quale all'art.2059 c.c. ha espressamente stabilito che tali danni sono risarcibili nei soli casi previsti dalla legge.

Come è agevole evincere dalla Relazione al Codice Civile⁸, la norma in esame limita la risarcibilità dei pregiudizi non suscettibili di valutazione economica alle sole ipotesi di illecito costituente reato perché trattasi di fatti in cui l'antigiuridicità è particolarmente pregnante e, d'altra parte, più intensamente è avvertita dall'ordinamento la necessità di approntare strumenti di repressione idonei ad assolvere anche ad una funzione di natura preventiva.

Negli anni successivi il legislatore ha ampliato sempre più le ipotesi⁹ in cui la risarcibilità di tali danni è ammessa, in conseguenza della crescente rivalutazione sociale del danno non patrimoniale quale categoria dogmatica posta a presidio non più soltanto della sofferenza morale propriamente intesa

⁸ La Relazione al Codice Civile par. 803: «Circa il risarcimento dei danni cosiddetti morali, ossia circa la riparazione o compensazione indiretta di quegli effetti dell'illecito che non hanno natura patrimoniale, si è ritenuto di non estendere a tutti la risarcibilità o la compensazione, che l'art.185 del codice penale pone soltanto per i reati.

La resistenza della giurisprudenza a tale estensione può considerarsi limpida espressione della nostra coscienza giuridica. Questa avverte che soltanto nel caso di reato è più intensa l'offesa all'ordine giuridico e maggiormente sentito il bisogno di una più energica repressione con carattere anche preventivo. Il nuovo codice si è perciò limitato a dichiarare che il danno non patrimoniale deve essere risarcito (in senso largo) solo nei casi previsti dalla legge, presente o futura, e nelle forme, eventualmente diverse da un'indennità pecuniaria, da essa stabilite».

⁹Art. 1¹ l. n. 117/1988 (illegittima detenzione), 2 l. n. 89/2001 (irragionevole durata del processo), 15² d.lgs. n. 196/2003 (lesione del diritto del privacy), 4⁴ d.lgs. n. 215/2003 (discriminazioni contrattuali per motivi razziali, etnici, religiosi, di salute o condizione psico-fisica), 3³ l. n. 67/2006, 4⁵ d.lgs. n. 216/2003, 37^{3,4}, 38¹, 55-*quinquies*⁷ d.lgs. n. 198/2006 (danni derivanti da atti lesivi dei principi di "pari opportunità" e parità di trattamento nel lavoro tra uomini e donne), 158³ l. dir. aut. (lesione del diritto d'autore), 125¹ cod. proprietà industriale (danni da lesione dei diritti di proprietà industriale). A queste ipotesi secondo PARADISO, in *"Danno esistenziale" e "danni non patrimoniali" tra ingiustizia del danno e abrogazione di fatto dell'art. 2059 c.c.*, Atti del convegno *"I danni: verso quali prospettive"*, Catania, 23 e 24 novembre 2007, andrebbero aggiunte quelle desumibili dalla violazione degli obblighi risarcitori esplicitamente previsti dall'art. 129-*bis* c.c. per annullamento del matrimonio, dall'art. 18⁴ l. n. 300/1970 per il licenziamento ingiurioso, dall'art. 709-*ter* c.p.c. per l'inadempimento dei doveri verso i figli e, forse, anche dall'art. 300 d.lgs. n. 152/2006 per lo stesso danno ambientale. Tra le ipotesi normativamente tipizzate si potrebbe financo addurre il danno biologico, ormai legislativamente riconosciuto negli infortuni sul lavoro dall'art. 13 d.lgs. n. 38/2000 e nell'assicurazione R.C.A. dall'art. 138 d.lgs. n. 209/2005.

(*pretium doloris*) ma anche dei valori fondamentali riconosciuti dalla Costituzione ad ogni individuo, in quanto essere umano.

Questa evoluzione della nozione di danno non patrimoniale si deve alle tante pronunce con cui la giurisprudenza¹⁰ ha affrontato e risolto la questione del danno biologico, prima, e del danno esistenziale, poi.

Chiariti, dunque, sia pure per sommi capi, i precedenti normativi dell'art.2059 c.c.¹¹, occorre adesso indagare in ordine alla sua portata applicativa, per comprendere se tale disposizione possa o meno costituire un riferimento appropriato per la complessa tematica concernente la risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento.

Sul punto la dottrina si è divisa; infatti, sebbene la collocazione sistematica dell'art.2059 c.c. dovrebbe indurre ad escludere qualunque incidenza, in punto di disciplina, con riguardo all'inadempimento in generale, non tutti gli autori riconoscono alla norma in esame il medesimo ruolo nell'ambito della responsabilità disciplinata dal Codice Civile.

Possiamo distinguere due posizioni: da un lato, coloro i quali ritengono applicabile l'art.2059 c.c. alla responsabilità contrattuale, e, dall'altro, coloro i quali pervengono alla conclusione opposta sottolineando l'importanza di una stretta valutazione della collocazione sistematica della norma.

I primi¹² considerano l'art.2059 c.c. alla stregua non di una disposizione dettata soltanto per la disciplina dei fatti illeciti, ma di una norma di rango generale, esattamente, posta a *chiusura dell'intero sistema risarcitorio*. Coloro i quali condividono questo indirizzo pervengono a siffatta conclusione sulla base di due ordini di considerazioni.

¹⁰ Corte Cost.184/1986, n. 372/1994; Cass. S.U. 8827 e 8828 del 2003; Corte Cost.233/2003; e poi Cass. S.U. del 11/11/2008 nn. 26972, 26973, 26974 e 26975.

¹¹ Peraltro, merita di essere segnalato anche un recente tentativo di modifica normativa, non andato a buon fine, volto ad adeguare il dettato del Codice Civile alla nuova realtà dei danni non patrimoniali. Si tratta del Disegno di legge recante la "Nuova disciplina in tema di danni alla persona", presentato dal Consiglio dei Ministri il 4 giugno 1999 (pubblicato in *Danno e responsabilità*, 1999, p.727) che prevedeva: a) la riformulazione dell'art.2059 c.c. e della sua rubrica (che sarebbe stata modificata da "Danni non patrimoniali" in "**Danno morale**"); b) l'introduzione degli artt. 2056 *bis* e *ter*, disciplinanti il risarcimento del **danno biologico**; c) l'introduzione dell'art.2059 *bis*, riguardante il **danno morale dei prossimi congiunti**.

¹² ASQUINI, *Massime non consolidate in tema di responsabilità nel trasporto di persone*, Riv. dir. comm., 1952, II, 2; BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1964; BIANCA, *Diritto Civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 1994; DE CUPIS, *Il danno*, vol. I, Milano, 1979; RUSSO, *Concorso dell'azione aquiliana con la contrattuale nel trasporto di persone*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1950, 962.

La prima consistente nel rivalutare la collocazione sistematica della norma, atteso che essa, costituendo l'unica disposizione del Codice Civile in punto di danni non patrimoniali, sarebbe stata volutamente posta dal legislatore alla fine del libro IV per meglio sottolineare la sua applicabilità all'intera disciplina delle obbligazioni, a prescindere dalla loro fonte (contrattuale o extracontrattuale).

La seconda considerazione, invece, è di natura generale e muove dalla lettura costituzionale dell'art.2059 c.c. concepita e sancita dalle S.U. del 2003. Avendo, infatti, la giurisprudenza ampliato il significato della nozione di danno non patrimoniale anche ai pregiudizi derivanti dalla lesione di interessi costituzionalmente rilevanti dell'individuo (quali ad es. la salute), rinvenendosi nella norma costituzionale di riferimento il parametro normativo capace di soddisfare la riserva di legge contemplata dall'art.2059 c.c., molti autori ritengono incoerente sul piano sistematico limitare l'ambito di operatività della norma in esame ai soli fatti illeciti, atteso che la lesione dei beni fondamentali dell'individuo non è un fatto limitato alla sola responsabilità aquiliana, ben potendo anche il contratto costituire strumento capace di arrecare offesa ai beni¹³ predetti (si pensi ad esempio alla responsabilità medica).

D'altra parte la limitazione dell'ambito di operatività dell'art.2059 c.c. – e della connessa rilevanza di tali beni – alla sola responsabilità extracontrattuale potrebbe, financo, esporre tale norma ad una declaratoria di illegittimità costituzionale, risolubile dalla Consulta con la pronuncia di una sentenza di tipo additivo volta ad estendere l'applicazione dell'art.2059 c.c. alla responsabilità contrattuale.

La conclusione alla quale pervengono i sostenitori dell'indirizzo in esame è, dunque, nel senso di ritenere risarcibile il danno non patrimoniale

¹³Così, BIANCA, *Diritto Civile*, V, *La responsabilità*, cit., p.170: “La tesi secondo la quale solo l'illecito civile sarebbe suscettibile di provocare danni morali rilevanti era in passato giustificata principalmente dall'idea che danni morali risarcibili sono esclusivamente quelli derivanti da reato. Poteva allora osservarsi che hanno carattere del tutto eccezionale le ipotesi d'inadempimento previsto dalla legge penale come fattispecie di reato.

La riconosciuta risarcibilità del danno biologico ha ora tuttavia dato largo ingresso al danno non patrimoniale da inadempimento. L'integrità psicofisica e la salute – e gli altri diritti fondamentali dell'uomo – possono infatti essere lesi da fatti inquadrabili sia nell'illecito civile sia nell'inadempimento e dar luogo al risarcimento del danno senza riferimento alla norma penale (si pensi alle lesioni personali provocate da una mal fatta operazione chirurgica).

In tali casi la pretesa risarcitoria prescinde dal riferimento alla legge penale, ed essa può avere ad oggetto i danni non patrimoniali anche se basata sulla responsabilità contrattuale del danneggiante”.

contrattuale in caso di inadempimento-reato o di lesione dei diritti fondamentali dell'individuo¹⁴, a prescindere dalla circostanza che l'obbligazione sia preordinata al soddisfacimento di un interesse non patrimoniale del creditore danneggiato.

Conseguenza dell'accoglimento di siffatta tesi sarebbe una limitazione notevole dell'ambito di configurabilità del danno non patrimoniale da inadempimento; infatti, nel nostro ordinamento le ipotesi di inadempimento-reato sono assai esigue, (oltre che, secondo alcuni, di rara evenienza)¹⁵. Inoltre, le ipotesi di lesione contrattuale di un diritto costituzionale della persona si traducono in fatti di rilievo anche extracontrattuale, con la conseguente configurazione della problematica del c.d. concorso di responsabilità¹⁶

Molto più complesso è, invece, l'esame di quella parte della dottrina orientata nel senso di escludere l'applicabilità dell'art.2059 c.c. alla disciplina dell'inadempimento.

Infatti, coloro i quali condividono tale assunto pervengono a conclusioni opposte al punto da determinare la sussistenza di due posizioni: l'una, volta ad escludere l'ammissibilità del danno non patrimoniale da inadempimento, con

¹⁴ Così, BIANCA, *Diritto Civile*, V, *La responsabilità*, cit., p.171: "Al di fuori della lesione dei diritti fondamentali (e delle rare ipotesi di inadempimenti-reati) il danno non patrimoniale contrattuale è giuridicamente irrilevante. Anche se l'obbligazione è diretta a soddisfare interessi non patrimoniali il creditore potrà dolersi solo dei riflessi economici negativi dell'inadempimento". Questo orientamento interpretativo non considera l'art.1174 c.c. rilevante ai fini della questione in esame.

¹⁵ GAZZARRA, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Napoli, 2003, p.36. Le fattispecie di illeciti contrattuali che possono concretare anche un reato sono previste dall'art.251 c.p. (Inadempimento di contratti di forniture in tempo di guerra), dall'art.252 c.p. (Frode di forniture in tempo di guerra), dall'art.355 c.p. (Inadempimento di contratti di pubbliche forniture), dall'art.356 c.p. (Frode nelle pubbliche forniture), dall'art.515 c.p. (Frode nell'esercizio del commercio), dall'art.388 c.p. (Mancata esecuzione di un provvedimento del giudice), dall'art. 641 c.p. (Insolvenza fraudolenta), dall'art.640 c.p. (Truffa, quando si espliciti tramite un'attività contrattuale), dall'art.646 (Appropriazione indebita).

Da notare, dunque, che deve ritenersi ormai superata la teoria che escludeva la risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento perché ai sensi dell'art.2059 c.c. e dell'art.185 c.p. i pregiudizi non patrimoniali risarcibili sarebbero soltanto quelli conseguenti alla commissione di fatti, anche astrattamente, configuranti reato, atteso che tali fatti sarebbero sempre civilisticamente costituenti illeciti aquiliani e non inadempimenti di obblighi contrattuali. Le fattispecie incriminatrici sopra richiamate, infatti, puniscono condotte direttamente o indirettamente connesse alla sussistenza di un contratto, e possono ricondursi nelle due ampie categorie dogmatiche dei «reati-contratto» o dei «reati in contratto», secondo che la norma penale punisca, rispettivamente, il fatto della stipula in sé del contratto, a causa del suo oggetto o del programma illecito che le parti intendono realizzare, ovvero il fatto costituito dalle modalità di conclusione o di esecuzione del contratto. Per cui è possibile sottolineare che il disvalore penale è incentrato nei primi sull'oggetto dell'accordo e nei secondi sulle modalità tramite le quali si perviene all'accordo o si esegue il contratto già concluso (LIBERATI, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Padova, 2004, p.81,82).

¹⁶ Sulla quale vedi Cap. II § 2.1.1.

conseguente esclusione della sua risarcibilità¹⁷; l'altra, invece, favorevole al riconoscimento di siffatta tipologia di pregiudizi quale categoria di danno autonoma rispetto a quella omologa di matrice extracontrattuale espressamente sancita dall'art.2059 c.c., con il conseguente affermazione della risarcibilità dei pregiudizi non economici senza limitazioni legislative alcune¹⁸.

Procedendo con ordine all'esame del complesso orientamento dottrinario *de quo*, occorre, in primo luogo, soffermarsi sulle ragioni che escluderebbero l'applicabilità dell'art.2059 c.c. alla responsabilità contrattuale.

Anzitutto, si sottolinea la rilevanza della collocazione sistematica della norma, atteso che già da una prima lettura si coglierebbe in modo evidente l'intento del legislatore di limitare l'ambito di operatività dell'art.2059 c.c. ai soli fatti illeciti, sicché una diversa interpretazione sarebbe priva di riscontri testuali sufficienti a sostenerla, tanto da doversi considerare arbitraria.

La conferma di siffatto orientamento interpretativo è rinvenibile nell'art.2056 c.c.; tale norma, infatti, nel mettere in relazione le diverse discipline della responsabilità contrattuale e della responsabilità aquiliana, sancisce espressamente la sussistenza di un rapporto di univocità (e non di biunivocità) della prima nei confronti della seconda, atteso che è una parte della disciplina della responsabilità contrattuale ad essere applicabile anche alla responsabilità extracontrattuale e non viceversa. Pertanto, essendo la responsabilità aquiliana a mutuare una parte della propria regolamentazione dalle disposizioni concernenti l'inadempimento, non sarebbe possibile riconoscere all'art.2059 c.c. il ruolo di norma di chiusura dell'intero sistema

¹⁷ CHIRONI, *La colpa nel diritto civile moderno – La colpa contrattuale*, Torino, 1897.

In giurisprudenza il principio è stato affermato da Cass. Sez. III, 23.12.2003, n°19769, in *Giust. civ.*, 2004, I, 1763, nella parte ove si chiarisce che: **“nessuna responsabilità per danno morale poteva porsi a carico della convenuta, poiché detto danno presuppone sempre l'esistenza di una responsabilità extracontrattuale”** (il caso era quello del furto in albergo di cose appartenenti ad un cliente che aveva chiesto il risarcimento dei danni; i giudici di merito avevano riconosciuto la responsabilità contrattuale dell'albergatore, negando il risarcimento del danno morale. Il cliente allora ricorreva in Cassazione lamentando la violazione ed omessa applicazione degli artt.2043 e 2059 c.c. nonché dell'art.185 c.p. e, quindi, degli artt.2909 c.c. e 324 c.p.c. in relazione all'art. 360 n°3 c.p.c. Senonché, non essendo stata impugnata la sentenza nella parte ove affermava soltanto la responsabilità contrattuale e non anche quella extracontrattuale dell'albergatore e, quindi, essendosi sul punto formato il giudicato interno, il motivo è stato ritenuto infondato). Così anche App. Perugia 8.6.1998, in *Rass. giur. umbra*, 1999, 1, che afferma il principio secondo il quale “non è ammissibile il risarcimento del danno morale consistente nell'afflizione derivante da inadempimento contrattuale”.

¹⁸ GAZZARRA M., *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Napoli, 2003; LIBERATI A., *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Padova, 2004; PARADISO M., *“Danno esistenziale” e “danni non patrimoniali” tra ingiustizia del danno e abrogazione di fatto dell'art. 2059 c.c.*, Atti del convegno *“I danni: verso quali prospettive”*, Catania, 23 e 24 novembre 2007.

risarcitorio, poiché siffatta interpretazione significherebbe affermare l'applicabilità alla responsabilità contrattuale di una disposizione dettata per la responsabilità extracontrattuale, così violando il sistema relazionale (non biunivoco) sancito dall'art.2056 c.c. tra le due discipline.

D'altra parte, pur coloro i quali condividono siffatto assunto non pervengono alle medesime conclusioni, atteso che alcuni autori escludono la risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento, mentre altri lo ammettono.

Quanti propendono per la prima prospettiva interpretativa¹⁹, ed ossia per quella che desumerebbe dalla non applicabilità dell'art.2059 c.c. alla responsabilità contrattuale la non risarcibilità dei pregiudizi non economici derivanti da inadempimento, muovono da una considerazione tradizionale del concetto di obbligazione, posto che sarebbe possibile dedurre in contratto soltanto interessi di natura patrimoniale. Tale assunto sarebbe confermato, anzitutto, da un'argomentazione di carattere generale, in quanto l'oggetto dell'autonomia negoziale è principalmente costituito dai diritti disponibili, e tali sono, in linea di massima certamente, quelli di carattere patrimoniale. Poi, un'ulteriore argomentazione sarebbe di ordine testuale, posto che a conferma della correttezza della tesi sostenuta sarebbe possibile richiamare l'art.1321 c.c., nella parte ove definisce il contratto quale strumento volto alla regolamentazione di rapporti giuridici patrimoniali. La patrimonialità del rapporto, infatti, ivi richiamata dovrebbe essere considerata caratterizzante l'obbligazione contrattuale non soltanto in relazione all'oggetto (e, quindi, alla prestazione promessa dal debitore) ma anche in ordine all'interesse creditorio. Donde, il convincimento che, se il contratto costituisce la principale fonte di esplicazione dell'autonomia negoziale, e se soltanto diritti patrimoniali possono costituirne l'oggetto, sarebbe plausibile desumere che soltanto danni patrimoniali potrebbero promanare dall'inadempimento di un'obbligazione.

In tal senso, si esprime quella parte della dottrina²⁰ che sottolinea, da un lato, come il danno morale non si identificherebbe soltanto nelle sensazioni dolorose ma sarebbe comprensivo anche delle conseguenze connesse alla

¹⁹ BUSNELLI, *Interessi della persona e risarcimento del danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996; RAVAZZONI, *La riparazione del danno non patrimoniale*, Milano, 1962; R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, 316; ZENO-ZENCOVICH, *Interesse del creditore e danno contrattuale non patrimoniale*, in *Riv. dir. comm.*, 1987.

²⁰ R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale*, in *Riv. dir. civ.*, 1957.

lesione di beni della personalità, e, dall'altro, come tali beni non possano, in linea di principio, costituire oggetto di un'obbligazione.

Non manca, poi, chi esclude la risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento sulla base di una considerazione di carattere sistematico, atteso che, diversamente opinando, sarebbe incoerente che l'ordinamento da un lato limiti ai casi previsti dalla legge il danno non patrimoniale derivante dall'illecito aquiliano, per poi ammettere, dall'altro lato, implicitamente la piena e generale risarcibilità del danno non patrimoniale conseguente alla violazione del contratto: tale incoerenza sistematica, sarebbe desumibile dalla considerazione dell'illecito extracontrattuale quale fatto giuridico di maggiore gravità rispetto a quella costituita dall'inadempimento. Donde, la logica conclusione, secondo questa impostazione, di ritenere doverosa una maggiore apertura alla risarcibilità dei danni non patrimoniali laddove l'illecito da cui promanano sia da considerare più riprovevole per l'ordinamento giuridico; e poiché più grave dovrebbe considerarsi l'illecito extracontrattuale sarebbe logico considerare, secondo quanti condividono quest'ordine di idee, che se il legislatore ha limitato ad ipotesi tassativamente e normativamente previste la risarcibilità dei pregiudizi non economici, siffatta tipologia di nocuenti non dovrebbe essere risarcibile in un settore, come quello contrattuale, ove nessuna disposizione espressamente li prevede o ne regolamenti in modo esplicito la disciplina²¹.

Per contro, altri autori, infatti, sottolineano, anzitutto, che dal silenzio del legislatore non è possibile desumere conclusioni nell'un senso o nell'altro: in mancanza di una espressa disciplina normativa si potrebbe sostenere, alternativamente, che i pregiudizi in esame non sono risarcibili, ovvero che essi sono risarcibili senza limitazioni dovendosi in tal senso concludere sulla base del convincimento che il silenzio serbato da legislatore sarebbe indicativo della volontà di non limitare in ambito contrattuale il risarcimento del danno non

²¹ ZENO-ZENCOVICH, *Danni non patrimoniali e inadempimento*, p.116: “anche qualora si volesse negare l'applicazione, in caso di inadempimento, della regola dell'art.2059 c.c., la risarcibilità del danno da qua andrebbe ugualmente esclusa in base ad un'esigenza di coerenza interna al sistema risarcitorio, in quanto vi sarebbe il rischio di una maggiore estensione del danno non patrimoniale da inadempimento rispetto a quello da illecito, strettamente ancorato al limite di cui all'art.2059 c.c. Il risultato sarebbe quello di un sistema disarmonico che offrirebbe un maggiore ristoro alle posizioni del contraente leso rispetto a colui che subisce una violazione del *neminem laedere*. Sarebbe infatti incoerente che l'ordinamento riconoscesse l'illimitata risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento e non invece nel caso, più grave, di illecito aquiliano”.

patrimoniale alle sole ipotesi previste dalla legge, come invece, lo è in relazione agli illeciti aquiliani.

Donde, la necessità di ulteriori elementi che possano circostanziare il silenzio del legislatore al fine di attribuirgli un significato preciso e, conseguentemente, indurre l'interprete a propendere per l'una o l'altra delle conclusioni prospettate. Tali elementi sono costituiti sia dalle norme di regolamentazione dei fondamentali profili disciplinari della responsabilità da inadempimento, nonché da rilievi di carattere sistematico volti a verificare la coerenza e la compatibilità della tesi con i principi sanciti nella nostra Carta costituzionale.

In tal senso, le norme da esaminare sono certamente gli artt.1218, 1223, 1225, 1321 c.c. e, prima ancora di queste, l'art.1174 c.c. che fornisce la nozione di obbligazione.

Per quanto, poi, concerne l'argomento della maggiore gravità degli illeciti extracontrattuali rispetto all'inadempimento, dalla quale discenderebbe la conclusione volta ad affermare l'inammissibilità del danno non patrimoniale contrattuale (se non in toto, almeno secondo le forme e le modalità che gli riconoscerebbero un ambito di configurabilità superiore a quello sancito dall'art.2059 c.c.), si risponde che conclusioni di tal fatta sono non condivisibili, poiché fondati su giudizi di valore e, come tali, del tutto soggettivi e suscettibili di differente valutazione da persona a persona²². Questa critica appare fondata in considerazione, peraltro, della circostanza che nel diritto civile la maggiore o minore gravità di un illecito non può desumersi dalla disciplina applicabile, perché non è prestabilita una sanzione²³ determinata in un massimo ed un minimo edittale, come lo è, invece, nel diritto penale. Infatti, nell'ambito della

²² Quello in esame costituisce un dibattito analogo a quello riscontrabile nel diverso settore del diritto penale con l'affermazione del principio di offensività e della sua conseguente proiezione applicativa della teoria dei reati mono-pluri/offensivi. Infatti, a seguito della distinzione dei reati in mono-offensivi e pluri-offensivi (con l'ulteriore distinzione di quest'ultimi in reati necessariamente pluri-offensivi ed eventualmente pluri-offensivi), si è introdotto un elemento capace di incidere in modo quasi destabilizzante sulle decisioni dei Giudici, atteso che la punibilità o non punibilità (ex art.49 cpv. c.p. a titolo di reato impossibile per mancanza dell'oggetto) di un fatto può dipendere dalla qualificazione della fattispecie incriminatrice contestata dal Pubblico Ministero quale reato appartenente all'una categoria o all'altra. Per queste ragioni si ritiene non condivisibile il tentativo di introdurre nel diritto civile parametri valutativi fondati su giudizi di valore.

²³ Peraltro, il concetto stesso di *sanzione* non sembra del tutto in armonia con il sistema della responsabilità civile accolto nel nostro ordinamento, ove si pensi che l'obbligazione risarcitoria è orientata a ripristinare la situazione preesistente alla commissione dell'illecito nella sfera giuridica del danneggiato e, quindi, non è preordinata a punire il danneggiante condannandolo ad un sacrificio economico in tutto o in parte sganciato dall'entità dei danni cagionati.

responsabilità civile la gravità di un illecito, sia esso aquiliano o di fonte contrattuale, dipende più precisamente da due fattori e cioè, anzitutto, dalla rilevanza riconosciuta dall'ordinamento giuridico al diritto leso, o più genericamente, all'interesse meritevole di tutela violato²⁴, e poi, dall'atteggiamento psicologico che ha contraddistinto la condotta del danneggiante, ed ossia dal dolo o dalla colpa. E poiché la lesione dei diritti (compresi quelli fondamentali della persona tutelati dalla nostra Carta costituzionale) può conseguire tanto dall'inadempimento quanto da un illecito interscambio tra soggetti non congiunti da relazioni di tipo contrattuale, non è possibile ritenere corretta la tesi che afferma, in linea di massima, più grave l'illecito aquiliano rispetto all'inadempimento.

Compreso, dunque, che nessun elemento utile è desumibile dalla collocazione dell'art.2059 c.c., occorre condurre l'indagine esaminando le disposizioni del Codice Civile disciplinanti la responsabilità contrattuale per verificare la sussistenza di indici capaci di poter affermare o confutare la tesi favorevole alla risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento.

Senonché, quello in esame è un tema non limitato ai contratti ma coinvolge, più in generale, l'intero ambito delle obbligazioni. L'inadempimento, infatti, si configura a fronte di qualsiasi obbligazione insoddisfatta, sia essa di origine contrattuale o meno. Per cui appare opportuno sottolineare che quella genericamente definita responsabilità contrattuale altro non è se non la disciplina dell'inadempimento applicabile ad ogni obbligazione diversa dal fatto illecito. Siffatta precisazione è molto importante perché costituisce la conseguenza di una svolta della dottrina e della giurisprudenza nel modo di intendere la responsabilità. In passato, infatti, il confine fra la responsabilità contrattuale e la responsabilità aquiliana era esclusivamente costituito dall'esistenza (per la prima) o dall'inesistenza (per la seconda) di un contratto fra danneggiante e danneggiato. Ma questo criterio è cambiato poiché adesso si impone di conferire rilievo più che alla *fonte* dell'obbligazione, alla *configurabilità di una specifica obbligazione* tra danneggiante e danneggiato, preesistente all'illecito²⁵.

²⁴ In tal senso il Giudice dovrà valutare l'importanza dell'interesse leso richiamandosi ai valori fondamentali del nostro ordinamento giuridico sanciti dalla Costituzione, secondo quanto espressamente chiarito, con la ormai nota pronuncia n.500 dalle S.U. nel 1999.

²⁵ Il contratto, il fatto illecito, e ogni altro fatto o atto idoneo a produrla; categoria, quest'ultima, in cui rientrano, le promesse unilaterali, la *negotiorum gestio*, l'ingiustificato arricchimento,

Per queste ragioni si ritiene opportuno esaminare la struttura delle obbligazioni prima ancora di approfondire la disciplina contemplata dagli artt.1218 e ss c.c.

2. Il fondamento normativo della tesi favorevole alla risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento: l'art.1174 c.c., struttura dell'obbligazione e nozione di patrimonialità

Secondo il dettato dell'art.1174 c.c. l'obbligazione si compone di due elementi costitutivi: quello oggettivo della patrimonialità della prestazione, e quello soggettivo dell'interesse creditorio al cui soddisfacimento tende l'adempimento della prestazione.

Con riguardo al primo, si discute sui caratteri della patrimonialità, ossia sui requisiti in presenza dei quali una prestazione possa ritenersi suscettibile di valutazione economica. Sul punto, si sono delineate due teorie in dottrina : da un lato quella c.d. oggettiva, e dall'altra quella c.d. soggettiva.

La prima ritiene patrimoniale la prestazione allorchè tale sia considerata dal mercato, in quanto bene, attività, suscettibile di scambio e di circolazione secondo la regola della domanda e dell'offerta. La seconda, invece, attribuisce rilevanza alla volontà dei contraenti, di guisa che potrà ritenersi patrimoniale ogni prestazione alla quale le parti abbiano attribuito un valore economico attraverso gli strumenti negoziali rimessi alla loro disponibilità: ed, esattamente, tramite la previsione di una controprestazione in denaro, ovvero l'inserimento di una clausola penale per l'ipotesi di inadempimento. La prevalente dottrina sembra condividere la teoria soggettiva²⁶, e tale indirizzo appare conforme anche a quanto chiarito dalla Relazione al Codice Civile, nella parte ove, al par.557, specifica che *“La possibilità di valutazione economica non si ha soltanto se la prestazione abbia un intrinseco valore patrimoniale, ma anche quando lo riceve di riflesso dalla natura della controprestazione ovvero da una valutazione fatta dalle parti, come nel caso in cui si conviene una clausola penale. Da ciò deriva la necessità di valutare la pecuniarietà della prestazione considerando il rapporto nel suo complesso”*.

nonché la legge, i regolamenti, gli atti normativi comunitari (regolamento e soprattutto direttive quando producono effetti diretti), ecc...

²⁶ GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2001, p.553.

Con riguardo, invece, al c.d. requisito soggettivo dell'obbligazione, l'art.1174 c.c. prevede la possibilità che l'interesse del creditore non sia patrimoniale.

Siffatta specificazione ha destato più di una perplessità nella dottrina in quanto non appariva coerente con un sistema chiaramente ispirato alla tutela degli interessi patrimoniali qual è quello delineato dal legislatore nell'attuale Codice Civile²⁷.

Per questo motivo, alcuni autori avevano sostenuto l'inadeguatezza, e quindi anche l'insufficienza, dell'interesse non patrimoniale a giustificare da solo il vincolo giuridico dell'obbligazione. Donde, la teoria secondo la quale l'obbligazione necessiterebbe sempre di un interesse patrimoniale, al quale può al più aggiungersi un interesse non patrimoniale del creditore, poiché soltanto il primo sarebbe risarcibile a fronte dell'inadempimento²⁸. Tale conclusione sarebbe confermata dalla patrimonialità che contraddistingue (senza eccezioni) l'oggetto dell'obbligazione, ossia, la prestazione; in altre parole, se la prestazione deve avere natura patrimoniale, l'interesse corrispondente del creditore deve condividere tale carattere, giacché non sarebbe riconosciuta tutela giuridica anche all'interesse non patrimoniale.

Questa teoria è ormai superata, in quanto muove dall'assunto secondo cui vi sarebbe una stretta connessione tra la natura del danno conseguente all'inadempimento ed il risarcimento, da un lato, e tra la natura del danno e la natura dell'interesse dalla cui lesione il danno medesimo deriva, dall'altro. Infatti, se l'inadempimento si traduce in un danno risarcibile occorre che tale danno sia di natura patrimoniale (atteso che i danni non patrimoniali sarebbero soltanto riparabili ma non risarcibili, in quanto non esattamente quantificabili sul piano economico); assunto, questo, che, a dire dei sostenitori di siffatto indirizzo, sarebbe direttamente confermato dall'art.1174 c.c. laddove chiarisce che l'oggetto dell'obbligazione può essere costituito (soltanto) da una prestazione patrimoniale. Per cui la patrimonialità della prestazione diventa un requisito indefettibile dell'obbligazione in quanto fondamentale ai fini della sua

²⁷ Si pensi alla circostanza che le uniche norme previste a tutela della salute, in quanto bene immateriale, sono soltanto tre, e cioè gli artt.5, 1580 e 2087 c.c.

²⁸ DE CUPIS, *Il danno*, Milano, 1979, p.131 secondo il quale il riferimento all'interesse non patrimoniale del creditore richiamato dall'art.1174 c.c. *“va rettamente inteso nel senso che, accanto all'interesse patrimoniale, potrà eventualmente sussistere anche un diverso interesse non patrimoniale, non già che l'interesse non patrimoniale possa prendere il posto dell'interesse patrimoniale”*.

tutela. Donde, la conclusione secondo la quale, se dall'inadempimento di un'obbligazione deriva sempre un danno patrimoniale, tale danno sarebbe la necessaria conseguenza della lesione di un interesse (del pari) patrimoniale²⁹.

Senonché la corrispondenza tra la natura dell'interesse leso e quella del danno conseguente non è affatto divisibile, perché non risulta confermata da nessun dato normativo. L'art.1174 c.c., infatti, sembra attribuire pari dignità ad entrambe le tipologie di interesse considerate.

L'equivoco forse potrebbe essere determinato dalla polivalenza del termine "danno", atteso che con esso si suole indicare sia l'interesse leso che le conseguenze della lesione; cioè, tanto il c.d. danno-evento, quanto i c.d. danni-conseguenza³⁰.

Per questa ragione la prevalente dottrina ha distinto nettamente le due figure precisando che la patrimonialità dell'interesse è altro rispetto alla patrimonialità del danno³¹.

È, poi, di intuitiva evidenza che dalla lesione di un interesse non patrimoniale (si pensi ad es. al pregiudizio estetico subito da una fanciulla avviata ad una lucrosa attività di modella) possa discendere un danno patrimoniale (consistente nei mancati guadagni derivanti dall'impossibilità di beneficiare dello sfruttamento economico della propria immagine); così come, viceversa, dalla lesione di un interesse patrimoniale (ad es. il pregiudizio al godimento del diritto di proprietà di un immobile conseguente alle infiltrazioni derivanti dal piano superiore) possa derivare un danno non patrimoniale (ad es. quello alla salute del proprietario)³². Interesse e danno, cioè, non sono tra loro in

²⁹ DE CUPIS, *Il danno*, Milano, 1979, p.59; BURDESE, *Manuale di diritto privato italiano*, Torino, 1974, p.594; SCUTO, *Osservazioni sul danno non patrimoniale e sulla sua risarcibilità nel nostro diritto positivo*, in *Dir. e giur.*, 1954, p. 452; PERFETTI, *Prospettive di un'interpretazione dell'art.2059 c.c.*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1978, p.1074 e ss.

³⁰ Così SALVI, *Il danno extracontrattuale, modelli e funzioni*, Napoli, 1985, p.73: "Mentre il requisito dell'ingiustizia implica una valutazione del tipo di bene o interesse leso, quello della patrimonialità ne prescinde, appuntandosi invece sul tipo di conseguenze che derivano dal fatto lesivo".

³¹ PARADISO, *Il danno alla persona*, Milano, 1981, p.81 e ss.; GIORGIANNI, *L'obbligazione*, Milano, 1968, p.29 e ss.; BONILINI, *Responsabilità extracontrattuale*, in *Encicl. dir.*, vol. XXXIX Milano, 1988, p.1205; ZENO-ZENCOVICH, *Interesse del creditore e danno contrattuale patrimoniale*, cit., p.81.

³² GAZZARRA, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, cit. p.25. Tra gli esempi citati si ricorda quello della lesione all'onore o alla reputazione che comporta un discredito nei rapporti commerciali e, dunque, un danno patrimoniale. Oppure, per le ipotesi opposte, il caso dell'infiltrazione che danneggia una collezione di antichi manoscritti, con conseguente danno morale patito dal proprietario.

relazione di necessaria corrispondenza sul piano della natura (patrimoniale o non) che li contraddistingue.

Pertanto, alla stregua di quanto, ormai, pacificamente ammesso dalla dottrina, è possibile affermare che se il carattere patrimoniale della prestazione induce a ritenere che dall'inadempimento di un'obbligazione deriva, comunque e sempre, un danno patrimoniale, ciò non significa che tale tipologia di danno sia l'unica configurabile, potendo, dunque, derivare anche un danno non patrimoniale a fianco di quello patrimoniale.

Conseguentemente, non può essere condivisa nemmeno l'affermazione secondo la quale la (necessaria) patrimonialità della prestazione sarebbe desumibile dalla stretta correlazione che sussisterebbe tra prestazione e risarcimento in caso di inadempimento³³.

Il superamento, peraltro, della tesi che rinviene tra la necessaria patrimonialità della prestazione ed il risarcimento un nesso strumentale all'affermazione della giuridicità del vincolo obbligatorio si deve anche ad una nuova concezione del patrimonio e dello strumento risarcitorio.

Il primo, infatti, non è più considerato quale mera sommatoria dei beni suscettibili di valutazione economica appartenenti ad un medesimo individuo, bensì quale insieme di *utilità*, attuali e potenziali, e financo non patrimoniali, di cui un individuo può godere e rispetto alle quali i beni economici assolvono ad una funzione di carattere meramente strumentale. Si accede, cioè, ad una accezione dinamica e non statica, in conformità al mutamento dell'economia ed all'avvento di ulteriori fonti di ricchezza, atteso che tali non sono più soltanto le proprietà immobiliari (come era sino agli anni 60 del secolo scorso) ma sono anche e soprattutto i beni immateriali, come le conoscenze e le informazioni, i

³³ GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit. p.552, 553: “La ratio della norma va dunque ravvisata nel fatto che le vicende relative ai beni di carattere non economico (quelli che investono problemi e valori non patrimoniali ma latamente morali) sono ritenute dall'ordinamento rilevanti solo in particolari casi (in specie in materia di diritti della personalità, di famiglia e delle successioni) mentre di regola esse sono irrilevanti. Al contrario, la rilevanza delle vicende relative ai beni patrimoniali è generalizzata occupandosi il diritto privato essenzialmente della regolamentazione dei traffici e della circolazione di questi beni, laddove i beni di carattere non economico, essendo essenzialmente collegati alla persona, non sono investiti dal problema della circolazione ed anzi sono qualificati tra l'altro proprio dall'opposta caratteristica dell'indisponibilità”.

Questa impostazione supera quella opposta seguita proprio dal legislatore del 1942 e fondata sulla necessità di garantire effettività al vincolo obbligatorio e tutela al creditore contro l'inadempimento del debitore. La Relazione al Codice Civile, infatti, precisa al par.557 che: “La prestazione deve, invece, essere suscettibile di valutazione economica; senza di che non si potrebbe attuare la coazione giuridica predisposta dal diritto in caso di inadempimento”.

titoli di credito, ed in particolare le azioni e le obbligazioni del mercato mobiliare. Questo rilievo è di significativa importanza, poiché fornisce all'interprete un innovativo criterio di interpretazione delle norme del Codice Civile e non solo. In passato, la proprietà e i diritti reali costituivano un settore di primaria importanza, poiché inerente alla principale fonte di reddito allora conosciuta. Lo testimoniano non solo le numerose disposizioni del Codice Civile dedicate ai diritti reali ed al sistema di circolazione degli stessi (si pensi alla disciplina della trascrizione contemplata nel libro VI), ma anche la rigorosa predisposizione nel Codice Penale di un complesso di sanzioni particolarmente severe a tutela del patrimonio³⁴. Lo sviluppo industriale, poi, e l'avvento del principio secondo il quale la celerità e la certezza nei rapporti commerciali è di per sé fonte di ricchezza hanno determinato un mutamento dell'economia e dei referenti giuridici dei rapporti economici. Per cui si sposta l'attenzione dalla *res* alla *persona*, dapprima considerata nella sua sfera patrimoniale e, poi, anche nella sua sfera *a-reddituale*, con l'affermazione dei diritti della personalità, intorno agli anni 80 del secolo scorso.

Se, quindi, la nozione di patrimonio si amplia rispetto a quella tradizionale, anche la concezione del risarcimento condivide la medesima sorte. Infatti, la connessione tra patrimonio e risarcimento originariamente concepita dal nostro ordinamento quale fondamento della giuridicità dei rapporti economici/negoziali, si mantiene, affermandosi però in senso lato, ossia ammettendosi anche la risarcibilità di danni non propriamente suscettibili di monetizzazione, quali ad esempio quelli non patrimoniali (per i quali il legislatore, in passato, soleva utilizzare l'espressione "riparazione", per indicare la diversità strutturale di siffatto rimedio rispetto a quello propriamente risarcitorio).

Il risarcimento rimane, quindi, lo strumento tramite il quale l'ordinamento tutela il danneggiato mediante il ripristino del suo patrimonio nello stato in cui si trovava prima del fatto illecito (sia esso extracontrattuale o contrattuale); solo che si supera il dogma della irrisarcibilità dei danni non patrimoniali mediante l'affermazione della possibilità di monetizzare tali

³⁴ Si pensi, a titolo esemplificativo, alla circostanza che il legislatore del 1930 ha ritenuto più grave il reato di furto rispetto a quello di lesioni personali: infatti, l'art.582 c.p. prevede la pena della reclusione da *tre* mesi a tre anni, mentre l'art.624 c.p. punisce il ladro con la pena della reclusione da *sei* mesi a tre anni e con la multa da €154 a €516.

pregiudizi, sia pure in via equitativa, ma sulla base di parametri che tendono ad essere quanto più oggettivi possibili, onde evitare disparità di trattamento e, soprattutto, duplicazioni di voci risarcitorie.

Da quanto sin qui riportato discende, pertanto, la certezza di poter sostenere che, ai sensi dell'art.1174 c.c., anche un interesse non patrimoniale del creditore è sufficiente per la configurabilità dell'obbligazione, come già emerge del resto da una lettura testuale della norma, atteso che il richiamo alla non patrimonialità dell'interesse del creditore non è compiuto in funzione subordinata rispetto ad un interesse patrimoniale.

La conferma, inoltre, della correttezza della tesi sostenuta si coglie sia nelle Relazione al Codice Civile, sia in diverse disposizioni del Codice stesso.

La Relazione al Codice Civile, al par.557, precisa che: *“L'interesse alla prestazione non deve essere necessariamente pecuniario, perché il diritto mira a realizzare e a tutelare anche le più alte idealità; basta che includa uno scopo ritenuto utile secondo l'apprezzamento predominante nella coscienza sociale, cioè indipendentemente dal giudizio subiettivo che ne possa fare il soggetto”*.

Quanto, poi, alle disposizioni costituenti proiezione applicativa concreta del principio affermato dall'art.1174 c.c., possiamo menzionare gli artt.2087, 2103, 2105, 1256, 1384, 1725, 1411 c.c. e 33 c.2 lett. a) Cod. Cons.

Gli artt.2087, 2103 e 2105 c.c. concernono il rapporto di lavoro subordinato e stabiliscono, rispettivamente: a carico del datore di lavoro l'obbligo di adottare le misure necessarie ed idonee a tutelare la salute e l'integrità psico-fisica del lavoratore nei luoghi di lavoro³⁵; il diritto del lavoratore all'assegnazione definitiva alle mansioni superiori svolte in presenza dei requisiti prescritti dalla legge; l'obbligo di fedeltà del lavoratore nei confronti del datore di lavoro. In questo settore nessun dubbio è stato mai sollevato in ordine alla rilevanza contrattuale dell'interesse non patrimoniale del lavoratore subordinato. Significativa appare, in particolare, la disciplina delle mansioni superiori laddove si tutela non solo il diritto alla equiparazione della retribuzione, ma soprattutto la legittima aspettativa del lavoratore ad essere inquadrato nella qualifica superiore corrispondente alle mansioni effettivamente svolte, così ascrivendosi rilievo all'interesse anche non patrimoniale del

³⁵ L'art.2087 c.c., in particolare, è considerato norma di fondamentale importanza perchè impone al datore di lavoro una posizione di garanzia, consistente in un obbligo di controllo penalmente rilevante ai fini della clausola di equivalenza prevista dall'art.40 c.2 c.p.

lavoratore al miglioramento della qualità di vita tramite il soddisfacimento delle proprie ambizioni ed aspirazioni professionali.

L'art.1256 c.2 c.c. richiama l'interesse del creditore al fine di valutare la persistenza o meno dell'obbligazione laddove l'adempimento sia solo temporaneamente impossibile. La norma non specifica la tipologia di interesse, ma è ragionevole ritenere che laddove l'obbligazione ne soddisfi uno di carattere non patrimoniale sia in relazione a questo che si dovrà valutare l'eventuale estinzione del rapporto obbligatorio.

Anche l'art.1384 c.c. non specifica il carattere patrimoniale o non patrimoniale dell'interesse in relazione al quale il Giudice può esercitare il potere di riduzione d'ufficio della clausola penale manifestamente eccessiva. Tuttavia, anche in questo caso appare ragionevole ritenere che il Giudice possa valutare la manifesta eccessività della clausola penale in relazione all'interesse non patrimoniale del creditore se esso giustifica l'obbligazione principale non adempiuta rispetto alla quale è stato previsto dalle parti il risarcimento forfettario³⁶.

L'art.1725 c.c. prevede a carico del mandante l'obbligo di risarcire il danno cagionato al mandatario in caso di revoca anticipata senza giusta causa di un mandato oneroso conferito a tempo determinato o per un determinato affare. In tal caso il risarcimento dovrà essere parametrato anche all'interesse non patrimoniale leso dal mandante ed implicante un danno morale consistente nel discredito subito dal mandatario a causa della revoca anticipata rispetto alla scadenza³⁷.

Un'indicazione particolarmente significativa si desume poi dall'art.1411 c.c., là ove prevede la sussistenza di un interesse dello stipulante quale requisito di validità del contratto a favore del terzo. La Relazione al Codice Civile, infatti,

³⁶ Una parte della dottrina e della giurisprudenza è contraria alla possibilità di valutare l'interesse non patrimoniale del creditore in sede di riduzione della clausola penale, atteso che valutazioni di tal tipo rischiano di essere opinabili e soprattutto possono compromettere la funzionalità di un istituto posto a presidio dell'interesse del debitore a non sopportare aggravii economici sproporzionati rispetto alla oggettiva valenza economica dell'affare concluso. In tal senso MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984; TRIMARCHI, *Clausola penale*, in *Noviss. Dig. It.*, III, Torino, 1959, 351 e ss. Per la giurisprudenza, vedi Cass. 21 ottobre 1991 n.11115.

³⁷ COSTANZA, *Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p.130: "Qui se il mandatario ha un interesse non solo patrimoniale, ma anche morale consistente nel conservare la fiducia accordatagli dal dominus, onde garantirsi un'immagine di persona affidata e affidabile, interessi che non possono ritenersi assolutamente estranei al rapporto di mandato, il risarcimento dovuto al mandante ex art.1725 c.c. potrà comprendere anche il ristoro dell'eventuale mortificazione subita dal mandatario".

chiarisce che tale interesse può essere anche morale, in conformità con quanto stabilito per le obbligazioni in generale dall'art.1174 c.c.³⁸.

Infine, si richiama l'art.33 c.2 lett. a) Cod. Cons. nella parte ove qualifica vessatoria, fino a prova contraria, la clausola avente per oggetto, o per effetto, l'esclusione o la limitazione della responsabilità del professionista in caso di morte o di danno alla persona del consumatore, risultante da un fatto o da un'omissione del professionista. Tale clausola è nulla ai sensi dell'art.36 c.2 lett. a) Cod. Cons. Dalle disposizioni citate si desume, infatti, la rilevanza contrattuale del bene vita e del bene salute del consumatore, presupposta dal legislatore quale interesse meritevole di tutela a prescindere da un'espressa pattuizione in tal senso introdotta dai contraenti.

Riassumendo, se, come sostenuto, l'interesse non patrimoniale può giustificare da solo l'obbligazione e se, come osservato, può rilevare in sede contrattuale, appare logica conseguenza ammettere la possibilità che l'inadempimento possa determinare nella sfera giuridica del creditore un danno non patrimoniale tutte le volte in cui la prestazione risulti giustificata dalla sussistenza di un interesse di tal tipo.

Affermata, dunque, la configurabilità di danni non patrimoniali da inadempimento in forza dell'art.1174 c.c., occorre adesso verificare se la rilevanza di tali danni sia confermata o esclusa dalle norme fondamentali disciplinanti la responsabilità contrattuale.

³⁸ Relazione al Codice Civile, par.643: «La regola della nullità dei contratti a favore di terzi pervenne al codice del 1865 dal diritto romano classico, con i temperamenti che in questo e nel giustiniano aveva ricevuto. I codici moderni la hanno capovolta in un principio di validità, e questa tendenza ha seguito l'art.1411 c.c. nel quale si dispone altresì che il diritto si acquista dal terzo per effetto del contratto e non per effetto dell'accettazione, non potendo il contratto ritenersi una proposta rivolta al terzo. Peraltro, l'acquisto medesimo deve considerarsi subordinato alla condizione che i soggetti della stipulazione non revochino il beneficio prima dell'accettazione da parte del terzo».

Par.644: «Si pone espressamente come presupposto di validità dei contratti medesimi un interesse dello stipulante (anche morale) alla prestazione rivolta al terzo; ma ciò si fa più per un'esigenza formale che per un bisogno di carattere sostanziale, dato che il requisito di un interesse alla prestazione è comune ad ogni obbligazione (art.1174 c.c.)».

3. (segue) Artt.1218 e 1223 c.c.: nozione di danno non specificata in senso patrimoniale o non patrimoniale

Al riguardo le disposizioni da esaminare sono gli artt.1218 e 1223 c.c., rispettivamente disciplinanti la responsabilità del debitore e il criterio di determinazione dei danni risarcibili.

L'art.1218 c.c., come noto, stabilisce che il debitore risponde del danno cagionato al creditore con l'inadempimento o il ritardo se non dimostra che l'uno o l'altro sono dipesi da impossibilità derivante da una causa a lui non imputabile. Si tratta dell'affermazione di una regola probatoria volta a favorire il creditore, atteso che questi dovrà soltanto dimostrare la sussistenza del suo diritto (esibendo eventualmente il documento comprovante il relativo titolo) ed allegare il mancato soddisfacimento della pretesa. Dovrà, poi, essere il debitore a dovere fornire la prova liberatoria, dimostrando l'estinzione dell'obbligazione per avvenuto adempimento o per altra causa a lui non imputabile³⁹. Questa disciplina è del tutto speculare a quella, invece, sancita dall'art.2043 c.c. in tema di responsabilità aquiliana, atteso che ivi è il danneggiato a dovere dimostrare tutti gli elementi costitutivi (oggettivi e soggettivi) del fatto illecito subito (salva la possibilità di avvalersi dell'inversione dell'onere della prova laddove sia configurabile una delle ipotesi di responsabilità c.d. speciale contemplate dagli artt.2047 e ss c.c.). La ragione della differente regolamentazione è da rinvenire nella diversa posizione rivestita dal danneggiante e dal danneggiato nelle due ipotesi; infatti, la disciplina di maggior favore prevista dall'art.1218 c.c. è giustificabile alla stregua del maggiore affidamento indotto nel danneggiato dal danneggiante con la stipula del contratto, diversamente da quanto è dato rinvenire nella responsabilità extracontrattuale, atteso che l'ambito di operatività dell'illecito aquiliano è costituito dalle c.d. interferenze occasionali.

³⁹ Si rinvia alla nota pronuncia delle S.U. n°13533 del 2001, con la quale è stato affermato il principio di uniformità della regola probatoria nei rapporti obbligatori in tutte le azioni previste dal nostro ordinamento a tutela del creditore (cioè in quella di adempimento, di risoluzione e di risarcimento). Peraltro, nella decisione in esame le S.U. applicano il principio della vicinanza della prova per la ripartizione dell'onere probatorio, distinguendo tra obbligazioni positive e negative; infatti, nelle prime, essendo l'inadempimento un fatto negativo e quindi di difficile prova per il creditore, quest'ultimo è tenuto soltanto a provare il proprio diritto e ad allegare l'inadempimento della prestazione, mentre, nelle seconde, poiché l'inadempimento si traduce in un fatto positivo e quindi di facile dimostrazione per il creditore, questi deve provare anche l'avvenuta violazione del proprio diritto.

Ai fini della nostra indagine, però, l'art.1218 c.c., non fornisce un dato normativo di sicuro riferimento, poiché nel richiamare la nozione di danno non ne specifica il carattere patrimoniale o non patrimoniale.

Lo stesso dicasi per l'art.1223 c.c., che, infatti, non menziona espressamente il danno non patrimoniale tra i pregiudizi risarcibili. Tale norma si limita a sancire la risarcibilità dei danni che siano conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento, e ciò tanto se costituenti danno emergente quanto se consistenti in un lucro cessante.

Occorre, allora, capire se dalle disposizioni citate possa o meno trarsi qualche rilievo idoneo a confermare o confutare la tesi favorevole alla risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento.

Senonché, dal silenzio serbato dal legislatore sul punto possiamo giungere a due ordini di conclusioni: o il danno non patrimoniale non è stato espressamente richiamato perché devesi ritenere estraneo alla responsabilità contrattuale, oppure il mancato richiamo è conseguenza della ritenuta superfluità di una precisazione in tal senso a fronte della genericità e, quindi, onnicomprensività della nozione di danno contemplata dalle disposizioni citate. Optando, infatti, per quest'ultima prospettiva ermeneutica, il concetto di danno al quale il legislatore del 1942 avrebbe inteso riferirsi sarebbe tale da estendersi a qualunque tipologia di pregiudizio, ivi incluso quello non suscettibile di valutazione economica.

Sul punto la dottrina è divisa, in quanto non tutti gli autori concordano sul criterio ermeneutico da applicare per valutare la portata effettiva delle disposizioni citate: alcuni tendono ad interpretare gli artt.1218 e 1223 c.c. in senso strettamente letterale, altri seguono criteri ermeneutici più articolati, privilegiando interpretazioni di ordine sistematico, comparatistico e financo costituzionale.

4. La tesi contraria: il contratto quale strumento di tutela di interessi esclusivamente patrimoniali in un'interpretazione letterale dell'art.1321 c.c.

L'orientamento che nega la risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento si fonda principalmente sulla lettura strettamente testuale delle norme del Codice Civile dedicate alla disciplina della responsabilità

contrattuale, mostrando così di privilegiare un'impostazione più prossima al contesto economico-sociale del 1942, che a quello attuale.

Si precisa, anzitutto, che l'art.1321 c.c. chiarisce inequivocabilmente il carattere esclusivamente patrimoniale dei rapporti suscettibili di regolamentazione contrattuale, in ossequio al principio secondo cui l'autonomia negoziale può operare soltanto in relazione ai diritti disponibili. E poiché tali sono i diritti patrimoniali, e non anche quelli della personalità, è logica conseguenza concludere nel senso che i contratti, non potendo incidere sulla sfera a-reddituale della persona, possono disciplinare interessi soltanto patrimoniali, la cui lesione comporta inevitabilmente danni dello stesso tipo, cioè, patrimoniali.

Vi è, peraltro, una forte simmetria tra il contratto e la logica di scambio propria del mercato. È agevole, infatti, ravvisare nella definizione fornita dall'art.1321 c.c. la preordinazione dell'accordo concluso dai contraenti alla regolamentazione di rapporti patrimoniali. Circostanza, questa, particolarmente importante laddove si consideri il suo riflesso sulla causa del contratto e sull'evoluzione del modo di intenderla soprattutto in ordine ai negozi ove manca uno scambio tra prestazioni: ossia le donazioni ed i contratti gratuiti. Infatti, proprio l'ottica di scambio dalla quale storicamente trae origine il contratto aveva in passato indotto dottrina e giurisprudenza a rinvenire una causa contrattuale soltanto laddove il dare o il fare fosse giustificato da un ricevere⁴⁰. Questa impostazione, secondo una certa dottrina, sarebbe stata seguita anche dal legislatore del 1942, là ove pur prevedendo delle eccezioni ha stabilito un

⁴⁰ L'idea che il contratto fosse un atto d'impegno reciproco (*ultra citroque obligatio*) per la realizzazione di un affare di interesse comune ad entrambe le parti (*sinallagma*) era particolarmente diffusa già al tempo dei romani.

In tal senso si veda Ulp. D.2,14,7,2: «*Juris gentium conventiones quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones. 1: Quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus: ut emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus. 2. Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem, ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc "sinallagma" esse et hinc nasci civilem obligationem, et ideo puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere: esse enim contractum, quod Aristo "sinallagma" dicit, unde haec nascitur actio».*

Da siffatta testimonianza, infatti, si desume che la concezione del contratto quale atto ad effetti obbligatori reciproci era già presente nella giurisprudenza di non molto successiva a Labeone, nonché presso Celso prima e Giuliano poi.

Per ulteriori approfondimenti vedi AA.VV., *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino, 1997, p.46 e ss. (II Congresso Internazionale ARISTEC, Palermo-Trapani, 7-10 giugno 1995, cura di Letizia Vacca).

regime differente. Tale affermazione risulta particolarmente evidente ove si ponga a confronto la disciplina della vendita e quella della donazione. Se, infatti, la compravendita è contraddistinta dalla regola della libertà di forma (salvo quanto disposto dall'art.1350 c.c.), dalla sussistenza di un complesso sistema di garanzie volte a tutelare l'interesse del compratore e da regole preordinate a garantire celerità e certezza al rapporto giuridico, la donazione, invece, è contraddistinta da una disciplina molto più complessa e gravosa per la speditezza dell'operazione negoziale, atteso che sono previste dalla legge: la forma dell'atto pubblico (salvo le eccezioni della donazione obnuziale e della donazione di modico valore) ad substantiam; un sistema di garanzie attenuato rispetto a quello proprio della vendita (in conformità al minore affidamento che contraddistingue il donatario rispetto a quello proprio del compratore); la revoca per ingratitudine e per sopravvenienza di figli; la riduzione per lesione della quota di legittima. Si evince, cioè, un atteggiamento del legislatore di particolare favore nei confronti della compravendita rispetto alla donazione e ciò in quanto è la prima tipologia contrattuale a riprodurre fedelmente la regola dello scambio sulla quale si fonda il mercato, inteso quale sede ove si produce ricchezza mediante la circolazione delle merci e dei servizi. Il Codice Civile, quindi, intende favorire le compravendite piuttosto che le donazioni. E tale atteggiamento di sfavore rispetto ai contratti estranei alla logica dello scambio si coglie anche in ordine ai c.d. contratti gratuiti. Il Codice Civile, infatti, ne tipizza alcuni (come il comodato e il deposito), ma non dispone espressamente la possibilità che se ne stipulino anche di diversi. Donde, il dubbio in ordine all'ammissibilità dei contratti gratuiti atipici. Una parte della dottrina, propendendo per la tesi contraria, rinveniva il fondamento del proprio convincimento nell'assenza di causa che contraddistinguerebbe tutti i contratti gratuiti; infatti, il legislatore, consapevole della nullità che avrebbe caratterizzato tali negozi se conclusi in virtù del mero consenso, ne ha espressamente previsto alcuni nella forma dei contratti reali, occorrendo la *traditio rei* per il loro perfezionamento. Il superamento di questa tesi e l'ammissibilità dei contratti gratuiti atipici è, invece, la conseguenza dell'affermarsi di una nuova concezione della causa, atteso che essa deve intendersi non più quale corrispettività delle prestazioni, bensì, quale "*corrispettività degli interessi*" perseguiti dai contraenti. Donde, la possibilità di

rinvenire una valida giustificazione causale anche nei contratti contraddistinti da un'unica prestazione.

Da queste considerazioni si percepisce quale importante relazione sussista tra l'autonomia negoziale, in genere, ed il mercato, tanto che il contratto, essendo concepito quale strumento principale ed elettivo di circolazione della ricchezza, viene considerato quale mezzo per il perseguimento di quegli interessi che possono realizzarsi mediante l'incontro della domanda e della offerta: ossia gli interessi patrimoniali.

Per cui è logico ritenere che dall'inadempimento promani sempre un pregiudizio di tipo patrimoniale.

Se, dunque, questi sono i danni derivanti dall'inadempimento è evidente che le nozioni di danno e di perdita contemplate dagli artt.1218 e 1223 c.c. sono da considerarsi inevitabilmente riferite ai soli pregiudizi patrimoniali.

Conferma della correttezza di siffatto indirizzo ermeneutico viene tratta dall'articolazione delle voci di danno risarcibile prevista dall'art.1223 c.c. Il danno emergente, da un lato, ed il lucro cessante, dall'altro, costituiscono, infatti, due componenti del danno patrimoniale e non anche di quello non patrimoniale, non potendosi, in quest'ultimo ravvisare concettualmente una c.d. perdita secca ed un mancato guadagno.

Quanto, poi, all'art.1174 c.c. si osserva che se, da un lato, l'interesse non patrimoniale creditorio può certamente giustificare da solo l'obbligazione, dall'altro, ciò può avvenire soltanto nei casi espressamente previsti dalla legge.

La fondatezza di siffatto assunto sarebbe rinvenibile nella portata applicativa della norma in esame, atteso che essa si riferisce non ai soli contratti, bensì alle obbligazioni in genere, a prescindere dalla loro fonte. Se, quindi, l'art.1174 c.c. descrive la struttura di qualsiasi obbligazione, l'interesse non patrimoniale, allora, potrebbe giustificare da solo tanto le obbligazioni contrattuali, quanto quelle di origine legale. Sennonché, sarà la disciplina particolare della singola obbligazione a chiarire se e quanto tale interesse creditorio possa o meno assolvere alla predetta funzione. Così, nelle obbligazioni *ex lege* è il legislatore a determinare non solo il fatto o l'atto fonte del rapporto obbligatorio ma anche (sebbene implicitamente) l'interesse meritevole di tutela al cui soddisfacimento è preordinata la prestazione. Pertanto, in caso di inadempimento il creditore può domandare ed ottenere il

risarcimento soltanto dei danni conseguenti alla lesione di quello specifico interesse a fronte del quale l'obbligazione è stata prevista dalla legge e non anche di quelli eventualmente connessi ad interessi creditori differenti seppur direttamente o indirettamente coinvolti dall'obbligazione stessa. E ciò sia se tali differenti interessi siano non patrimoniali quanto se gli stessi siano semplicemente patrimoniali.

Se, dunque, nelle obbligazioni *ex lege* è il legislatore a selezionare gli interessi rilevanti, lo stesso non può dirsi per le obbligazioni contrattuali.

Anche qui occorre procedere ad un esame complesso caratterizzato dal raffronto della disciplina generale dell'obbligazione con quella propria della fonte da cui promana il rapporto obbligatorio. Il che significa esaminare congiuntamente l'art.1174 c.c. e l'art.1321 c.c. Tali norme hanno in comune la funzione descrittiva della struttura dell'atto giuridico considerato, ed ossia, rispettivamente, l'una l'obbligazione, l'altra il contratto. Il che rende più agevole il compito dell'interprete al punto da poter rinvenire tra le stesse un rapporto di continenza; infatti, se l'art.1174 c.c. nel descrivere la struttura dell'obbligazione rappresenta la norma generale (in quanto riferibile a qualsiasi tipologia di obbligazione), l'art.1321 c.c. costituirebbe la norma speciale, poiché descrittiva di una tipologia di rapporti interpersonali dalla quale potersi evincere un elemento peculiare delle obbligazioni di matrice contrattuale: cioè, l'esclusiva patrimonialità dell'interesse creditorio che le giustifica.

Tale conclusione consentirebbe un coordinamento tra le due norme senza incorrere in contraddizione alcuna, posto che l'art.1174 c.c. statuisce che l'interesse creditorio può anche essere non patrimoniale e l'art.1321 c.c. affermerebbe che le obbligazioni contrattuali sarebbero contraddistinte soltanto da interessi esclusivamente patrimoniali.

Si potrebbe obiettare che un'affermazione così rigorosa sarebbe non condivisibile, in quanto confutata dalla disciplina di quei singoli contratti ove espressamente risulta tutelato dall'ordinamento un interesse non patrimoniale. Si pensi, ad esempio, al contratto di lavoro subordinato. Tuttavia, anche siffatta argomentazione è facilmente superabile, laddove si ripetano per le obbligazioni contrattuali le medesime riflessioni già espresse per le obbligazioni legali, dovendosi, cioè, avere riguardo alla disciplina della singola obbligazione ed agli interessi selezionati dal legislatore in relazione della specifica fonte. Pertanto, se

dall'art.1321 c.c. si può desumere che le obbligazioni contrattuali sono contraddistinte da un interesse patrimoniale, dall'altro, tale regola non è assoluta potendo essere derogata soltanto nei casi espressamente previsti dalla legge, ossia nelle ipotesi in cui il legislatore abbia specificato un interesse non patrimoniale a giustificazione dell'obbligazione.

In conclusione, si possono prospettare due soluzioni interpretative: da un lato quella volta ad affermare l'esclusiva patrimonialità dell'interesse delle obbligazioni contrattuali (contraddetta, peraltro, dalla disciplina di alcuni contratti tipici), e, dall'altro, quella secondo la quale le obbligazioni in esame sarebbero contraddistinte in via ordinaria (e non assolutamente esclusiva) da un interesse patrimoniale, nonché in via eccezionale da un interesse non patrimoniale nelle sole ipotesi, però, espressamente previste dal legislatore, poiché il contratto non sarebbe strumento normalmente idoneo alla regolamentazione di interessi afferenti alla sfera a-reddituale della persona. Pertanto, le fattispecie contrattuali preposte alla tutela di interessi non patrimoniali sono del tutto eccezionali e non possono considerarsi espressione di un principio volto ad affermare l'ordinaria idoneità dell'interesse non patrimoniale a giustificare l'obbligazione contrattuale.

Quest'ultima prospettiva ermeneutica appare, financo, conforme all'indirizzo seguito dal legislatore del 1942 con riguardo in generale alla non patrimonialità ed in particolare all'art.2059 c.c.; infatti, se nella responsabilità extracontrattuale all'atipicità dei danni patrimoniali si oppone la tipicità di quelli non patrimoniali, in ambito contrattuale alla (possibile) atipicità ex art. 1322 c.2 c.c. dei contratti e delle obbligazioni volte al soddisfacimento di meri interessi patrimoniali si contrapporrebbe la tipicità delle obbligazioni preordinate al soddisfacimento di interessi non patrimoniali.

Ulteriore riprova della correttezza di quanto affermato sarebbe data, poi, dalla teoria del concorso delle responsabilità seguita dalla giurisprudenza per ammettere il risarcimento del danno non patrimoniale ogniqualvolta l'interesse non patrimoniale leso dedotto dalle parti nel contratto (si pensi alla salute nel rapporto di assistenza sanitaria) non rientri fra quelli tipizzati dal legislatore. In questi casi, infatti, per risarcire il danno non patrimoniale si suole ascrivere rilevanza extracontrattuale al fatto dell'inadempimento, non potendosi considerare l'interesse leso capace da solo di giustificare l'obbligazione in

assenza di un'espressa previsione normativa. Per cui, in tanto si ammette la risarcibilità del danno non patrimoniale in ossequio al principio del *neminem laedere*, in quanto sia possibile riconosce all'interesse leso (del pari non patrimoniale) il rango di diritto assoluto.

Infine, si potrebbe anche ipotizzare che l'interesse non patrimoniale dedotto nel contratto venga in un certo senso patrimonializzato dalla necessaria patrimonialità che deve contraddistinguere la prestazione alla stregua della ormai prevalente concezione soggettiva del carattere patrimoniale dell'oggetto dell'obbligazione. Ma questa tesi non è affatto condivisibile atteso che la patrimonialità della prestazione è altro dalla quella caratterizzante l'interesse. Per cui quello in esame non può costituire un argomento a favore della tesi che nega la risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento.

5. (segue) Superamento della tesi contraria alla risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento.

Le argomentazioni addotte a fondamento della tesi contraria alla risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento sono il risultato di una concezione squisitamente economicistica del contratto che rinviene conferma nella interpretazione strettamente testuale delle norme citate.

Tuttavia, si tratta di considerazioni superabili, laddove muti la prospettiva ermeneutica di riferimento; infatti, si perviene a conclusioni diametralmente opposte non appena si privilegi un diverso criterio interpretativo del silenzio serbato dal legislatore sul punto.

L'assenza di una specifica norma preposta alla disciplina dei danni in esame potrebbe essere intesa anche come tacita conferma della tesi favorevole, in ossequio al criterio ermeneutico secondo il quale tutto quello che il legislatore non ha espressamente proibito deve ritenersi ammissibile.

Prospettazione, questa, peraltro autorevolmente sostenuta già in epoca passata durante la vigenza del Codice Civile del 1865⁴¹, nonché attualmente ribadita da una parte della dottrina⁴².

⁴¹ DALMARTELLO, *Danni morali contrattuali*, in *Riv. dir. civ.*, 1933, 53: "Se il danno non patrimoniale da inadempimento non viene espressamente escluso dal legislatore, deve presumersi che l' o stesso sia consentito o, quantomeno, che la mancata previsione costituisca una dimenticanza, la quale, pertanto, deve essere oggetto di valutazione e non di esclusione tout court. Infatti, quando il legislatore ha voluto espressamente escludere o limitare il risarcimento

Secondo questa impostazione l'intervento del legislatore sarebbe principalmente (ma non esclusivamente) preordinato all'introduzione di divieti che si traducono in limiti alle libertà dei consociati. Tali limiti possono essere introdotti soltanto con legge laddove sia prevista un'esplicita riserva assoluta dalle norme Costituzionali preposte al riconoscimento ed alla tutela del diritto interessato; altrimenti, possono essere sanciti anche da fonti sub-primarie.

La libertà negoziale è riconducibile nell'ambito del c.d. diritto all'iniziativa economica sancita dall'art.41 Cost. e, poiché tale disposizione non contempla un'apposita riserva di legge, i limiti all'autonomia contrattuale possono essere introdotti dall'ordinamento anche tramite fonti del diritto diverse da quella primaria. Una conferma della possibilità che l'autonomia privata sia limitata tramite il ricorso a fonti diverse dalla legge è rinvenibile, a livello normativo primario, nell'art.1322 c.c., che, come noto, sancisce l'autonomia privata quale valore che l'ordinamento tutela ed afferma in via tendenzialmente assoluta nei rapporti contrattuali, e, più in generale (sebbene solo implicitamente) anche in quelli negoziali. Questa norma al c.1 e 2 riconosce ai privati, rispettivamente, la possibilità non solo di stabilire il contenuto del singolo contratto tipico prescelto, ma anche di concludere contratti diversi da quelli previsti dal legislatore con il limite della meritevolezza degli interessi perseguiti nonché della non contrarietà della causa a norme imperative, ovvero all'ordine pubblico o al buon costume.

Dall'art.1322 c.c. e da altre norme codicistiche, come l'art.1418 c.c.⁴³, tuttavia, emerge chiaramente l'eccezionalità dei limiti all'autonomia privata, a

del danno non patrimoniale, tale scelta è stata esplicitata, nei vari ordinamenti, in apposite norme. Premesso che nell'ordinamento giuridico italiano un simile precetto non è rinvenibile in alcuna norma, non si può che propendere per l'ammissibilità del risarcimento del danno in esame".

⁴² BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, p.235, secondo il quale: "assodato che il legislatore non ha impedito, nel suo potere di imperio, la possibilità di riparare il danno non patrimoniale da inesecuzione contrattuale, perde di significato chiedersi se nel formulare la disposizione dell'art.1218 c.c., mirasse effettivamente a ripararlo: ciò che importa è che [...] il giudice possa rendere più conforme a giustizia il trattamento da riconoscere al creditore insoddisfatto".

⁴³ Importante il riferimento all'art.1418 c.c. Secondo DE NOVA questa norma andrebbe letta e studiata a commi invertiti. Per cui seguendo questa impostazione il contratto sarebbe nullo anzitutto nei casi previsti dalla legge, poi in caso di illiceità dell'oggetto o della causa ovvero in caso di mancanza di uno dei suoi elementi fondamentali previsti dall'art.1325 c.c., ed, infine, in caso di contrarietà a norme imperative salvo che il legislatore non abbia diversamente disposto. L'art.1418 c.c. costituisce un chiaro indice della volontà legislativa di limitare l'autonomia negoziale il meno possibile; lo si evince, in particolare, dalle modalità mediante le quali l'ordinamento introduce gli appositi divieti, atteso che si predilige la legge nella sua chiarezza piuttosto che il rinvio generico all'ordine pubblico o al buon costume o ad altri principi così generici.

siffatto esito dovendosi pervenire sulla base, anzitutto, della tecnica normativa prescelta dal legislatore nell'introduzione delle predette limitazioni; infatti, si predilige il ricorso alla legge ed a fonti riconducibili al diritto positivo – tramite la previsione di norme imperative – rispetto al rinvio a principi generali (come l'ordine pubblico ed il buon costume) che, a causa della loro genericità, possono costituire strumento idoneo a limitare ingiustificatamente l'autonomia contrattuale con conseguente pregiudizio per la prosperità delle relazioni commerciali e della economia nazionale.

E, poi, in favore della reputata eccezionalità dei predetti limiti depone anche il rango di norma generale pacificamente riconosciuto all'art.1322 c.c. in forza dell'importanza del principio in esso contemplato e della circostanza che tale principio non viene ribadito in nessun'altra disposizione codicistica (ritenendosi la norma in esame da sola sufficiente al raggiungimento dello scopo perseguito, ossia quello di affermare l'autonomia privata quale valore fondamentale dell'intero sistema negoziale). Ne consegue, dunque, la possibilità di avvalersi dell'art.14 disp. prel. c.c. ai fini della tutela dell'autonomia negoziale, nella parte in cui, tale disposizione, statuendo il divieto di analogia per le norme penali e (per quanto di nostro interesse) per quelle eccezionali, proibisce un'applicazione analogica delle norme limitative della libertà negoziale, confinandone, così, l'ambito di operatività entro i ristretti limiti loro propri.

Dall'esame dei divieti, poi, è possibile desumere il criterio generale secondo cui soltanto laddove sia riscontrata una contrarietà a principi fondamentali dell'ordinamento i negozi giuridici non possono produrre effetti. Tale considerazione appare coerente con l'esigenza di favorire le relazioni economico-commerciali non apponendo ostacoli superflui e non giustificabili alla libera contrattazione delle parti, atteso che dalla prosperità dei traffici economici dipende la principale fonte di ricchezza del mercato e dei Paesi ad economia capitalista, come il nostro.

Quello riportato può ritenersi non soltanto un modo di concepire la libertà negoziale, ma soprattutto un vero e proprio criterio interpretativo che può costituire ausilio per l'interprete laddove il significato delle norme risulti oscuro ovvero laddove manchi del tutto una regolamentazione normativa espressa della

questione da risolvere, come nell'ipotesi della risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento.

Per cui, applicando il criterio in esame e presupponendo l'eccezionalità caratterizzante i limiti alla disciplina contrattuale in genere, si dovrebbe per ciò solo ritenere che, là ove il legislatore non sia intervenuto sussista, una libertà o più semplicemente sia rinvenibile una tacita conferma in senso favorevole all'ammissibilità di una certa condotta, di un certo atto. Donde, la conclusione favorevole alla risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento, atteso che l'assenza di una espressa norma di disciplina deve indurre a ritenere che l'ordinamento abbia tacitamente reputato ammissibile la configurabilità in capo al creditore di un pregiudizio non patrimoniale risarcibile quale conseguenza del mancato adempimento di un'obbligazione⁴⁴.

Questa impostazione ermeneutica implica, peraltro, un ridimensionamento del ruolo da ascrivere all'art.2059 c.c. nell'ambito della responsabilità civile; infatti, tale disposizione, in quanto rappresentativa di un limite, non può che essere norma di natura eccezionale: donde, il divieto di applicazione analogica della stessa. Il che induce a concludere nel senso di non poter rinvenire nell'art.2059 c.c. una norma di chiusura del sistema, come, invece, da taluni sostenuto⁴⁵, trattandosi di una disposizione applicabile soltanto ai fatti illeciti e non anche nel diverso ambito della responsabilità contrattuale. Propendere per una prospettiva differente significherebbe violare il divieto di cui all'art.14 disp. prel. c.c., così ponendo in essere una violazione di legge

⁴⁴ Non manca, peraltro, chi in dottrina sostiene che la mancanza di un espresso riconoscimento del danno non patrimoniale da inadempimento non abbia mai costituito un ostacolo nemmeno in passato quando il superamento dei limiti dell'art.2059 c.c. era realizzato mediante una, seppur discutibile, applicazione dell'art.2043 c.c. In tal senso, TESCIONE, *Il danno non patrimoniale da contratto: le apparenti asimmetrie sistemiche*, in *Danno e responsabilità*, 2009 fasc.4, p. 373 e ss.: "L'assenza di una norma che disciplini formalmente la risarcibilità del danno non patrimoniale nel contratto non sembra d'altronde d'ostacolo ove si consideri - anche solo - che per molto tempo si è affermata l'idoneità dell'art. 2043 c.c. a legittimare la risarcibilità del danno non patrimoniale, pur non menzionato, quante volte non ricorrano i presupposti del "classico" art. 2059 c.c. Valga al riguardo il richiamo alla vicenda del danno biologico prima e del danno esistenziale poi, ricondotti nell'alveo della norma generale per sfuggire agli angusti limiti di una disposizione interpretata si restrittivamente da interessare esclusivamente il "vecchio" danno morale (e solo in presenza di una fattispecie penalmente rilevante), oggi paradossalmente quasi espunto dal sistema risarcitorio extracontrattuale".

⁴⁵ ASQUINI, *Massime non consolidate in tema di responsabilità nel trasporto di persone*, Riv. dir. comm., 1952, II, 2; BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1964; BIANCA, *Diritto Civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 1994; DE CUPIS, *Il danno*, vol. I, Milano, 1979; RUSSO, *Concorso dell'azione aquiliana con la contrattuale nel trasporto di persone*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1950, 962.

censurabile anche in Cassazione ex art.360 c.1 n.3 c.p.c. per violazione di norme di diritto.

Un'ulteriore conferma della correttezza della tesi sostenuta si rinviene da una riflessione di natura comparatistica, atteso che anche in altri ordinamenti è prevalente l'opinione secondo la quale il silenzio del legislatore sarebbe da interpretarsi in senso favorevole alla piena tutela dei pregiudizi non patrimoniali. Così, in Francia⁴⁶ ed in Germania⁴⁷.

Affermata, in linea di principio, la non contrarietà del nostro sistema codicistico alla risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento e rinvenuta nel silenzio del legislatore una tacita conferma della tesi favorevole al ristoro di tali pregiudizi, occorre procedere oltre valutando la compatibilità delle norme fondamentali disciplinanti la responsabilità contrattuale con la tesi in esame.

Vengono in rilievo, anzitutto, gli artt.1218 e 1223 c.c.

Il primo non qualifica espressamente la tipologia di danno risarcibile da inadempimento, per cui non costituisce ostacolo alla risarcibilità del danno non patrimoniale, potendo, dunque, la nozione di danno ivi contemplata essere interpretata, conformemente a quanto sostenuto, alla stregua del criterio interpretativo di natura sistematica volto a rinvenire nel silenzio del legislatore una tacita conferma e non un divieto alla risarcibilità di pregiudizi anche di natura non economica.

Più complesso è, invece, l'esame dell'art.1223 c.c. in quanto l'articolazione del danno risarcibile, ivi contemplata, nelle voci della perdita (secca) e del mancato guadagno sembrano essere inequivocabilmente riferibili soltanto ai pregiudizi di ordine patrimoniale.

L'opinione di quanti⁴⁸ condividono questa impostazione è criticabile perché particolarmente riduttiva della problematica in esame.

In primo luogo, infatti, si sottolinea che se l'art.1223 c.c. fosse preordinato alla funzione di limitare il risarcimento ai soli danni patrimoniali da inadempimento, lo stesso dovrebbe affermarsi in relazione all'illecito aquiliano,

⁴⁶ Ove l'art.1382 c.c. si è considerato dalla giurisprudenza applicabile tanto ai danni materiali che ai danni morali.

⁴⁷ Ove, però, la tipizzazione non attiene ai danni, bensì agli interessi: per cui sono risarcibili i danni non patrimoniali conseguenti alla lesione di interessi ritenuti meritevoli di tutela.

⁴⁸ RAVAZZONI, *La riparazione del danno non patrimoniale*, cit. e POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma, 1914.

atteso che la norma in parola è richiamata dall'art.2056 c.c. nell'ambito della disciplina della responsabilità extracontrattuale. Il che indurrebbe in contraddizione, in quanto, da un lato, si dovrebbe affermare che solo il danno patrimoniale sia risarcibile in virtù del rinvio compiuto dall'art.2056 c.c. all'art.1223 c.c., mentre, dall'altro, l'art.2059 c.c. espressamente ammette la risarcibilità dei danni non patrimoniali, sebbene nei soli casi previsti dalla legge. È, infatti, evidente che i danni non patrimoniali conseguenti alla commissione di un illecito costituente reato sono risarcibili pur non essendo loro riferibili le nozioni di perdita secca e mancato guadagno previste dall'art.1223 c.c.

Per cui non sembra affatto condivisibile l'opinione volta a rinvenire nella disposizione da ultimo citata una norma preordinata a delimitare l'area del danno risarcibile.

A voler condividere questo assunto, peraltro, si perverrebbe ad una rivalutazione anche dei rapporti tra le disposizioni di cui all'art.2059 c.c. e all'art.2043 c.c., atteso che la prima sarebbe non più norma limitativa del principio di piena risarcibilità affermato dalla seconda, bensì sarebbe norma di autorizzazione del risarcimento di pregiudizi che altrimenti, non essendo rientranti nell'ambito di operatività dell'art.2043 c.c., non avrebbero rilevanza alcuna per l'ordinamento⁴⁹. Conclusione, questa, che non è affatto coerente con un sistema come il nostro ove la responsabilità civile si fonda su norme di ampio respiro, quale appunto l'art.2043 c.c., appositamente al fine di garantire piena ed ampia tutela alla vittima di un illecito, per, così, eludere quell'inevitabile rischio di lacune normative nel quale si sarebbe incorsi laddove, invece, la responsabilità fosse stata disciplinata mediante il ricorso alla diversa tecnica legislativa della tipizzazione normativa dei casi costituenti illecito, con conseguente configurabilità della responsabilità soltanto nelle ipotesi tassativamente stabilite dalla legge, come è dato rinvenire nel differente ambito del diritto penale. La diversa tecnica normativa prescelta dal legislatore del 1942, infatti, è preordinata al riconoscimento dell'obbligazione risarcitoria quale strumento giuridico funzionale non alla punizione del danneggiante, bensì al ripristino dell'intera sfera giuridica del danneggiato quale era prima del danno ingiusto subito. Ragione per la quale non si può sostenere che l'art.2059 c.c. autorizzi il risarcimento di danni altrimenti irrilevanti per l'ordinamento, ossia

⁴⁹ GAZZARRA, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, cit. p.49.

non risarcibili, perché così opinando significherebbe giungere a negare all'art.2043 c.c. quella funzione che gli è connaturale e per la quale è stato introdotto nel nostro sistema giuridico: ossia, il ruolo di clausola generale, al tempo stesso regolatrice della libertà dei consociati e limitatrice della possibilità di porre in essere atti determinanti un altrui nocumento *non iure e contra ius*. Se, infatti, il legislatore non avesse previsto l'art.2059 c.c. si sarebbe dovuto pervenire all'affermazione della piena risarcibilità dei danni non patrimoniali anche in presenza dell'art.1223 c.c., giacché il risarcimento costituisce lo strumento minimo di protezione riconosciuta dall'ordinamento in caso di lesione di un interesse meritevole di tutela: e poiché tra tali interessi ve ne sono anche alcuni di natura non patrimoniale, negare la risarcibilità dei danni conseguenti alla loro violazione significherebbe direttamente negare loro tutela e, quindi, rilevanza nel nostro ordinamento giuridico.

Qualche autore⁵⁰, poi, supera l'apparente ostacolo frapposto dall'art.1223 c.c. alla risarcibilità dei danni non patrimoniali da inadempimento disconoscendo alla norma in esame la funzione definitoria del limite della responsabilità contrattuale. Secondo questa opinione, cioè, l'art.1223 c.c. non costituisce la norma fondamentale di riferimento della responsabilità da inadempimento, dovendosi, invece, questa rinvenire nell'art.1218 c.c. Si muove, anzitutto, dall'esame degli artt.2043 e 2059 c.c. e dalla precisazione che il primo fonda la responsabilità aquiliana sulla nozione di danno ingiusto ed il secondo si limita a specificare tale concetto in uno dei suoi plurimi significati. Nella responsabilità contrattuale manca una norma di specificazione della nozione di danno simile a quella di cui all'art.2059 c.c.; conseguentemente tale circostanza dovrebbe indurre a rivalutare l'art.1223 c.c. nel senso di concludere per la risarcibilità dei soli danni patrimoniali⁵¹. Tuttavia, a siffatto esito non può

⁵⁰ MAZZAMUTO, *Il rapporto tra gli artt.2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni Unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, in *Contratto e impresa*, 2009, fasc.3, p.589 e ss.

⁵¹ MAZZAMUTO, *Il rapporto tra gli artt.2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni Unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, cit. p. 624-625: "La questione che rimane aperta in termini di sistema è legata semmai alla circostanza che la responsabilità extracontrattuale poggia su di una norma, l'art. 2043 C.C., la quale si impernia sulla nozione generale di danno ingiusto, a sua volta oggetto di specificazione, tramite l'art. 2059 c.c., qualora il pregiudizio sia di carattere non patrimoniale. Un percorso normativo analogo non è rintracciabile nella disciplina della responsabilità contrattuale, giacché l'art.1223 C.C., con il suo riferimento alla perdita subita e al mancato guadagno, reca su di sé i segni della patrimonialità ed inoltre la norma in questione regola un aspetto specifico dei problemi posti

pervenirsi laddove si consideri che, come per l'illecito aquiliano la norma di riferimento è l'art.2043 c.c., nell'ambito della responsabilità contrattuale la norma fondante l'obbligazione risarcitoria è l'art.1218 c.c. e non l'art.1223 c.c., atteso che quest'ultima è una disposizione preordinata a disciplinare un peculiare profilo della responsabilità: ossia quello attinente alla liquidazione del danno⁵². E poiché l'art.1218 c.c. non specifica in senso patrimoniale o non patrimoniale il concetto di danno ivi richiamato, nel silenzio della legge occorre presumere che il legislatore abbia inteso riferirsi ad una nozione generica e, quindi, onnicomprensiva, tale, cioè, da comprendere anche i pregiudizi non suscettibili di valutazione economica.

Come precedentemente accennato, un ulteriore argomento a confutazione della risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento è desunto dal dettato dell'art.1321 c.c. nella parte in cui specifica la funzionalità del contratto alla regolamentazione di rapporti esclusivamente patrimoniali, per, poi, superare anche l'obiezione fondata sull'art.1174 c.c. ritenendo che agli interessi non patrimoniali possa ascrivere rilevanza contrattuale nelle sole ipotesi stabilite dalla legge. Tali argomentazioni sono superabili non appena si prediliga un criterio interpretativo delle disposizioni citate più ampio rispetto a quello strettamente letterale.

In primo luogo, occorre rilevare che l'art.1321 c.c. si riferisce alla patrimonialità del rapporto ma non anche a quella degli interessi. È noto, infatti, che la nozione di rapporto è ampia al punto da comprendere sia la prestazione che l'interesse. Per cui non sarebbe erroneo ritenere che la patrimonialità di cui all'art.1321 c.c. è sempre rispettata nel contratto perché sempre il contratto avrà per oggetto obbligazioni e, quindi, prestazioni patrimoniali ai sensi dell'art.1174 c.c., con il conseguente riconoscimento della compatibilità di interessi anche non patrimoniali. È il rapporto, cioè, nel suo complesso considerato a dover

dal riconoscimento della responsabilità del debitore ossia la direttiva di fondo in tema di liquidazione del danno”.

⁵² MAZZAMUTO, *Il rapporto tra gli artt.2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni Unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, cit. p.625: “Sulla scorta di tale rilievo, se ne dovrebbe trarre la conclusione di una strutturale inadeguatezza del sistema di responsabilità contrattuale alla rimozione dei danni non patrimoniali. È questo, tuttavia, un epilogo che si può scongiurare se soltanto si rifletta sulla circostanza che la disposizione in cui viene proclamata la risarcibilità del danno c.d. contrattuale non è certo l'art. 1223 c.c., ma l'art. 1218 c.c. che è la norma di fondazione della responsabilità da inadempimento e che contiene inoltre l'espressa indicazione del pregiudizio, pur collegandolo esclusivamente alla prestazione inadempita o inesattamente adempita, ma senza impegnarsi in una qualificazione ulteriore in ordine al requisito della patrimonialità così come del resto l'art. 2043 c.c.”.

essere patrimoniale, non anche necessariamente gli interessi perseguiti. Si potrebbe obiettare che così interpretata la norma in esame non avrebbe un significato innovativo, ripetendo quanto già sarebbe desumibile dall'art.1174 c.c. Donde, la necessità di ascrivere all'art.1321 c.c. un senso consono al rilievo che gli è attribuito dalla sua collocazione sistematica, dovendosi intendere la patrimonialità riferita pure agli interessi. Ma anche tale argomentazione, sebbene fondata su di un'interpretazione analogica della regola interpretativa di cui all'art.1367 c.c., non è affatto insuperabile non appena si consideri che in diversi contratti tipici gli interessi non patrimoniali sarebbero parte integrante e caratterizzante la causa. Laddove, poi, si volessero considerare tali ipotesi alla stregua di casi eccezionali, possibili soltanto qualora espressamente stabiliti dalla legge, si affermerebbe un assunto privo di fondamento normativo, atteso che la presunta tipizzazione degli interessi non patrimoniali contrattuali non rinviene conferma alcuna negli artt.1218 e ss. c.c. In nessuna norma, infatti, è desumibile una regola simile, potendosi, semmai un'affermazione siffatta condividere con riguardo soltanto alle obbligazioni *ex lege*, ma non di certo in relazione a quelle contrattuali ove sono le parti a stabilire gli interessi da perseguire. Una conferma indiretta, peraltro, non sarebbe nemmeno rinvenibile nella riserva di legge di cui all'art.2059 c.c., atteso che la stessa è riferita ai danni, o meglio ai danni-conseguenza, e non anche agli interessi dalla cui lesione dipende il danno ingiusto (ossia il danno-evento, essendo quest'ultimo disciplinato dalla diversa norma dell'art.2043 c.c.).

Piuttosto, dal combinato disposto degli artt.1174, 1321 e 1322 c.c. si perviene alla conclusione favorevole alla risarcibilità dei danni non patrimoniali da inadempimento. Infatti, se il nostro ordinamento ammette la stipula di contratti atipici con il limite della meritevolezza degli interessi perseguiti ex art.1322 c.2 c.c. e le obbligazioni possono essere giustificate anche da interessi non patrimoniali, è evidente che le parti potranno concludere un contratto volto al soddisfacimento di interessi di tal tipo laddove la causa sia lecita (cioè non sia contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume). Se, quindi, l'interesse non patrimoniale perseguito dai contraenti è meritevole di tutela secondo l'ordinamento, il contratto sarà valido ed al creditore si dovrà riconoscere il pieno diritto di ricorrere agli strumenti previsti dall'art.1453 c.c. contro l'inadempimento, ivi incluso il risarcimento. L'art.1174 c.c., infatti, è

norma generale riferibile a qualsiasi obbligazione, e, quindi, anche a quelle contrattuali, atteso che non vi è ragione alcuna né fondamento normativo che induca l'interprete a ritenere diversamente in forza di presunte peculiarità che contraddistinguerebbero le obbligazioni in esame al punto da giustificare una deroga alla disciplina generale prevista dalla norma citata. Per cui non possiamo ritenere che il riferimento ivi contemplato all'interesse non patrimoniale non operi per le obbligazioni di fonte contrattuale.

Una considerazione apposita merita, poi, la struttura dell'obbligazione.

L'art.1174 c.c., nel concepire la prestazione quale attività debitoria suscettibile di valutazione economica, si riferisce ad un rapporto obbligatorio propedeutico al miglioramento del patrimonio del creditore ed, in ultima analisi, del mercato e dell'economia nazionale. Il che è, senz'altro, comprensibile in un'ottica dirigista qual era quella propria dell'ideologia fascista imperante nel nostro Paese all'epoca dell'entrata in vigore del Codice Civile attuale. Molte disposizioni codicistiche, infatti, sono preordinate a favorire lo sviluppo economico mediante incentivi o divieti⁵³. Sennonché una siffatta concezione dell'obbligazione non è più aderente all'attuale realtà delle relazioni interpersonali. La complessità dei traffici e, soprattutto, il progresso tecnologico hanno reso necessario garantire sempre una maggiore celerità e certezza ai rapporti giuridici, al punto da ascrivere rilievo anche al singolo *contatto* interpersonale, laddove sia stato sufficiente ad ingenerare in altri un ragionevole affidamento in ordine alla tutela degli interessi coinvolti. Si tratta dell'affermazione della nota teoria del *contatto sociale qualificato*⁵⁴. Elaborata

⁵³ Al riguardo si pensi al controllo di meritevolezza eseguito dal Giudice sui contratti atipici. Oggi, tale controllo coincide nella pratica con la liceità della causa; all'epoca dell'entrata in vigore del Codice Civile, invece, l'obiettivo perseguito dal legislatore era quello di impedire i c.d. contratti inutili, ossia, quelli non idonei allo sfruttamento massimo delle ricchezze e delle risorse capaci di favorire lo sviluppo e l'economia del Paese.

⁵⁴ Le obbligazioni da contatto sociale potrebbero destare perplessità circa la loro compatibilità con il sistema delle fonti accolto nel nostro ordinamento dall'art.1173 c.c.

Appare indubbio che l'obbligazione in esame deriva da una concezione in senso propriamente sostanziale del principio di legalità, ed ossia da una tendenza ad ammettere rilievo giuridico a fatti socialmente rilevanti, a prescindere da un espresso riconoscimento normativo.

Una simile impostazione non è coerente con i principi propri del nostro ordinamento. Il legislatore italiano, infatti, ha sempre preferito tipizzare e regolamentare i fatti e gli atti giuridici capaci di limitare direttamente o indirettamente la libertà individuale e patrimoniale dei consociati. Si pensi al principio di legalità sancito dall'art.25 c.2 Cost. per il diritto penale ed inteso in senso (prevalentemente) formale, nonché per il diritto privato alla disciplina delle obbligazioni quale era prevista prima del 1942. Il Codice Civile del 1865, infatti, all'art.1097 statuiva che l'obbligazione può derivare dalla legge, dal contratto, dal quasi-contratto, dal delitto, o dal quasi-delitto. L'ordine prescelto per l'elencazione delle fonti non era affatto casuale, atteso che si attribuiva alla legge una funzione primaria ed al tempo stesso di chiusura

dapprima in Germania e, poi, condivisa anche dalla dottrina e dalla giurisprudenza italiana, la teoria in esame ammette la possibilità che anche in assenza di un contratto o di un'apposita norma di legge possa configurarsi un'obbligazione tra due soggetti in rapporto di interazione, occorrendo all'uopo che la relazione interpersonale tra loro instauratasi sia tale da poter essere ritenuta socialmente adeguata e, quindi, idonea ad ingenerare la ragionevole aspettativa che la persona con la quale si abbia a che fare si comporti secondo correttezza. Tale aspettativa si traduce in un'obbligazione dalle peculiari caratteristiche non solo in ordine alla fonte, ma soprattutto in ordine alla sua struttura, atteso che quelle in esame si è soliti definirle anche obbligazioni senza prestazione. Si tratta di una definizione coniata al fine di sottolineare la complessità dell'oggetto di tali obbligazioni, atteso che esso consiste nel dovere di prodigarsi per quanto possibile – nel limite dell'apprezzabile sacrificio – al fine di tutelare e soddisfare l'interesse altrui. La complessità accennata si apprezza particolarmente non appena si consideri che la prestazione, di regola, è sempre ben determinata, al punto da costituire uno dei criteri di distinzione delle obbligazioni. Si suole distinguere, infatti, le obbligazioni di *dare, facere* e

del sistema, essendo – secondo l'opinione dominante – anche le altre fonti, in ultima analisi, riconducibili sempre alla legge.

La scelta legislativa di optare per un sistema delle fonti non più pentapartito ma tripartito è conseguenza, anzitutto, della riconduzione della categoria del quasi-delitto in quella del delitto (essendo stata superata quella concezione propriamente sanzionatoria e punitiva della responsabilità civile secondo la quale non si sarebbe potuto rispondere per il fatto illecito altrui), nonché della conferma della categoria dei quasi-contratti (gestione di affari altrui, arricchimento senza causa, promesse unilaterali). Non vi è più menzione della legge nell'art.1173 c.c. attuale; circostanza, questa, che induce a riflettere sull'interpretazione della terza categoria delle fonti delle obbligazioni ivi riportata, ossia, quella c.d. spuria costituita dagli atti o fatti idonei a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico. Laddove, infatti, si privilegiasse un criterio ermeneutico di carattere storico-comparativistico, si perverrebbe alla conclusione secondo la quale gli atti o fatti idonei a produrre obbligazioni sarebbero soltanto quelli riconosciuti tali espressamente dalla legge, in ossequio a quel principio di legalità (da intendersi in senso formale) sancito dal Codice Civile abrogato e tuttora da ritenersi operante nei rapporti interprivati in forza del richiamo contemplato nell'art.23 Cost. nella parte ove precisa che nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in forza di una legge.

Se questa, dunque, fosse l'impostazione da seguire dovremmo ritenere non configurabili le obbligazioni di protezione, atteso che il fatto dal quale le medesime promanano è soltanto socialmente qualificato e non anche legalmente individuato.

Tuttavia, la dottrina e la giurisprudenza ormai dominanti propendono per la tesi favorevole alla loro ammissibilità, muovendo da un'interpretazione di carattere letterale e sistematica dell'art.1173 c.c. nella parte ove ammette tra le fonti delle obbligazioni non gli atti o fatti riconosciuti idonei dalla legge, bensì gli atti o fatti idonei a produrle in conformità dell'ordinamento. E poiché tale locuzione non presuppone un riconoscimento normativo espresso, ma si limita a richiamare l'intero ordinamento nella sua complessità, è possibile ascrivere rilievo a circostanze che sebbene formalmente non riconducibili al contratto, di questo abbiano la sostanza, al punto da potersi considerare fonti di obblighi dal contenuto non predefinito ma determinabile mediante il ricorso a clausole generali quale, ad esempio, quella della buona fede, di cui agli artt.1175 e 1375 c.c.

praestare, quelle positive, quelle negative. Le obbligazioni in esame, invece, non hanno una prestazione definita, essendo tenuto il debitore ad attività di vario tipo consistenti in un dare, in un non dare, in un fare, in un non fare, purchè sempre al fine di proteggere l'interesse del creditore. Si tratta, cioè, di obbligazioni dall'oggetto non determinato, ma determinabile in funzione dell'obiettivo ultimo da raggiungere. Rilievo, questo, che le rende compatibili con il nostro sistema tramite un'applicazione analogica dell'art.1348 c.c.⁵⁵

Quelle in esame, note anche come obbligazioni di protezione, sono state concepite dapprima quali obblighi accessori propedeutici all'adempimento delle obbligazioni principali patrimoniali, per, poi, essere adoperate anche quale strumento di tutela dell'oggetto principale del rapporto, fino ad arrivare alla protezione di interessi non patrimoniali⁵⁶. Infatti, uno dei settori in cui questa teoria rinviene il proprio ambito elettivo di applicazione è quello medico-sanitario in ordine ai rapporti tra medico e paziente.

La teoria del contatto sociale qualificato ha lo scopo di ridurre l'ambito di operatività della responsabilità extracontrattuale per garantire al danneggiato la possibilità di accedere alla più favorevole disciplina della responsabilità da inadempimento. Il che comporta una nuova concezione dell'obbligazione non più ancorata ad una lettura strettamente patrimonialistica dell'art.1174 c.c., ma volta a dilatare la nozione di patrimonialità della prestazione al punto da includervi anche attività non propriamente suscettibili di valutazione economica ogniquale volta la medesima sia strumentale alla tutela di interessi di particolare rilievo per l'ordinamento. A siffatta conclusione si perviene accedendo ad una concezione di patrimonio non più squisitamente economica, ma giuridica, ossia idonea a comprendere qualsiasi utilità (effettiva o meramente potenziale)

⁵⁵ Che nel definire i criteri dell'oggetto del contratto statuisce che esso deve essere possibile, lecito, determinato o *determinabile*. Questa norma è oggetto di un complesso dibattito circa l'individuazione dell'oggetto contrattuale, atteso che si discute se esso questo sia al programma contrattuale, o alle obbligazioni ivi contemplate, o alle prestazioni delle suddette obbligazioni, ovvero all'oggetto materiale e specifico delle prestazioni.

⁵⁶ MAZZAMUTO, *Il rapporto tra gli artt.2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni Unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, cit. p.624: "La concezione moderna della responsabilità da inadempimento ha fatto per di più un passo innanzi, consentendone l'innescio anche in presenza di obblighi di protezione che perdono la loro strutturale natura accessoria ed acquisiscono rilievo autonomo: è il caso della responsabilità da inadempimento dell'obbligazione senza prestazione, concepita originariamente per dare adeguata risposta al danno meramente patrimoniale, ma idonea a reagire anche a pregiudizi di natura non patrimoniale che insorgono tra soggetti legati da una relazione giuridicamente rilevante ma priva della piena consistenza di un rapporto obbligatorio vero e proprio". Così, anche CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, ed. III, 2006, p.443 e ss.

suscettibile di soddisfacimento mediante l'uso dei beni di cui si dispone. Si passa cioè da una concezione statica ad una dinamica: da un patrimonio identificato nei beni ad un patrimonio riferito agli interessi rispetto ai quali i beni rilevano nella loro strumentale funzionalità, in quanto mezzi idonei a garantire utilità a colui il quale ne può disporre.

Questa nuova concezione del patrimonio e dell'obbligazione induce ad ammettere la risarcibilità dei danni non patrimoniali ogniqualvolta l'interesse non patrimoniale leso, di cui i pregiudizi in esame sono conseguenza, sia stato dedotto dalle parti nel contratto⁵⁷.

In tal senso si esprime anche quella parte della dottrina⁵⁸ secondo la quale l'art.1223 c.c. sarebbe perfettamente compatibile con la risarcibilità dei danni non patrimoniali, a siffatto esito pervenendosi sulla base di una più complessa ed ampia considerazione della responsabilità contrattuale rispetto a quella extracontrattuale.

Si muove, anzitutto, dall'art.2059 c.c. e dalla funzione di limite allo stesso da doversi riconoscere rispetto a danni altrimenti pienamente risarcibili sulla base della clausola generale di cui all'art.2043 c.c. Se, infatti, una norma simile non è stata introdotta dal legislatore nella disciplina della responsabilità contrattuale si deve concludere nel senso che in caso di inadempimento anche i danni non patrimoniali sono da considerarsi risarcibili⁵⁹. Conseguentemente,

⁵⁷ MAZZAMUTO, *Il rapporto tra gli artt.2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni Unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, cit. p.625: "Ciò potrebbe indurre ad affermare che allora il danno non patrimoniale vada risarcito ex art. 1218 c.c. soltanto nei casi in cui il valore personalistico faccia corpo con l'interesse primario del creditore, entrando a far parte del contenuto della prestazione, come tipicamente accade nel contratto di lavoro. In questo modo si finirebbe però col trascurare il moderno percorso evolutivo dell'obbligazione culminato nel superamento del *iuris praeceptum* che ne identificava l'oggetto nella sola prestazione e ciò grazie alla nuova figura dell'obbligo accessorio al dovere primario di condotta. L'art. 1218 C.C. è figlio di quella stagione in cui l'obbligazione non aveva altro contenuto che la prestazione ed è, dunque, naturale che esso rappresenti la responsabilità come la conseguenza giuridica del rapporto di causa ad effetto tra l'inadempimento, per l'appunto, della prestazione ed il pregiudizio. Tuttavia, l'art. 1218 c.c. si colloca oggi in un diverso orizzonte dogmatico e in un mutato contesto normativo".

⁵⁸ TESCIONE, *Il danno non patrimoniale da contratto: le apparenti asimmetrie sistemiche*, in *Danno e responsabilità*, 2009, fasc.4, p.373 e ss.

⁵⁹ TESCIONE, *Il danno non patrimoniale da contratto: le apparenti asimmetrie sistemiche*, in *Danno e responsabilità*, 2009, fasc.4, p.374: "Giova rammentare che la tanto invocata dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 2059 c.c. non avrebbe comunque potuto estromettere il danno non patrimoniale dalla responsabilità aquiliana: si fa strada l'idea che la previsione della norma sia stata provocata dalla necessità strutturale di delimitare l'area del risarcimento non patrimoniale in un territorio caratterizzato principalmente dallo scontro tra sfere giuridiche ignare delle rispettive "personalità" poiché non rapportate da un antecedente "incontro" proprio, invece, dell'area negoziale.

l'art.1223 c.c. non costituisce un ostacolo laddove articola il danno risarcibile nelle voci della perdita (secca) e del mancato guadagno, perché non sancisce la tipologia di danni suscettibili di risarcimento, ma si limita a dettare soltanto un criterio di liquidazione dei pregiudizi risarcibili, specificando, in pratica, la funzionalità dell'obbligazione risarcitoria al ripristino della sfera giuridica del danneggiato quale era prima (danno emergente) e quale sarebbe stata dopo (lucro cessante) in considerazione delle prospettive di miglioramento ove non fosse stato commesso l'illecito.

Peraltro, si potrebbe anche sostenere che la suddetta classificazione non sia incompatibile con la risarcibilità del danno non patrimoniale nel merito e non soltanto in forza di ragioni sistematiche. Infatti, avvalendosi della nuova concezione dinamica di patrimonio, una perdita secca ed un mancato guadagno potrebbero essere rinvenibili anche nel danno non patrimoniale, laddove si consideri l'impatto complessivo dell'illecito sul bene immateriale leso. Ciò sarebbe possibile in virtù della circostanza che i diritti della personalità, in quanto beni c.d. immateriali, sono contraddistinti da un'accentuata elasticità che ne determina una compressione in caso di illecito, con conseguente (anche se non sempre possibile) riespansione una volta superati gli effetti nocivi della lesione. Ragione per la quale si potrebbe configurare un danno emergente con riguardo alla limitazione subita istantaneamente dal diritto a causa dell'illecito, mentre un lucro cessante sarebbe rinvenibile in relazione al mancato godimento di quelle utilità rispetto alle quali il diritto leso è funzionale con riguardo al tempo strettamente necessario al ripristino dello *status quo ante*.

Se così è, non può più esser fonte di scandalo ritenere che lo stesso art. 1223 c.c. sia di per sé idoneo a legittimare la risarcibilità del danno non patrimoniale non qualificando la natura dei danni risarcibili che devono consistere, ai sensi della norma, in una «perdita» o in un «mancato guadagno», prescindendo dalla patrimonialità del pregiudizio arrecato. Appare opportuno fare un piccolo passo indietro forse capace di mettere in rilievo i risultati oggi raggiunti dal diritto vivente, immaginando per un attimo di non aver memoria del presente e di essere ancora condizionati da un'ormai démodé interpretazione dell'art. 1223 c.c. Anche se così fosse, la ricerca delle regole di risarcimento del danno non patrimoniale da violazione del contratto dovrebbe essere comunque condotta in uno stringente "dialogo" con i meccanismi propri della responsabilità contrattuale, orientandosi poi verso l'identificazione del più verosimile "contenuto minimo" dell'art. 1223 c.c., indiscussa norma cardine della responsabilità ex contractu che, pur nella sua pretesa valenza patrimonialistica, non sembra fornire argomenti contrari o (ancora) favorevoli alla risarcibilità dei danni non patrimoniali. La controprova di tale opzione metodologica può passare per il tramite della verifica di regole altre che, concorrendo a disciplinare il risarcimento (anche solo del danno patrimoniale), dimostrerebbero l'incapacità dell'art. 1223 c.c. di riguardare l'intera quantificazione del danno contrattuale e dunque - come plausibile ipotesi - anche del danno non patrimoniale".

La rappresentazione di quanto sostenuto appare evidente laddove si consideri il danno all'integrità psicofisica. La salute, infatti, è un diritto immateriale e certamente elastico in quanto capace di comprimersi e di riespandersi a seguito di lesione. Tale caratteristica è connaturata alle capacità di ripresa dell'organismo umano. Per cui laddove sia arrecata lesione alla salute di una persona si potrà ravvisare un danno emergente nella diminuzione dell'integrità psicofisica subita ed un lucro cessante nelle utilità a-reddituali non godute nel periodo di degenza ed ossia fino alla piena guarigione. Tali utilità si potrebbero rinvenire in quelle attività sociali tramite le quali si esplica la personalità dell'individuo, come ad esempio, quelle sportive, ludiche e ricreative, che una certa dottrina e giurisprudenza suole considerare oggetto del c.d. danno esistenziale⁶⁰.

Questa impostazione non è confutata dalle recenti pronunce delle S.U. del 2008, atteso che, pur considerato il danno non patrimoniale nella sua complessità quale categoria unitaria, si ascrive rilievo alle utilità a-reddituali delle quali il danneggiato non potrà beneficiare durante il periodo di degenza, sebbene tale pregiudizio costituisca non una categoria di danno a sé, bensì una componente integrante il danno alla salute, inteso in senso onnicomprensivo dei riflessi nocivi dell'illecito sull'integrità psicofisica del danneggiato. Ed, anzi, proprio questa nuova impostazione conferma la possibilità di rinvenire anche nei danni non patrimoniali le componenti della c.d. perdita secca e del mancato guadagno *lato sensu* intesi. Conseguentemente, l'art.1223 c.c., in questa nuova prospettiva ermeneutica, non rappresenta un ostacolo alla risarcibilità dei danni non patrimoniali da inadempimento, costituendo, invece, per l'interprete un ausilio del quale avvalersi sempre per la liquidazione del danno risarcibile anche laddove questo non abbia i requisiti della patrimonialità.

Infine, occorre accennare ad un'ulteriore argomentazione di carattere sistematico, ossia quella fondata sull'interpretazione c.d. costituzionalmente orientata elaborata dalle S.U. con le pronunce del 2003 n°8827 e 8828.

Si tratta di un indirizzo affermatosi in ordine all'art.2059 c.c. ed al danno non patrimoniale in generale, sebbene l'oggetto della decisione fosse

⁶⁰ Coloro i quali ammettono questa tipologia di danno quale categoria a sé, infatti, sono soliti distinguerla dal danno biologico, in quanto caratterizzata da un *non facere* o da un *pati*, dovendosi ascrivere autonomo rilievo a quelle utilità rispetto alle quali l'organismo umano è funzionale sempre che il danneggiato ne abbia dimostrato il trascorso godimento ed il prevedibile godimento futuro.

principalmente rappresentato dalla disciplina della responsabilità extracontrattuale.

Con le decisioni menzionate la Suprema Corte di Cassazione supera i dubbi di incostituzionalità che da diversi decenni una parte della dottrina e della giurisprudenza sollevano sollevare in ordine all'art.2059 c.c. nella parte ove limita il risarcimento del danno non patrimoniale alle sole ipotesi previste dalla legge. Come noto, sia la Cassazione che la Corte Costituzionale avevano sempre rigettato la questione con una certa difficoltà dettata dagli angusti ambiti di applicazione della norma in esame a fronte della rivalutazione dei diritti della personalità e della crescente esigenza di superare i limiti legali previsti dall'ordinamento alla piena risarcibilità dei danni non patrimoniali di nuova affermazione (come il danno biologico).

Una prima soluzione era stata ravvisata nel ricorso all'art.2043 c.c. in funzione di norma in bianco il cui precetto fosse suscettibile di integrazione anche ad opera di norme costituzionali. Tuttavia, si trattava di un sistema affetto da contraddizioni troppo evidenti per poter costituire soluzione definitiva al problema in esame, laddove si pensi alla circostanza che la risarcibilità dei danni non patrimoniali era fondata su due norme tra loro distinte⁶¹, nonché preordinate ad assolvere a funzioni diverse⁶². Al fine di risolvere le ambiguità insite al sistema risarcitorio descritto, le Sezioni Unite hanno fugato ogni dubbio di illegittimità costituzionale in ordine all'art.2059 c.c. interpretando la nozione di riserva di legge ivi contemplata in senso ampio, dilatandone, cioè, l'ambito di operatività al punto da estendersi anche alle norme previste dalla nostra Carta Fondamentale. Per cui si delinea un sistema risarcitorio bipartito secondo il quale il fondamento normativo dei danni patrimoniali è rappresentato dall'art.2043 c.c., mentre quello dei danni non patrimoniali tutti è costituito dall'art.2059 c.c. come sopra interpretato. A siffatto esito si perviene anche a seguito della necessaria considerazione del danno non patrimoniale quale categoria unitaria, sebbene articolata in più voci che le Sezioni Unite individuano in quelle del danno morale, del danno biologico e del danno

⁶¹ Ossia, l'art.2043 c.c. per il danno biologico e per quello c.d. esistenziale e l'art.2059 c.c. per il danno morale.

⁶² Atteso che l'art.2043 c.c. qualifica il "danno-evento" statuendo i presupposti per l'affermazione di responsabilità del danneggiante, mentre l'art.2059 c.c. si riferisce ad una peculiare tipologia di "danni-conseguenza".

conseguente alla lesione di diritti e valori fondamentali dell'individuo⁶³ riconosciuti dalla Costituzione.

L'indirizzo ermeneutico della Cassazione si fonda su di una concezione innovativa del danno non patrimoniale conseguente all'affermazione dei diritti della personalità. Fino agli anni ottanta del secolo scorso, infatti, l'unica tipologia di danno non patrimoniale conosciuta era quella costituita dal danno morale, ossia dal c.d. *pretium doloris*. E poiché siffatta tipologia di pregiudizio era ed è contraddistinta da un'accentuata soggettività tale da renderla di per sé difficilmente quantificabile secondo parametri oggettivi, il legislatore del 1942 aveva inteso ammetterne la risarcibilità nelle sole ipotesi normativamente stabilite⁶⁴. Per cui era evidente che l'originaria funzione dell'art.2059 c.c. era quella di limitare il risarcimento di una peculiare categoria di danni-conseguenza: ossia quella del danno non patrimoniale, atteso che questo, all'epoca dell'entrata in vigore del Codice Civile attuale, si identificava soltanto nel danno morale. La selezione degli interessi meritevoli di tutela dalla lesione dei quali sarebbe derivato il c.d. danno ingiusto e la conseguente responsabilità per il danneggiante, invece, era e continua ad essere disciplinata dall'art.2043 c.c.

Questa ripartizione di ruoli tra le norme in esame è stata in parte rivista dalle S.U. del 2003, in quanto l'avvento dei nuovi valori fondamentali della persona sanciti dalla Costituzione ha comportato il superamento della concezione pan-economica del diritto privato e conseguentemente la necessità di assicurare tutela a diritti prima non riconosciuti dall'ordinamento. Sennonché, le norme costituzionali di riferimento dei diritti della personalità come gli artt.2, 3, 29, 30 e 32 Cost., in quanto disposizioni di principio e, dunque, contraddistinte da un certa genericità, non prevedono appositi meccanismi di tutela. Donde, la necessità di ascrivere rilievo quanto meno in sede risarcitoria alla lesione dei suddetti interessi, poiché, diversamente, negare la risarcibilità del danno conseguente alla loro violazione significherebbe disconoscerli sul piano pratico e, dunque, porre in essere una grave violazione della Costituzione. Tuttavia, mancando una espressa disciplina in sede di normazione primaria, il

⁶³ Categoria, questa, che ha ingenerato molti dubbi in dottrina ed in giurisprudenza in ordine alla possibile sua considerazione quale tipologia di pregiudizi autonoma. Si tratta della categoria del c.d. danno esistenziale.

⁶⁴ Casistica, questa, dalla quale era desumibile la tendenza legislativa di attribuire al danno morale una funzione pseudo-sanzionatoria più che ripristinatoria.

risarcimento di siffatti danni appariva impossibile secondo la disciplina dell'art.2059 c.c., ostandovi la riserva di legge ivi contemplata. Ragione per la quale si è stati costretti a spostare l'attenzione dai danni-conseguenza al danno-evento al fine di sottolineare la fondamentale importanza degli interessi lesi e, quindi, la necessità di assicurare loro adeguata tutela mediante il ricorso allo strumento del risarcimento. Risultato, questo, al quale si è pervenuti dapprima tramite l'art.2043 c.c. (con le discusse pronunce della Corte Costituzionale n°184/1986 e 372/1994) e poi con l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art.2059 c.c.

Quest'ultima impostazione assume particolare rilevanza ai fini del risarcimento del danno non patrimoniale da inadempimento in quanto concepisce l'art.2059 c.c. non più soltanto quale norma disciplinante i danni-conseguenza, bensì quale norma di riferimento per la disciplina di tutti i danni non patrimoniali e, quindi, non solo di quelli morali. Per cui la medesima, diventando la disposizione di riferimento anche per i pregiudizi non suscettibili di valutazione economica conseguenti alla violazione di diritti fondamentali della persona, assolve anche alla nuova funzione di norma disciplinante il danno-evento conseguente alla lesione degli aspetti a-reddituali dell'essere umano. Ne consegue il necessario riconoscimento all'art.2059 c.c. di un duplice ruolo secondo l'impostazione bipartita del sistema risarcitorio delineato dalle S.U. del 2003: e cioè di norma di disciplina, al tempo stesso, dei danni conseguenza (sub specie di danno morale) e del danno-evento (con riguardo alla salute e agli altri beni fondamentali dell'individuo), atteso che la riserva di legge ivi prevista, in relazione a quest'ultimo profilo, viene considerata rilevante in ordine agli interessi lesi e non ai danni conseguenti alla loro lesione. Donde, la c.d. tipicità dei danni non patrimoniali a fronte dell'atipicità di quelli patrimoniali.

Quanto riportato costituisce conferma della tesi favorevole alla risarcibilità dei danni non patrimoniali da inadempimento, poiché se, a seguito delle Pronunce delle S.U. del 2003, i pregiudizi di natura non economica conseguenti alla lesione di interessi non patrimoniali inerenti a valori fondamentali della persona sono risarcibili nell'ambito della responsabilità aquiliana in virtù di una norma, l'art.2059 c.c., originariamente preposta alla disciplina dei soli danni-conseguenza e successivamente ritenuta riferibile anche

agli interessi (ossia al danno-evento) in forza della suddetta interpretazione c.d. costituzionalmente orientata, a maggior ragione tale risarcibilità si dovrà adesso ammettere nell'ambito della responsabilità contrattuale, atteso che ivi sussiste un'apposita norma preordinata al riconoscimento della rilevanza giuridica degli interessi non patrimoniali del creditore nelle obbligazioni tutte, ivi incluse quelle contrattuali: ossia, l'art.1174 c.c.

La progressiva personalizzazione del diritto privato inaugurata con le predette decisioni delle S.U. del 2003 ha comportato la necessaria rivisitazione di alcuni fondamentali istituti (se non altro nel modo di concepirli), incluso fra questi la responsabilità. Per cui se in ambito extracontrattuale i danni alla persona vanno risarciti in ossequio agli artt.2 e 3 Cost. (salvo altra norma specificamente individuante il diritto leso come l'art.32 Cost. con riguardo alla salute), lo stesso principio non può essere disconosciuto in ambito contrattuale, atteso che anche il contratto può incidere sui valori fondamentali dell'individuo. L'inadempimento di un'obbligazione, infatti, può comportare la lesione di beni quali la salute, con conseguente possibile diritto del creditore di avvalersi di tutti i rimedi previsti dal Codice Civile per la mancata esecuzione delle prestazioni dovute dal debitore, ivi incluso il risarcimento.

In conclusione, l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art.2059 c.c., spostando l'attenzione dai "danni" agli "interessi", induce a ritenere risarcibile il danno conseguente alla lesione di interessi non patrimoniali ogniqualvolta quest'ultimi siano ritenuti meritevoli di tutela dall'ordinamento o tramite un riconoscimento normativo specifico, come è dato rinvenire nei casi ove vi sia un'apposita previsione di legge in tal senso (pur se eventualmente riferito soltanto alla risarcibilità dei danni non patrimoniali e non pure specificamente agli interessi), o anche mediante un riconoscimento semplicemente generico, come quello desumibile dalle norme della nostra Carta Fondamentale, laddove vengano in rilievo diritti fondamentali della persona, atteso che è in relazione all'esigenza di assicurare adeguata tutela a tali diritti che il criterio ermeneutico in esame è stato coniato dalla Suprema Corte di Cassazione.

Sul punto occorre precisare che il rispetto dei diritti della personalità è un obiettivo perseguibile anche nell'ambito della responsabilità contrattuale, atteso che la necessità di raggiungere tale finalità deve indurre l'interprete ad

utilizzare tutte le tecniche ermeneutiche possibili per rendere le disposizioni codicistiche funzionali allo scopo in esame, pena la possibile declaratoria di illegittimità costituzionale, per contrasto con il principio di eguaglianza formale di cui all'art.3 co.1 Cost., degli artt.1218 e ss. c.c. nella parte ove tali norme non prevedano l'applicabilità dei rimedi da esse contemplati anche in favore del creditore di un diritto connesso a beni fondamentali della vita riconosciuti dalla nostra Costituzione, onde assicurare a costui pieno ristoro per il nocumento ingiusto subito. Sarebbe, infatti, priva di ragionevolezza alcuna la scelta legislativa di garantire il rispetto dei diritti della personalità soltanto in sede extracontrattuale, mediante il ricorso all'art.2059 c.c., e non anche in sede contrattuale, atteso che anche il contratto, laddove non sia correttamente eseguito, può costituire strumento idoneo ad arrecare offesa alla persona con riguardo ai suoi profili a-reddituali.

Ragione per la quale, si ritiene necessaria un'interpretazione costituzionalmente orientata anche delle norme disciplinanti la responsabilità da inadempimento. Risultato, questo, possibile anche in forza della genericità delle nozioni di danno e di perdita richiamate negli artt.1218, 1223, 1225, 1227 e ss. c.c., non essendo ivi specificata, infatti, in senso esclusivamente patrimoniale, la tipologia dei pregiudizi risarcibili.

Inoltre, occorre rilevare che in ordine all'inadempimento la rilevanza degli interessi non patrimoniali non è limitata soltanto ai diritti inerenti ai valori fondamentali della persona, essendo l'art.1174 c.c., di per sé, propedeutico ad ascrivere rilievo a qualsiasi interesse del creditore purché dedotto nel contratto.

Pertanto, è possibile affermare che nell'ambito della responsabilità contrattuale, in virtù della norma da ultimo citata, gli interessi ed i danni non patrimoniali possono rilevare in misura maggiore rispetto a quanto non sia dato rinvenire nella responsabilità aquiliana. Donde, le ulteriori problematiche inerenti, da un lato, alle modalità tramite le quali gli interessi in esame possono essere ritenuti contrattualmente rilevanti e, dall'altro, all'individuazione dei limiti ai quali è necessario avere riguardo per la determinazione della risarcibilità dei danni conseguenza non patrimoniali da inadempimento.

Capitolo II

Gli indirizzi elaborati e seguiti dalla giurisprudenza di merito e di legittimità anche alla luce della sentenza della Corte di Giustizia n°168 del 2002

1. Il danno non patrimoniale secondo la giurisprudenza: tra sanzione e risarcimento

La questione della risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento è stata affrontata dalla giurisprudenza (nei diversi settori in cui si esplica la sua attività, e soprattutto in civile ed in penale) non senza difficoltà. La peculiare attualità della problematica nonché la sua riproposizione nelle relazioni interpersonali con una quotidianità e frequenza sempre crescente – dovuta anche all’ampliamento dell’ambito di operatività della responsabilità contrattuale in conseguenza, tra l’altro, del ricorso alla teoria del contatto sociale qualificato – ha richiamato l’attenzione dei Giudici su di un tema, per vero, non molto dibattuto sino agli anni settanta. È, infatti, con l’avvento dei diritti della personalità e delle teorie sul danno non patrimoniale che la questione si presenta nelle aule dei Tribunali del nostro Paese in tutta la sua complessità ed ampiezza.

Da un esame delle pronunce in merito è possibile rilevare un approccio della giurisprudenza diverso rispetto a quello della dottrina. Si coglie, infatti, nei Giudici una certa difficoltà (quanto meno iniziale) nel superare il dettato dell’art.2059 c.c. e, conseguentemente, nell’esaltare il combinato disposto degli artt.1174 e 1218 c.c., onde affermare la tesi favorevole, in quanto si riteneva, almeno in un primo momento, più prudente contenere le pretese risarcitorie in ragione della necessità di salvaguardare l’intero sistema della responsabilità civile dal pericolo di condanne al pagamento di danni (quelli non patrimoniali appunto) il cui accertamento, essendo particolarmente complesso nell’*an* e nel *quantum debeatur*, poteva, almeno in astratto, essere condotto sulla base di valutazioni talmente generiche e sommarie da comportare il conseguente riconoscimento alla pretesa risarcitoria di una funzione anche “punitiva” del tutto estranea alla finalità propriamente riparatoria caratterizzante l’istituto del risarcimento nel nostro ordinamento giuridico.

La tematica, dunque, inerente alla risarcibilità del danno non patrimoniale (anche da inadempimento) è stata affrontata dalla giurisprudenza dapprima con riguardo al binomio “*sanzione-danno*” ed ai differenti criteri di determinazione dell’una e dell’altro. È, infatti, indubbio che la sanzione non sia parametrata soltanto alla “gravità del *danno*” arrecato al bene giuridico tutelato dalla norma primaria violata, dovendo assolvere anche ad una funzione di carattere special-preventivo, idonea ad indurre il trasgressore a non commettere in futuro ulteriori infrazioni della medesima specie. Quest’ultima componente è del tutto estranea al risarcimento del danno, in quanto nel concetto di riparazione non c’è anche quello di afflizione, essendo quello risarcitorio un istituto volto a salvaguardare la situazione del danneggiato e non, invece, a punire il danneggiante.

Inoltre, anche il parametro di riferimento è diverso; se, infatti, per il risarcimento si deve avere riguardo soltanto alla gravità del danno patito dalla vittima (laddove per danno si intende quello in concreto risarcibile), nella sanzione è la gravità del *fatto*, nella sua più ampia accezione, a determinare l’entità della violazione, con la necessaria specificazione che in tali casi si dovrà avere riguardo non solo alla gravità del *danno* arrecato al bene giuridico protetto, ma anche alle molteplici circostanze che hanno contraddistinto la condotta del trasgressore (nelle sue componenti oggettive e soggettive). Per cui la gravità del *fatto* costituisce, per le sanzioni, un parametro di riferimento talmente ampio da comprendere la gravità del *danno* senza esaurirsi in essa.

Sul punto si coglie la profonda diversità strutturale tra la responsabilità civile e quella penale, così come chiaramente precisata dalle S.U. n°581 del 2008. Questa decisione affronta il tema relativo ai rapporti tra causalità civile e causalità penale, ma per risolvere tale questione la Cassazione si occupa anche delle diversità tra le due responsabilità, precisando che, in primo luogo, la finalità della responsabilità penale è il soddisfacimento di esigenze retributive (o general-preventive) e, quindi, sanzionatorie dell’autore del reato, mentre la responsabilità civile assolve ad una funzione squisitamente riparatoria. In secondo luogo, mentre la responsabilità penale ha per oggetto la condotta del reo, la responsabilità civile tende a tutelare il danneggiato e non a punire il danneggiante. Il che implica una diversità di principi, in quanto se la responsabilità penale, avendo riguardo al presunto autore del reato, deve essere

contraddistinta da una serie di garanzie (quali, il principio di legalità, di tipicità, il divieto di analogia, ecc...), la responsabilità civile, invece, non le presuppone (tanto è vero che l'illecito civile si contraddistingue per la sua atipicità). In terzo luogo, il concorso della vittima nella determinazione del fatto assume una rilevanza differente, in quanto se nell'illecito civile può rilevare, ai sensi dell'art.1227 c.c., come fattore di riduzione del risarcimento del *danno* cagionato (c.1) o di esclusione della riparazione dei *danni* che il danneggiato avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza(c.2), nell'illecito penale non incide sulla responsabilità del reo, a meno che non costituisca concausa da sola sufficiente a determinare l'evento ex art.41 c.2 c.p. (in tal caso dovendosi ritenere superato il nesso di causalità materiale intercorrente tra la condotta del reo e l'evento verificatosi). Inoltre, differiscono anche i criteri di imputazione della responsabilità, poiché quella civile ammette ipotesi di responsabilità oggettiva, mentre quella penale le esclude, essendo soggetta al principio di personalità ex art.27 c.1 Cost. (soprattutto dopo Corte Cost. nn.364 e 1085 del 1988).

Siffatti rilievi devono essere tenuti presenti nell'esame delle pronunce della giurisprudenza, poiché hanno influito non poco sulla concezione del danno non patrimoniale, in genere ed, in particolare, del danno morale da reato, come si dirà da qui a un momento, soprattutto perché l'originario e quasi esclusivo legame del danno morale con l'illecito penale aveva indotto i Giudici a ritenere applicabili al risarcimento di siffatti pregiudizi gli stessi criteri dalla legge stabiliti per la determinazione della pena. Donde, il procedimento induttivo che risalendo dal particolare al generale, e muovendo dalla predetta considerazione, portava a concludere nel senso di riconoscere al danno non patrimoniale in generale un carattere sanzionatorio.

Il dilemma concernente la natura giuridica del danno non patrimoniale ha costituito una questione costante nelle pronunce dei Giudici sia di merito che di legittimità, avendo, infatti, costoro quasi sempre avvertito la necessità di chiarire se quello in esame fosse propriamente un danno da risarcire oppure una sanzione da comminare. La giurisprudenza penalistica (chiamata a pronunciarsi su tali questioni in anticipo rispetto a quella civilistica, in virtù del sistema processuale vigente prima dell'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale) ha affrontato la questione con riguardo al risarcimento del danno morale

di cui all'art.185 c.p., dovendo decidere se ricondurlo alla categoria delle sanzioni ovvero in quella propriamente dei danni, onde definire la relativa disciplina da applicare, soprattutto per quanto concerne l'individuazione dei criteri di determinazione del *quantum debeatur*. E poiché nel danno non patrimoniale il tema probatorio della liquidazione è inevitabilmente affrontato e risolto mediante il ricorso a valutazioni di tipo equitativo ex art.1226 c.c., appare comprensibile il timore della giurisprudenza in ordine alla possibilità che in tali casi il risarcimento costituisca strumento utile a celare a titolo di riparazione la comminazione di vere e proprie sanzioni private nei confronti del danneggiante.

Si tratta di una problematica di non poco momento, atteso che se le nozioni di danno e sanzione se su un piano astratto sono chiaramente distinte, sul piano pratico, invece, proprio con riguardo ai danni non patrimoniali sembrano sovrapporsi a causa delle difficoltà oggettive implicante la liquidazione di tali pregiudizi; ne consegue il concreto pericolo di una commistione dei criteri di determinazione del danno con i criteri di commisurazione delle sanzioni.

Sul punto occorre chiarire che i percorsi seguiti dalla giurisprudenza non sono univoci. Ed infatti, sebbene il tema fosse lo stesso, si coglie una diversità di argomentazioni giuridiche addotte dalla Giurisprudenza civilistica rispetto a quelle esplicitate dalla Giurisprudenza penalistica. La ragione, forse, è da ricercare nella diversità strutturale del processo civile rispetto a quello penale e nella diversità di regole che governano i rispettivi giudizi. Per cui si ritiene opportuno affrontare i due percorsi giurisprudenziali separatamente.

1.1 La Giurisprudenza Penale e la prevalente concezione sanzionatoria

I Giudici delle sezioni penali dei Tribunali, delle Corti d'Appello e della Corte di Cassazione in un primo momento si erano orientati nel senso di riconoscere al danno non patrimoniale di cui all'art.185 c.p. un carattere propriamente sanzionatorio.

Le ragioni di siffatto convincimento erano da ricercare nel dettato normativo all'epoca vigente, costituito da poche e scarse disposizioni; infatti, sino agli anni settanta il legislatore non aveva mostrato particolare interesse nei riguardi del danno non patrimoniale in generale. Talché la principale ipotesi

normativamente tipizzata, come detto, era rimasta sempre quella del 1930 contemplata dall'art.185 c.p. Il che aveva influito non poco nella giurisprudenza, ed anche nella dottrina, in ordine alla considerazione del risarcimento del danno non patrimoniale quale strumento più afflittivo per il reo che riparatorio del danno subito dalla vittima del reato. Ragione, questa, per la quale si era rinvenuto nella disposizione citata un carattere spiccatamente punitivo, tale da indurre a ritenere quello in esame non propriamente un risarcimento, bensì una sorta di sanzione privata, che in aggiunta a quella pubblica, costituita dalla pena, avrebbe dovuto assolvere ad una funzione principalmente special-preventiva, oltre che retributiva. Che questo fosse il modo di concepire l'istituto di cui all'art.185 c.p. lo si desume, in particolare, dai criteri adottati dalla giurisprudenza per la quantificazione del danno morale⁶⁵, atteso che in primo momento si era ritenuto necessario ricorrere agli stessi parametri dettati dall'art.133 c.p. per la determinazione della pene. In tal senso si era pronunciata la Corte di Cassazione specificando la necessità di parametrare il danno morale, ad esempio, alla gravità del "fatto" (illecito del reato) e non del "danno" subito dalla vittima, nonché alla condizione economica del danneggiante; profilo, quest'ultimo, rilevante per la responsabilità civile soltanto in punto di eccessiva onerosità della riparazione in forma specifica di cui all'art.2058 c.c., ma non certamente anche in ordine alla liquidazione del danno da risarcire. Per cui l'idea imperante nei Giudici Penali sino agli anni settanta-ottanta del secolo scorso era quella di considerare il risarcimento dei danni da reato alla stregua di una sanzione a tutti gli effetti.

Tale convincimento, peraltro, era avvalorato anche da una considerazione di ordine testuale esattamente rappresentata dalla rubrica del titolo VII del Libro I del C. P. ove è collocato l'articolo 185 citato, giacché il legislatore del 1930 ha ritenuto di doverlo intitolare "*Delle sanzioni civili*", in tal modo quasi volendo fugare ogni dubbio sulla natura degli istituti ivi disciplinati. Per cui il collegamento normativo tra l'art.185 c.p. e l'art.133 c.p. appariva una logica conseguenza di un sistema improntato all'affermazione della responsabilità penale quale istituto, in tutte le sue implicazioni ivi

⁶⁵ Cass. Sez. 3, *Sentenza n. 40 del 15/01/1962* (Rv. 250073): "La liquidazione del danno non patrimoniale è lasciata al criterio discrezionale dei giudici di merito col vincolo di proporzionarla, con logica motivazione, alla gravità del fatto, tenendo conto di tutte le circostanze di specie in rapporto alla capacità economica dell'obbligato ed al bisogno del danneggiato". Conf. Cass. n°370/1958 e n°3786/1954.

compresi i riflessi civilistici derivanti dalla commissione del reato, preordinato principalmente alla punizione del reo.

Siffatto orientamento aveva ingenerato nei Giudici Penali il convincimento di poter paradossalmente liquidare in modo più agevole il danno morale rispetto al danno patrimoniale, atteso che la prova dei danni riconducibili a quest'ultima categoria era spesso particolarmente complessa e, quindi, troppo gravosa da espletare nell'ambito di un processo il cui oggetto è principalmente costituito dalla dimostrazione dei fatti contestati all'imputato dal Pubblico Ministero nel capo di imputazione piuttosto che dai pregiudizi subiti dalla parte civile. Ed, infatti, se per il danno patrimoniale occorrevano normalmente accertamenti tecnici di carattere peritale, per il danno morale era sufficiente concentrarsi sui parametri dettati dall'art.133 c.p. Si perveniva, pertanto, ad un paradosso, in quanto il danno non patrimoniale, che secondo la dottrina poneva problematiche financo non superabili a causa dell'assenza di un sicuro parametro di riferimento (come il mercato lo è per i pregiudizi patrimoniali), era divenuto di agevole liquidazione, mentre il danno patrimoniale, che tradizionalmente e pacificamente era stato considerato risarcibile, finiva per costituire oggetto di una sentenza di condanna spesso generica con rinvio al Giudice Civile per la determinazione del *quantum debeatur*. In conclusione era possibile riscontrare che nel processo penale si invertiva quell'ordine di idee che nell'ambito del processo civile si era sviluppato in relazione alle difficoltà concernenti l'affermazione di un vero e proprio risarcimento del danno non patrimoniale (per quanto occorre ribadire che il danno morale era considerato più in un'accezione sanzionatoria che risarcitoria). Questa tendenza è ancora oggi persistente nei Giudici Penali, in quanto, come si dirà da qui a un momento, è talmente avvertita l'esigenza di assicurare adeguata tutela alle ragioni della parte civile in relazione alle proprie pretese, laddove siano ovviamente fondate, che si tende a liquidare con maggiore semplicità il danno morale, sebbene, almeno apparentemente, non più in un'accezione sanzionatoria.

Il carattere afflittivo del danno morale di cui all'art.185 c.p. costituiva, dunque, una costante nelle pronunce della giurisprudenza penalistica e si riscontrava anche nelle ipotesi di c.d. danno non patrimoniale da reato-contratto o da reato in contratto, ove, cioè, il contratto costituiva uno strumento di

consumazione del reato, atteso che anche in questi casi la decisione sulle pretese risarcitorie della parte civile si risolveva nella statuizione di una condanna soltanto generica in relazione ai danni patrimoniali, mentre in relazione al danno morale il risarcimento era quantificato mediante il ricorso agli stessi parametri di commisurazione della pena pubblica.

Al riguardo, occorre brevemente richiamare la distinzione tra “reato-contratto” e “reato in contratto”, per comprendere quale sia stata l’evoluzione della giurisprudenza sul piano del risarcimento. Si tratta di categorie dogmatiche elaborate dalla dottrina ed applicate dalla giurisprudenza per spiegare le diverse conseguenze che dalla commissione di un illecito penale derivano per la validità del contratto, secondo che, la violazione della norma incriminatrice – per antonomasia di carattere imperativo – sia, rispettivamente, conseguenza della conclusione del contratto, ovvero sia imputabile ad una condotta serbata dal reo in occasione della stipula del contratto, o nella fase delle trattative, o in quella dell’esecuzione delle obbligazioni contrattuali. La norma di riferimento è costituita dall’art.1418 c.1 c.c. nella parte ove afferma la nullità del contratto a fronte della violazione di una norma imperativa, quale certamente può essere ritenuta quella penale. Sennonché, un’applicazione letterale della disposizione citata avrebbe potuto comportare la tacita riduzione in via interpretativa dell’ambito di operatività dell’annullabilità, al punto da mortificarne la sua stessa sussistenza. Per cui, la dottrina, muovendo dalla clausola di salvezza prevista nell’art.1418 c.1 c.c. laddove si esclude la nullità nei casi ove la legge abbia disposto diversamente, ha distinto il contrasto diretto del contratto con la norma penale (causa di nullità), dal contrasto indiretto ove il contratto diventa occasione per la violazione della norma penale, ossia, principalmente (ma ovviamente non soltanto) le ipotesi di dolo (truffa) e violenza (sub specie di estorsione), implicanti l’annullabilità.

Il problema affrontato dalla Giurisprudenza in ordine alla domanda proposta dalla parte civile attiene alla integralità del risarcimento dei danni da reato; infatti, se nei casi di “reato-contratto” la nullità del contratto, rilevabile peraltro d’ufficio, comporta sempre una lesione integrale dell’interesse dedotto dalla parte lesa, con conseguente possibilità per la parte civile di domandare ed ottenere pieno ristoro dell’intero danno subito, nelle ipotesi di “reato in contratto” il Giudice Penale, non disponendo del potere di annullamento del

contratto, deve limitarsi a risarcire il danno corrispondente a quella parte di interesse residuo non soddisfatto dal contratto invalido, che per quanto annullabile, appunto, continua pur sempre a produrre effetti (sino appunto non interverrà l'annullamento con la pronuncia di una sentenza costitutiva). In quest'ultimi casi si prospettava, peraltro, un'ulteriore questione, in quanto la non integralità del risarcimento o sarebbe stata da riconoscere soltanto limitatamente ai danni patrimoniali, fermo restando l'autonoma risarcibilità integrale del danno morale secondo i parametri di cui all'art.133 c.p., ovvero si sarebbe dovuta affermare anche in relazione al risarcimento del danno morale, stante l'avvenuta soddisfazione, almeno in parte, dell'aspettativa non patrimoniale correlata al contratto concluso.

I Giudici, nel tentativo di risolvere la questione in modo quanto più favore all'interesse della parte civile, si erano spinti al punto da estendere le ipotesi di reato-contratto a fatti che più correttamente dovevano ricomprendersi nel novero dei reati in contratto, così di fatto affermando la nullità del contratto anche laddove, a stretto rigore, non sarebbe stata configurabile. Si pensi ad esempio all'estorsione⁶⁶; chiara ipotesi di "reato in contratto" implicante l'annullabilità del negozio concluso dalle parti, e pur tuttavia in alcune pronunce ritenuta fatto civilisticamente rilevante quale causa di nullità. Le ragioni che inducevano i Giudici Penali a conclusioni simili sono da ricercare nell'esigenza di garantire alla parte civile, danneggiata dal reato, un risarcimento quanto più integrale possibile in tempi relativamente celeri; infatti, mentre nella ipotesi della nullità del contratto il Giudice Penale, in astratto, può sempre risarcire integralmente i danni lamentati dalla vittima, nel caso di annullabilità la parte danneggiata per raggiungere il medesimo risultato deve necessariamente rivolgersi al Giudice Civile e proporre la domanda di annullamento oltre a quella di risarcimento. Prospettiva, quest'ultima, fortemente pregiudizievole per la vittima del reato, giacché il giudizio civile implica tempi e costi notevolmente superiori rispetto a quelli propri del giudizio penale, ove, invece, la parte civile beneficia dell'azione penale esercitata dal Pubblico Ministero in punto di prova del reato e, soprattutto, considerato che

⁶⁶ Cass. pen. Sez. I n°7195/1979: *"Costituisce il delitto di estorsione e non quello di esercizio arbitrario delle proprie ragioni, la richiesta, con violenza o minaccia, di un compenso in dipendenza di un contratto contrario a norma imperativa e perciò nullo, siccome stipulato dietro una costrizione costituente a sua volta attività estorsiva: come tale non idoneo a dar luogo a pretesa azionabile davanti al giudice civile"*.

non deve anticipare le spese del processo, diversamente da quanto avviene in quello civile.

Questo orientamento è stato rivisto soltanto in parte dalla Cassazione, in quanto se, da un lato, l'estorsione è pacificamente considerata fattispecie riconducibile al reato in contratto, e dunque, causa di annullabilità, dall'altro persistono ancora ipotesi nelle quali la Giurisprudenza continua a mantenere orientamenti particolarmente criticati dalla dottrina in ordine alla qualificazione del fatto come reato-contratto. In tal senso si pensi alla circonvenzione di incapace⁶⁷ di cui all'art.643 c.p. ed ai complessi rapporti con l'art.428 c.c.

Le questioni in tema di risarcibilità del danno non patrimoniale (anche da inadempimento) si complicano con l'avvento del danno biologico, atteso che tale tipologia di pregiudizio non poteva di certo essere ritenuta alla stregua di una vera e propria sanzione. Per cui non era possibile per la sua liquidazione il ricorso ai parametri sanciti dall'art.133 c.p. Donde la necessità di seguire in ordine a siffatta tipologia di pregiudizi la stessa prassi maturata con riguardo ai danni patrimoniali: ossia, statuire sulle questioni civili con una condanna generica, eventualmente accompagnata da una provvisoria, stimolando la parte interessata (cioè proprio quella civile) a rivolgersi al Giudice Civile per ottenere la liquidazione del danno lamentato. Questo indirizzo è seguito anche in ordine ai danni non patrimoniali da contratto, atteso che non è infrequente che domande risarcitorie aventi per oggetto il ristoro di pregiudizi afferenti alla sfera a-reddituale siano proposte nell'ambito, ad esempio, di un processo concernente un caso di responsabilità medica.

Tuttavia, anche in queste ipotesi i Giudici Penali tendono a distinguere le varie voci di danno non patrimoniale, al fine di liquidare direttamente ed integralmente il c.d. danno morale, sebbene secondo criteri, almeno formalmente, non più connessi a quelli di cui all'art.133 c.p., ma ancorati a parametri di riferimento più prossimi a quelli propriamente adoperati per il risarcimento.

1.2 La Giurisprudenza Civile ed il definitivo superamento della concezione sanzionatoria

⁶⁷ Cass. pen. Sez. II n°19665/2008: “All'accertamento del delitto di circonvenzione di incapace consegue la nullità (e non l'annullabilità) del contratto stipulato dall'incapace per contrasto con norme imperative ai sensi dell'art.1418 c. 1 c.c.”.

Le sezioni civili dei Tribunali, delle Corti d'Appello e della Corte di Cassazione sino agli anni settanta ritenevano che il danno non patrimoniale fosse risarcibile nei soli casi previsti dalla legge, primo fra tutti quello del fatto costituente illecito penale ai sensi del combinato disposto di cui agli artt.2059 c.c. e 185 c.p.

Questo orientamento limitava la risarcibilità di tali danni esclusivamente alle ipotesi in cui fosse stata accertata la sussistenza del reato in tutti i suoi elementi costitutivi (oggettivi e soggettivi). Il Codice di Procedura Penale all'epoca in vigore (ossia quello Rocco del 1930) agevolava, peraltro, questa impostazione, atteso che all'art.3 sanciva chiaramente la pregiudizialità del giudizio penale rispetto a quello civile, amministrativo e disciplinare, dovendo infatti quest'ultimi essere necessariamente sospesi ogniqualvolta la loro definizione fosse dipesa dall'accertamento di un fatto costituente reato. Di conseguenza, laddove l'azione risarcitoria avente per oggetto danni non patrimoniali fosse stata proposta dinanzi al Giudice Civile, costui avrebbe dovuto sospendere ex art.295 c.p.c. il giudizio in attesa della definizione del processo penale. Per cui l'accertamento del reato, sul piano civilistico rilevante come danno-evento, era riservato esclusivamente al Giudice Penale secondo le regole che governavano il processo penale, prime fra tutte quelle in punto di prova.

Questa impostazione appariva coerente poiché del danno non patrimoniale (all'epoca principalmente identificabile nel danno morale) si aveva una concezione chiaramente sanzionatoria, soprattutto sulla base della considerazione che tale pregiudizio era risarcibile soltanto nelle ipotesi espressamente contemplate dalla legge; previsione, questa, (come già detto) del tutto analoga a quella caratterizzante le sanzioni pecuniarie, che in quanto prestazioni patrimoniali coattivamente imposte ai consociati dal legislatore ex art. 23 Cost. sono rigorosamente soggette al principio di tassatività. Tra l'art.23 Cost. e l'art.2059 c.c. sembrava, infatti, sussistere una corrispondenza non casuale, a fronte della circostanza che entrambe le norme contemplano una riserva di legge; per cui le ipotesi di risarcibilità del danno non patrimoniale, in quanto ammissibili soltanto nei casi legislativamente previsti, avrebbero soddisfatto anche la riserva di legge contemplata dalla citata norma costituzionale per le sanzioni. Donde il convincimento che dall'identità di

disciplina discenda anche l'identità di istituti, con conseguente considerazione del danno non patrimoniale alla stregua di una vera e propria sanzione. Siffatto indirizzo interpretativo, peraltro, era avallato non soltanto dalla scelta del legislatore del 1942 di subordinare alla legge, e non anche ad un'altra fonte normativa (come ad esempio il regolamento o la consuetudine), la determinazione tassativa delle ipotesi di risarcibilità, ma sembrava confermato anche dalla individuazione nel merito di tali ipotesi, giacché, come detto, quella principale era all'epoca costituita dalla consumazione di un reato. Ragione per la quale nessun dubbio poteva residuare circa il carattere sanzionatorio del danno non patrimoniale, a fronte della soggezione della sua risarcibilità ai medesimi principi propri delle sanzioni, primo fra tutti quello della tassatività. Ne conseguiva, dunque, l'ammissibilità del risarcimento dei danni non patrimoniali da inadempimento esclusivamente laddove fossero stati ravvisabili nella condotta del debitore tutti gli estremi necessari per la configurazione di un illecito penale.

Siffatto convincimento è stato progressivamente superato dalla giurisprudenza civilistica attraverso un lungo *iter* contraddistinto da una lenta ma costante evoluzione interpretativa della concezione del danno non patrimoniale.

Il primo passo di questo progressivo mutamento di indirizzo si deve all'avvento del nuovo Codice di Procedura Penale ed al superamento dell'inevitabilità che sino a quel momento caratterizzava la pregiudizialità del processo penale. Dagli artt. 3, 75 e 479 c.p.p. del 1988 si coglie l'affermazione del principio di autonomia dei processi e delle giurisdizioni, nonché l'affermazione della sospensione quale prospettiva eventuale subordinata al ricorrere di determinate circostanze. Con riguardo all'azione civile nel processo penale la norma di riferimento è l'art.75 c.p.p. che prevede al c.1 la possibilità di trasferire nel processo penale l'azione civile già proposta dinanzi al Giudice Civile purché costui non abbia pronunciato sentenza di merito anche non passata in giudicato; al c.2 la prosecuzione dell'azione civile nella sede civile se l'azione stessa non è trasferita nel processo penale o è stata intrapresa quando non è più ammessa la costituzione di parte civile; al c.3 la sospensione del processo civile se l'azione è stata ivi proposta nei confronti dell'imputato dopo la costituzione di parte civile o dopo la sentenza penale di primo grado.

L'aspetto più rilevante conseguente all'introduzione del nuovo Codice di Procedura Penale è costituito dalle conseguenze che la giurisprudenza civilistica ne ha dedotto soprattutto in punto di prova. Se, infatti, non occorre aspettare il giudicato penale, il Giudice Civile può e deve accertare il reato nell'ambito processo civile (salve le ipotesi di sospensione di cui all'art.75 c.3 c.p.p.). Ma ciò non implicava secondo un primo indirizzo automaticamente la possibilità di avvalersi di regole diverse da quelle proprie del processo penale per l'accertamento del reato. Si trattava della questione concernente l'inutilizzabilità delle presunzioni civilistiche in tema di prova dell'elemento soggettivo. L'esempio più frequente nella casistica è costituito dalla presunzione relativa di pari colpevolezza del danneggiato e del danneggiante prevista dall'art.2054 c.c., laddove manchi la prova di una diverso grado di responsabilità in ordine all'illecito derivante dalla circolazione dei veicoli. Ma non soltanto. Il Giudice Civile, infatti, non avrebbe potuto superare, sempre secondo questo indirizzo formatosi all'indomani dell'entrata in vigore dell'attuale Codice di Procedura Penale, nemmeno la carenza di eventuali condizioni di procedibilità prescritte dalla legge (si pensi alla mancanza della querela laddove quest'ultima fosse richiesta). Per cui all'indomani dell'entrata in vigore del nuovo Codice di Procedura Penale si riteneva che in sede civile il Giudice dovesse avvalersi dei medesimi strumenti adoperati dal Giudice Penale per l'accertamento del reato.

Senonché, la diversità strutturale dei due processi ha inciso profondamente su siffatto convincimento, ribalatandone completamente la conclusione.

Infatti, è stato osservato che se nel processo penale l'onere della prova è a carico del Pubblico Ministero (per quanto concerne ovviamente i fatti contestati nel capo di imputazione), nel processo civile operano anche le presunzioni (siano esse legali o semplici) che di per sé determinano un'inversione in favore della parte che ne beneficia. In secondo luogo, le diversità sono particolarmente accentuate anche in ordine ai mezzi di prova, atteso che se nel processo penale si privilegia l'oralità, con conseguente ampio ricorso alla testimonianza, all'interrogatorio dell'imputato, alle dichiarazioni spontanee; nel processo civile, invece, la prova orale è ammessa soltanto laddove ricorrano i presupposti di legge di cui agli artt.2721 e ss c.c. per la testimonianza, così come la confessione può essere resa soltanto nelle cause

concernenti diritti disponibili ed il giuramento decisorio non può avere per oggetto i fatti di cui all'art.2739 c.c. Ragione per la quale si è ben presto pervenuti alla conclusione che ciascun Giudice deve effettuare l'accertamento del reato secondo le regole proprie del codice di rito chiamato ad applicare. Per cui la diversità delle regole disciplinanti la prova non può essere superata dalla scelta da parte del danneggiato della sede ove proporre l'azione civile. Ne consegue che qualora il danneggiato preferisca costituirsi parte civile nel processo penale beneficerà dei vantaggi conseguenti a siffatta scelta, con la consapevolezza che l'onere della prova è a carico del Pubblico Ministero (per quanto concerne il reato e non anche l'ammontare dei danni di cui si domanda ristoro), che la prova è soggetta al principio di oralità, che non si dovranno anticipare le spese di giudizio (diversamente da quanto avviene nel processo civile), che si potrà pervenire ad una definizione del giudizio in tempi solitamente più celeri rispetto a quanto non sia dato riscontrare nei giudizi civili, che, infine, si otterrà, in caso di esito favorevole, normalmente una sentenza di condanna generica, a meno che la prova dei danni non sia evidente in tutto o in parte (con possibilità in quest'ultimo caso di chiedere ed ottenere la concessione di una provvisoria ex art.539 c.p.p.).

Diversamente, laddove si predilige la proposizione della domanda risarcitoria nella sua sede naturale, ossia nel processo civile, i vantaggi si potranno cogliere su altri profili (come ad esempio quello del Giudice competente sulla eventuale istanza cautelare), con la consapevolezza, però, che l'onere della prova è a proprio carico per quanto concerne l'*an* ed il *quantum debeat*. Tuttavia, in questo caso le regole disciplinanti la prova nel processo civile saranno applicabili non soltanto per quanto concerne la dimostrazione dell'ammontare dei danni, bensì, anche a monte, relativamente alla prova del reato, nei suoi elementi costitutivi. Sul punto è intervenuta la Suprema Corte di Cassazione con le decisioni nn. 7281, 7282, 7283 del 2003 con le quali ai fini della risarcibilità del danno non patrimoniale da reato si è ritenuto sufficiente la prova della sussistenza soltanto degli elementi costitutivi oggettivi della fattispecie incriminatrice per ritenere dimostrato il c.d. danno ingiusto di cui all'art.2043 c.c., con conseguente possibilità di applicazione delle presunzioni civilistiche di cui agli artt. 2047 e ss. c.c. in tema di prova dell'elemento soggettivo. Ed ossia, scelta una via si devono integralmente seguire le regole

che governano lo svolgimento di quel processo in tutti le sue fasi, ivi inclusa quella istruttoria col necessario rispetto integrale della disciplina e dei limiti inerenti alla prova. Ne consegue l'idea che l'autonomia delle giurisdizioni affermata dal nuovo c.p.p. si estende anche alle regole disciplinanti i mezzi di prova. E se autonomi e distinti sono i mezzi di prova, lo sono anche i rispettivi criteri di determinazione del risarcimento. Per cui il danno non patrimoniale da reato perde progressivamente quel carattere sanzionatorio originariamente riconosciutogli in virtù del combinato disposto degli artt.2059 c.c., 185 e 133 c.p., per acquisire dignità di pregiudizio a tutti gli effetti riparabile, al pari di quello propriamente patrimoniale.

Peraltro, una conferma della correttezza di quanto sostenuto in ordine alla necessaria rilevanza della diversità delle regole probatorie proprie del singolo processo in cui si propone l'azione risarcitoria si può rinvenire in diverse disposizioni del nuovo Codice di Procedura Penale. Si pensi agli artt. 3 e 479 c.p.p., che in tema di efficacia nel processo penale dei giudicati concernenti questioni decise nell'ambito di un processo civile o amministrativo presuppongono che la prova della questione pregiudiziale si sia formata in quella sede per mezzo di prove ammissibili dinanzi al Giudice Penale; regola questa confermata e ribadita dagli artt.651 e ss. c.p.p. laddove si considera l'ipotesi inversa in cui sia il giudicato penale ad esplicare effetti probatori nei giudizi civili, amministrativi e disciplinari. Si tratta, cioè, dell'affermazione del principio secondo il quale l'intercomunicabilità dei giudicati presuppone le medesime regole probatorie per l'accertamento dei fatti.

Siffatte considerazioni hanno, dunque, ricondotto l'attenzione della giurisprudenza civilistica alla prova del danno, sia in ordine al c.d. danno-evento (ossia il fatto oggettivo costituente reato), sia in relazione ai c.d. danni-conseguenza (ossia i pregiudizi in concreto risarcibili). Con riguardo al primo, dunque, la giurisprudenza ritiene sufficiente la prova degli elementi oggettivi (della condotta materiale, ovvero, se reato di evento, anche del nesso di causalità e dell'evento lesivo del bene giuridico protetto), superando, peraltro, le difficoltà connesse alla dimostrazione dell'elemento soggettivo preteso dalla norma incriminatrice ricorrendo, laddove possibile, alle presunzioni civilistiche di cui agli artt.2047 e ss. c.c., nonché superando anche l'eventuale carenza di condizioni di procedibilità (come la querela, l'istanza, la richiesta o

l'autorizzazione a procedere), in quanto elementi di rilievo squisitamente processuale e dunque non di natura sostanziale; donde la loro considerazione quali elementi del tutto estranei rispetto a quelli propriamente costitutivi del reato⁶⁸.

Con riguardo ai danni-conseguenza, la giurisprudenza, poi, ha ritenuto opportuno ricorrere a criteri di liquidazione non più connessi alla gravità del fatto (come si deve per le sanzioni), bensì inerenti la depauperazione subita dal danneggiato nella propria sfera a-reddituale, alla quale si riconosce rilievo giuridico al pari di quella propriamente patrimoniale. Il che, come detto, ha comportato l'allontanamento dal concetto di sanzione, in favore della considerazione dei pregiudizi non patrimoniali come veri e propri danni suscettibili di ripristino.

Sul punto, però, la prova dei danni non patrimoniali costituiva un momento particolarmente complesso del processo civile, atteso che spesso le parti processuali interessate tendevano a superare l'ostacolo probatorio chiedendo al Giudice una CTU che determinasse sia la sussistenza e sia l'ammontare dei danni risarcibili, con conseguente elusione dell'onere probatorio di cui all'art.2697 c.c. Si trattava di una prassi particolarmente diffusa e che, corroborando il necessario legame intercorrente tra il danno e la dimostrazione della sua sussistenza ed entità, richiamava quella medesima concezione sanzionatoria che la giurisprudenza aveva non senza difficoltà superato in tema di danni non patrimoniali. Sembrava, infatti, possibile che la valutazione del danno morale potesse prescindere da un accertamento puntuale dei suoi presupposti, essendo all'uopo sufficiente concentrarsi sulla gravità del fatto commesso. La questione è stata risolta ancora una volta da una importante decisione delle S.U. (ed esattamente la sentenza n°6572 del 24 marzo 2006), con la quale è stato precisato che il ricorso alla tecnica di liquidazione in via

⁶⁸ Cass. S.U. Civ. n°27337/2008: *“Nel caso in cui l'illecito civile sia considerato dalla legge come reato, ma il giudizio penale non sia stato promosso, anche se per mancata presentazione della querela, l'eventuale, più lunga prescrizione prevista per il reato, si applica anche in all'azione di risarcimento, a condizione che il giudice civile accerti, incidenter tantum, e con gli strumenti probatori ed i criteri propri del processo civile, la sussistenza di una fattispecie che integri gli estremi di un fatto – reato in tutti i suoi elementi costitutivi, soggettivi ed oggettivi, e la prescrizione stesa decorre dalla data del fatto, atteso che la chiara lettera dell'art.2947 c.3 c.c., a tenore del quale «se il fatto è considerato dalla legge come reato», non consente la differente interpretazione, secondo cui tale maggiore termine sia da porre in relazione con la procedibilità del reato”.*

equitativa ex art.1226 c.c. per i danni non patrimoniali non si può mai tradurre in un esonero dal principio dell'onere della prova, dovendo sempre l'*an debeat* ed il *quantum debeat* essere dimostrati anche se soltanto in via presuntiva. Né il Giudice può sostituirsi alla parte nell'assolvere al suddetto onere, poiché nel nostro sistema processuale vige il principio dispositivo e non quello inquisitorio⁶⁹. Per cui il danno non patrimoniale, al pari di quelli patrimoniali, deve essere provato nei suoi presupposti e nella sua entità, essendo un pregiudizio pienamente risarcibile e non una sanzione discrezionalmente determinabile dal giudice.

Se, dunque, la giurisprudenza civilistica era pervenuta alla concezione dei pregiudizi non patrimoniali quali veri e propri danni e non quali sanzioni private, la riserva di legge di cui all'art.2059 c.c., non dovendo essere più necessariamente concepita come proiezione applicativa di quella sancita dall'art.23 Cost., non costituiva più un ostacolo insuperabile per l'affermazione della piena risarcibilità dei danni non patrimoniali da inadempimento, pur in assenza di un'espressa ed apposita previsione normativa che ne statuisse l'ammissibilità.

Sul punto, però, la giurisprudenza nutrive un'ulteriore preoccupazione in ordine alla possibile eccessiva proliferazione di controversie aventi per oggetto pregiudizi non economici lamentati dal creditore perché anche soltanto indirettamente connessi al contratto. La questione dipendeva dalla peculiare genericità del bene giuridico di riferimento, ossia il diritto alla personalità di cui all'art.2 Cost. Inoltre, siffatti pregiudizi risulterebbero di difficile accertamento in sede processuale, soprattutto in ordine all'*an debeat* prima ancora che al *quantum*, poiché si dovrebbe indagare di volta in volta sulla reale volontà delle

⁶⁹ Il che incide soprattutto sulla funzione della Consulenza Tecnica d'Ufficio. La CTU spesso è adoperata per accertare il danno o il suo ammontare. Ma la Giurisprudenza chiarisce che la CTU non è una prova, bensì uno strumento di valutazione della prova già acquisita nel processo. In pratica, non è possibile eludere l'onere della prova tramite il ricorso alla CTU chiedendo che sia il consulente a provare l'esistenza del danno, poiché tale onere grava espressamente sulla parte. Per cui occorre prima che si fornisca la prova dell'*an debeat*, e poi la CTU potrà chiarire quali voci di danno siano o meno risarcibili. Tanto è vero che la CTU nel Codice di Procedura Civile non è disciplinata tra le prove poiché tecnicamente non è considerata tale, essendo, invece, uno strumento di ausilio del Giudice per la lettura ed interpretazione di prove già acquisite nel processo. Questo indirizzo si è formato soprattutto in tema di danni non patrimoniali, poiché in sede di proposizione di domande risarcitorie si era diffusa la prassi di rinviare al CTU la prova della sussistenza dei pregiudizi subiti dalla persona offesa e l'ammontare del risarcimento, così eludendo l'art.2697 c.c. a fronte di un onere probatorio particolarmente complesso. Sennonché, la Cassazione ha ammesso la possibilità che la prova del danno si possa fornire in via del tutto presuntiva ex artt.2727 e ss. c.c., ed ossia mediante il ricorso anche alle presunzioni semplici di cui all'art.2729 c.c., purché sia sempre la parte onerata a fornirla.

parti con riguardo alla loro effettiva (ed anche tacita) intenzione di dedurre nel regolamento contrattuale quello specifico interesse non patrimoniale dalla cui lesione deriva il danno lamentato. Si tratta, cioè, di pregiudizi solitamente di lieve entità ed conseguenti alla lesione di diritti della personalità molto spesso genericamente invocati e non esplicitamente tutelati dal contratto. Si riteneva, dunque, non auspicabile un'eventuale apertura alla risarcibilità dei danni non patrimoniali contrattuali oltre i limiti dell'art.2059 c.c. perché potenzialmente destabilizzante l'intero sistema della responsabilità civile, atteso che un siffatto orientamento sarebbe stato foriero di contenziosi incentrati su pretese risarcitorie aventi per oggetto la riparazione di danni quanto meno discutibili, per non dire anche pretestuosi (timore, questo, più che fondato come dimostra l'esperienza maturata soprattutto presso i giudici di pace con riguardo ai c.d. danni "bagatellari").

2. L'evoluzione della giurisprudenza in punto di danno non patrimoniale da inadempimento

A partire dagli anni ottanta in poi il tema concernente la liquidazione del danno non patrimoniale da inadempimento è stato affrontato dai Giudici delle Sezioni Civili dei Tribunali, delle Corti d'Appello e della Corte di Cassazione.

Come detto, si era giunti, dopo un lungo e travagliato iter ermeneutico alla conclusione secondo la quale il danno non patrimoniale non è una sanzione ma un pregiudizio risarcibile al pari di quello propriamente patrimoniale.

Senonché, in ordine alla risarcibilità di tali pregiudizi in caso di inadempimento contrattuale la giurisprudenza sembrava assumere un atteggiamento particolarmente prudente, a causa della possibile incidenza negativa che la condivisione di un indirizzo favorevole all'ammissibilità dei pregiudizi in questione avrebbe potuto comportare sulla tenuta dell'intero sistema delle obbligazioni contrattuali.

Tuttavia, nelle sentenze dei Giudici italiani si coglie anche un evidente disagio determinato proprio dalla necessità di fornire ai cittadini una risposta adeguata alle loro esigenze di tutela a fronte di un dato normativo, quello codicistico, apparentemente troppo rigoroso nel limitare ai soli casi previsti dalla legge la risarcibilità dei danni non patrimoniali. Il che ha influito non poco, tanto nella giurisprudenza di merito quanto in quella di legittimità, nella

scelta dei possibili indirizzi da seguire per la risoluzione della questione in esame. La consapevolezza, infatti, che dall'inadempimento del contratto e delle obbligazioni in genere potessero derivare danni non patrimoniali di una certa consistenza per la sfera giuridica del danneggiato era ben presente nella giurisprudenza, la quale, però, appariva troppo vincolata ad un'interpretazione letterale del dettato normativo espresso dall'art.2059 c.c.

Premesso, dunque, un doveroso inquadramento del contesto socio-giuridico nell'ambito del quale la giurisprudenza ha elaborato i vari indirizzi seguiti per la soluzione della problematica in oggetto, occorre procedere ad un esame puntuale dei vari orientamenti e delle loro evoluzioni.

Al riguardo si ritiene più utile per l'esposizione distinguere, da un lato, le pronunce dei Giudici di carriera, sia di merito che di legittimità, e, dall'altro, quelle di giudici di pace, in quanto i percorsi motivazionali seguiti e le soluzioni praticate sono talmente differenti da indurre a ritenere necessaria una trattazione separata per poi esaminare congiuntamente il loro impatto sull'importante pronuncia della S.U. del 2008.

2.1 La Giurisprudenza di merito e di legittimità

I Tribunali di merito e la Suprema Corte di Cassazione erano in un primo momento non favorevoli alla risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento, se non nei casi espressamente stabiliti dalla legge⁷⁰.

Le ragioni di questo indirizzo ermeneutico restrittivo erano da ricercare, anzitutto, nell'individuazione dell'art.2059 c.c. quale unico riferimento normativo per la disciplina dei pregiudizi non suscettibili di valutazione economica. Infatti, fino agli anni settanta, era pacifica nella giurisprudenza l'eccezionalità del rimedio risarcitorio a fronte di danni non patrimoniali, al punto da considerare fondata (se non financo condivisibile su un piano di politica giudiziaria) la scelta legislativa di limitare la risarcibilità di siffatti pregiudizi alle sole ipotesi normativamente tipizzate. Era diffuso, infatti, il convincimento secondo il quale soltanto i pregiudizi di natura economica sarebbero stati suscettibili di una quantificazione certa in ordine al loro esatto ammontare ed alla loro concreta incidenza sul patrimonio della vittima dell'illecito. Di conseguenza in tema di danni patrimoniali si aveva la

⁷⁰ Come, ad esempio, l'art.2087 c.c.

ragionevole certezza di poter assicurare, da un lato, al danneggiato un effettivo ripristino della situazione precedente alla commissione dell'illecito tramite una concreta riparazione di tutte le depauperazioni subite, e, dall'altro, al danneggiante di evitare la condanna al pagamento di danni non effettivamente sofferti dal danneggiato, ossia di danni per i quali fosse mancata la prova in ordine alla loro sussistenza ed al loro esatto ammontare, così eludendosi il rischio di non rispettare la funzione ripristinatoria propria dell'istituto risarcitorio pronunciando condanne per danni "puntivi".

Lo stesso non poteva dirsi anche dei danni non patrimoniali. Dalla difficoltà (o, come sostenuto da alcuni, dall'impossibilità) tecnica di liquidazione esatta di siffatti pregiudizi, sarebbe dovuta derivare, almeno in via di principio, l'inammissibilità del risarcimento. Per cui la limitazione legislativa alle ipotesi normativamente tipizzate sembrava costituire una logica conseguenza delle predette difficoltà concettuali insite alla risarcibilità dei danni non patrimoniali. Peraltro, l'atteggiamento prudente del legislatore sembra coerente con la necessità di eludere il pericolo che proprio a fronte delle suddette difficoltà di quantificazione si possano utilizzare in sede di liquidazione criteri idonei ad attribuire all'istituto risarcitorio una funzione che non gli è propria.

Una seconda argomentazione, poi, era costituita dall'assenza di un riferimento normativo idoneo a dissipare i dubbi che la collocazione dell'art.2059 c.c. nella parte dedicata ai fatti illeciti ingenerava. Sul punto, peraltro, non si poteva ricorrere nemmeno all'ausilio della dottrina, attesa la notevole diversità di orientamenti elaborati dagli autori in ordine al significato da ascrivere alla collocazione sistematica della norma citata (vedi sopra).

Non a caso la Giurisprudenza riteneva più prudente attenersi ad un'interpretazione strettamente letterale dell'art.2059 c.c. onde evitare il pericolo di travisare la finalità perseguita dal legislatore del 1942 nella parte ove ha limitato il risarcimento dei danni non patrimoniali alle sole ipotesi stabilite dalla legge. Ed un argomento a sostegno di siffatto indirizzo ermeneutico si solleva desumere dalla straordinarietà che, secondo i più, avrebbe contraddistinto la norma in esame, in quanto disposizione disciplinante il ristoro di pregiudizi non economici inserita nell'ambito di un sistema, quello del Codice Civile, tradizionalmente e (quasi) esclusivamente deputato alla regolamentazione dei

rapporti patrimoniali. Il che induceva, senz'altro, a considerare l'art.2059 c.c. quale norma eccezionale ed, in quanto tale, non suscettibile di applicazione (o estensione) analogica, in ossequio al divieto di cui all'art.14 disp. prel. c.c.

Conseguentemente, se il legislatore aveva collocato la disposizione in parola nella parte del Codice Civile dedicata ai fatti illeciti aveva, quindi, inteso limitarne l'ambito di applicazione soltanto ai casi di responsabilità aquiliana, a meno di non voler considerare la norma suddetta quale disposizione di chiusura dell'intero sistema risarcitorio, stante, peraltro, il rilievo testuale secondo il quale il libro IV, dedicato alle obbligazioni, si conclude proprio con l'art.2059 c.c.

Tuttavia, a fronte del richiamato carattere di eccezionalità riconosciuto alla norma in esame, la Giurisprudenza ha sempre preferito un'interpretazione strettamente testuale dell'art.2059 c.c., escludendo che ragioni di natura sistematica, quali appunto la collocazione alla fine del libro IV, potessero giustificare l'applicazione anche ai danni da inadempimento.

Indicazioni di segno opposto non potevano dedursi nemmeno dalle norme che espressamente ammettevano la risarcibilità dei danni non patrimoniali da inadempimento, poiché il loro indubbio carattere eccezionale, da un lato, escludeva la loro applicazione analogica, e, dall'altro, escludeva la loro considerazione quali disposizioni esplicative di un principio generale immanente al sistema risarcitorio favorevole alla risarcibilità dei danni in questione.

Non va sottaciuto, infine, il dibattito in ordine alla natura contrattuale o extracontrattuale della responsabilità del datore di lavoro per gli infortuni occorsi al lavoratore durante l'espletamento della sua attività lavorativa, nonostante la sussistenza di una specifica norma che espressamente ammette la risarcibilità dei danni non patrimoniali: ossia, l'art.2087 c.c., disposizione, questa, oggetto di molteplici pronunce da parte della Cassazione con le quali si è inteso affermare il principio secondo cui è possibile che il medesimo fatto lesivo sia fonte, ad un tempo, di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale per il datore di lavoro⁷¹.

Se, dunque, fino agli anni settanta-ottanta questo era l'orientamento della giurisprudenza, la questione inerente all'ampio tema del danno non

⁷¹ Vedi Capitolo IV, § 1.

patrimoniale in genere si complica con l'avvento delle teorie sul danno biologico e sul c.d. danno esistenziale. Il crescente riconoscimento della rilevanza, infatti, dei diritti della personalità e la loro affermazione quali prerogative fondamentali proprie di ogni individuo hanno indotto i Giudici a rivedere gli indirizzi fino ad allora seguiti per adattarli alla nuova realtà socio-giuridica costituita dai pregiudizi suddetti.

Ed, invero, appariva iniquo limitare le pretese risarcitorie del creditore insoddisfatto ai soli danni patrimoniali a causa della mancanza di una norma espressamente contemplante la risarcibilità anche dei danni non patrimoniali. E le ragioni di siffatto convincimento erano costituite dalla consapevolezza che tra illecito extracontrattuale ed inadempimento non sussistono differenze tali da poter affermare il carattere di maggiore gravità del primo rispetto al secondo al punto da giustificare, in virtù di siffatta considerazione, una disparità di trattamento su di un aspetto fondamentale della disciplina del risarcimento, quale proprio quella dell'integrale ristoro di tutti i danni subiti dalla vittima, ivi inclusi quelli non patrimoniali.

Peraltro, la Giurisprudenza acquisiva sempre più consapevolezza della idoneità del contratto a tutelare anche interessi di tipo non economico, come quelli afferenti ai diritti della personalità (salute, immagine, ecc...). Per cui non ammettere in questi casi il risarcimento dei danni non patrimoniali conseguenti alla lesioni di siffatti interessi (ovviamente laddove debitamente dedotti nel contratto) poteva implicare una disparità di trattamento rispetto alle ipotesi di illecito aquiliano tale da esporre l'art.2059 c.c. al rischio di una possibile declaratoria di illegittimità costituzionale per contrasto con il principio di ragionevolezza di cui all'art.3 Cost

Si pensi, ad esempio, ai contratti aventi per oggetto prestazioni di tipo medico-sanitario ed ai danni derivanti al paziente dall'inadempimento.

La problematica è stata comunque affrontata a partire soprattutto da quando l'ambito di applicazione della responsabilità contrattuale si è ampliato a seguito dell'avvento della teoria del c.d. contatto sociale qualificato e del suo recepimento da parte della Corte di Cassazione. Momento, questo, identificabile con la pronuncia della ormai nota sentenza del 29 gennaio 1999, n°589, con la quale la Suprema Corte ha sancito, ai fini della qualificazione giuridica della responsabilità, la rilevanza non tanto della fonte dell'obbligazione (ossia la

sussistenza o meno di un contratto), quanto della configurabilità o meno di un'obbligazione, dovendosi all'uopo ritenere sufficiente anche la sussistenza di un contatto non occasionale e dal pregnante significato sociale al punto da poter giustificare la sussistenza di un rapporto qualificato e non meramente occasionale tra danneggiante e danneggiato.

La teoria del contatto sociale comporta l'applicazione degli artt.1218 e ss c.c., disciplinanti la responsabilità contrattuale, anche laddove un contratto non c'è perché non è stato mai concluso tra le parti interessate. La ragione giustificatrice di siffatto orientamento è da ricercare nell'iniquità che avrebbe contraddistinto al condizione della vittima dell'illecito ogniqualvolta il danno ingiusto fosse stato conseguenza di un rapporto di tipo non occasionale con il danneggiante, atteso che il danneggiato avrebbe dovuto sopportare i rischi connessi all'esperimento di un'azione di responsabilità extracontrattuale soprattutto per quanto concerne la prova dei fatti costitutivi dell'illecito, essendo questa interamente a suo carico (salve le presunzioni previste per le responsabilità speciali di cui agli artt.2047 e ss c.c.).

Se dal contatto non occasionale, insomma, derivava un affidamento meritevole di tutela si doveva ritenere sussistente un'obbligazione la cui fonte sarebbe stata da ricondurre alla categoria dei fatti o atti idonei secondo l'ordinamento a generare un rapporto obbligatorio.

La Giurisprudenza, condividendo i presupposti della teoria del contatto sociale, ha applicato gli artt.1218 e ss. c.c. anche laddove nessun contratto era stato precedentemente stipulato tra il danneggiato ed il danneggiante. Tuttavia, in un primo momento si discuteva se applicare l'intera disciplina della responsabilità contrattuale, oppure limitarsi alle sole disposizioni concernenti gli aspetti interessati dalle parti (o meglio invocate dall'attore) e riguardanti, cioè, in particolare la prescrizione ordinaria decennale e gli oneri probatori. La Cassazione ha risolto i dubbi affermando che la sussistenza di un contatto sociale qualificato, essendo fonte di obbligazione, comporta l'applicazione dell'intero statuto della responsabilità contrattuale, in tutti i suoi possibili aspetti disciplinari.

Senonché, proprio siffatto orientamento avrebbe potuto comportare sul piano del risarcimento dei danni non patrimoniali delle preclusioni che, invece, non si sarebbero configurate laddove, più semplicemente, fosse stata applicata

la disciplina contemplata dagli artt.2043 e ss c.c., giacché, se la risarcibilità dei pregiudizi in questione era normativamente prevista (seppur nei limiti stabiliti dalla legge) e, dunque, pacificamente ammessa per le ipotesi di responsabilità extracontrattuale, lo stesso non poteva di certo dirsi per le ipotesi di inadempimento, rispetto alle quali, infatti, la giurisprudenza soleva escludere siffatta evenienza in ossequio ai criteri ermeneutici strettamente testuali prima menzionati, in relazione all'art.2059 c.c. Per cui il richiamo alla teoria del contatto sociale, pur essendo preordinato a favorire la posizione del danneggiato (almeno in punto di prova e di prescrizione), comportando l'applicazione degli artt.1218 e ss c.c., finiva inevitabilmente per limitare le pretese risarcitorie soltanto a quelle di carattere strettamente patrimoniale, così precludendo, almeno in via di principio, quella domanda avente per oggetto il risarcimento dei danni non patrimoniali che, diversamente, sarebbe stata, in astratto, suscettibile di accoglimento laddove fosse stata semplicemente applicata la disciplina della responsabilità extracontrattuale.

Era ben evidente che un simile indirizzo appariva, quanto meno, censurabile sul piano delle conseguenze disciplinari, laddove si consideri la circostanza che i fatti dei quali il danneggiato lamenta di essere stato vittima sono, pur sempre, di matrice extracontrattuale. Ragione per la quale l'applicazione della teoria del contatto sociale si prestava ad essere particolarmente criticata nella parte in cui pregiudicando il ristoro dei danni che sarebbero stati risarcibili secondo le norme disciplinanti gli illeciti extracontrattuali comportava delle disparità di trattamento del tutto ingiustificate, atteso che le pretese risarcitorie inerenti i danni non patrimoniali sarebbero state suscettibili di accoglimento o di rigetto, rispettivamente, secondo che l'illecito aquiliano commesso in pregiudizio della vittima fosse o meno qualificato e considerato quale conseguenza di un contatto occasionale oppure di un contatto cui riconoscere un significato sociale pregnante, stante la circostanza che quella del contatto sociale qualificato è una teoria fondata su norme talmente generali (si pensi all'art.1173 c.c.) da non poter da sola giustificare limitazioni di tutela per la parte danneggiata (soprattutto se si pensa che la sua applicazione è, invece, preordinata allo scopo di agevolare la vittima degli illeciti extracontrattuali sul piano della disciplina).

2.1.1 La soluzione: la teoria del cumulo di responsabilità, o meglio, del concorso di azioni

In virtù di siffatte considerazioni la Giurisprudenza ha risolto i dubbi inerenti alla risarcibilità dei danni non patrimoniali da inadempimento optando per una soluzione ermeneutica idonea, almeno in astratto, a conciliare la carenza del dettato normativo con il rispetto dell'art.2059 c.c. e del suo ambito di applicazione.

Si tratta dell'indirizzo che si fonda sul ricorso al c.d. *cumulo di responsabilità*⁷² o meglio al c.d. *concorso di azioni*⁷³.

Questa teoria, che secondo alcuni autori⁷⁴ avrebbe origini risalenti financo al diritto romano, ammette la possibilità per il danneggiato di agire congiuntamente ai sensi tanto dell'art.1218 c.c. quanto dell'art.2043 c.c. ogniquale volta l'inadempimento costituisca (o si possa considerare) anche fatto illecito, e cioè si traduca in un "danno ingiusto".

Tale evenienza ricorre, secondo la Giurisprudenza, allorché l'inadempimento leda contemporaneamente non solo il diritto di credito corrispondente all'obbligazione non adempiuta, ma anche il principio del *neminem laedere*; circostanza, questa, configurabile laddove la mancata esecuzione della prestazione debitoria comporti la lesione di un diritto assoluto del creditore, e ciò tanto se trattasi di diritto della personalità, quanto se trattasi, più semplicemente, di un diritto reale⁷⁵.

⁷² DI MAJO, *Incontro di formazione organizzato dal CSM del 13 novembre 2007*: "L'espressione "cumulo" andrebbe evitata perché non si tratta della somma di due (forme di) responsabilità ma della scelta (alternativa) dell'una o dell'altra, così da poterne godere dei relativi benefici".

⁷³ In dottrina, F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, Milano, 1993, in *Riv. crit. dir. priv.* 1987, 79; MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (Analisi comparata di un problema)*, Padova, 1989; ROSSELLO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in ALPA e BESSONE, *La responsabilità civile*, I, 289; VISINTINI, in *Rass. dir. civ.* 1983, 1077; RAVAZZONI, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, in *Studi in memoria di Donatuti*, II, Milano, 945; SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *NDI*, XV, 670.

⁷⁴ BIANCA, *Diritto Civile*, V, *La responsabilità*, cit., p. 552, nota 58, ove si cita il passo dei *Digesta*, 9.2.7.8. (Ulpianus XVIII ad Edictum): "*Proculus ait, si medicus servum imperite secuerit, vel ex locato vel ex lege Aquilia competere actionem* (dice Proculo che se il medico avrà curato lo schiavo con imperizia, spetterà sia l'azione in base al contratto d'opera sia l'azione in base alla legge Aquilia)".

⁷⁵ DI MAJO, *Incontro di formazione organizzato dal CSM del 13 novembre 2007*: "In dottrina e giurisprudenza si parla di *concorso* delle due forme di responsabilità allorchando **un medesimo fatto** costituisce non solo inadempimento di una obbligazione gravante sul soggetto ma anche violazione di un più generico dovere del *neminem laedere* a fronte di un altrui diritto. In tal forma vengono violati due tipi di interessi: a fronte dell'obbligazione v'è l'interesse ad ottenere *la prestazione dovuta*, a fronte del dovere del *neminem laedere* v'è l'interesse di ogni soggetto

Le ipotesi più ricorrenti sono quelle del contratto avente per oggetto un trattamento medico-sanitario (ove il diritto tutelato dal rapporto obbligatorio è quello assoluto della salute), del contratto di trasporto, del rapporto tra minore e docente con riguardo alla responsabilità di quest'ultimo per i danni cagionati e, soprattutto, patiti dal primo, ecc...

Il fondamento della teoria in esame si rinviene nell'art.2055 c.c.⁷⁶ e nell'interpretazione che la Giurisprudenza ne è solita prospettare ormai univocamente laddove la si considera quale norma statuente il principio secondo cui la solidarietà tra coautori del medesimo illecito non è esclusa dalla eventuale diversità di titoli caratterizzante la loro responsabilità. E cioè, secondo questo indirizzo ermeneutico è possibile che più soggetti, concorrenti nel medesimo illecito, siano solidalmente tenuti al risarcimento dei danni nei confronti della medesima vittima anche se taluni di essi sono chiamati a rispondere a titolo di responsabilità extracontrattuale ed altri a titolo di responsabilità contrattuale⁷⁷.

acchè la propria sfera giuridica, sia riguardante la propria persona come le cose di appartenenza, non venga violata". Cass. 7 agosto 1982, n°4437: "La responsabilità contrattuale e quella extracontrattuale possono concorrere allorché un unico comportamento risalente al medesimo autore appaia di per sé lesivo non solo di specifici diritti derivanti al contraente dalle clausole contrattuali, ma anche dei diritti assoluti che alla persona offesa spettano di non subire pregiudizi all'onore, alla propria incolumità personale ed alla proprietà di cui è titolare".

⁷⁶ Si tratta di una norma di per sé esplicativa di un principio non costituente novità nel nostro ordinamento, ma che aveva sollevato più di qualche dubbio interpretativo, come si evince dalla Relazione al C.C., ove al Par.800 si legge che: "*Circa la responsabilità solidale dei coautori del fatto dannoso, l'art.2055 riproduce le disposizioni dell'art.1156 del codice civile e dell'art.187, secondo comma, del codice penale. Poiché aveva formato oggetto di qualche dubbio, si afferma il diritto di regresso, contro i coautori, di colui che ha risarcito il danno.*

Come per le altre obbligazioni in solido, la solidarietà non opera nei rapporti tra coobbligati e l'avente diritto al regresso (art.1299); ciascuno risponde della sua parte di debito, che è determinata dal grado di partecipazione al risultato".

⁷⁷ Cass. Sez. 3 n. 25016 del 10/10/2008: "La responsabilità contrattuale può concorrere con quella extracontrattuale allorché il fatto dannoso sia imputabile all'azione o all'omissione di più persone tutte obbligate al risarcimento del danno correlato al loro comportamento, sicché in ipotesi di vendita a terzi di un immobile in violazione dell'obbligo contrattualmente assunto dal venditore nei confronti del precedente acquirente, la responsabilità contrattuale dell'alienante può concorrere con quella extracontrattuale del successivo acquirente quanto il danneggiato provi o la dolosa preordinazione volta a frodarlo o comunque la compartecipazione all'inadempimento dell'alienante in virtù dell'apporto dato nella violazione degli obblighi assunti nei confronti del primo acquirente"; Cass. Sez. 1, n. 18939 del 10/09/2007: "Nell'ambito di un'obbligazione il principio, previsto dall'art. 1294 c.c., secondo cui i condebitori sono tenuti in solido, ove dalla legge non risulti altrimenti, non è escluso per il fatto che i titoli della responsabilità facenti capo ai coobbligati siano diversi, l'uno di natura contrattuale e l'altro di natura extracontrattuale"; Cass. Sez. 2, n. 7127 del 25/05/2001: "La responsabilità contrattuale può concorrere con quella extracontrattuale allorché il fatto dannoso sia imputabile all'azione o all'omissione di più persone tutte obbligate al risarcimento del danno correlato al loro comportamento, sicché in ipotesi di vendita a terzi di un immobile in violazione dell'obbligo contrattualmente assunto dal venditore nei confronti del precedente acquirente, si determina la responsabilità contrattuale dell'alienante, mentre la responsabilità del successivo acquirente rimasto estraneo al primo rapporto contrattuale, può configurarsi soltanto sul piano extracontrattuale quando trovi fondamento non in una mera consapevolezza della precedente

Ne consegue che, se la diversità di titoli non preclude la solidarietà da “concorso” nel medesimo illecito di più soggetti, lo stesso principio deve valere anche laddove il fatto illecito sia commesso da un solo individuo ed integri gli estremi sia dell’inadempimento che dell’illecito aquiliano, con la conseguente configurabilità in capo a costui di entrambe le fattispecie.

Presupposti per il c.d. concorso di azioni, dunque, sono: *a)* l’**unicità del fatto lesivo**; *b)* la **coincidenza soggettiva** del debitore con il danneggiante, da un lato, e del creditore con il danneggiato, dall’altro; *c)* la **qualificazione del (medesimo) fatto lesivo tanto come inadempimento, quanto come “danno ingiusto”**. Quest’ultimo requisito è particolarmente importante poiché laddove manchi, come nell’ipotesi di “danno ingiusto” derivante dalla lesione di interessi non direttamente dedotti in contratto e quindi totalmente estranei rispetto a quelli soddisfatti dall’esecuzione della prestazione dovuta dal debitore, si configura non propriamente un concorso, bensì quella diversa prospettiva definita da taluni autori come “*applicazione alternativa di un diverso regime di responsabilità*”⁷⁸ e che conduce pertanto alla formulazione della domanda risarcitoria invocando l’unica forma di responsabilità possibile, ossia quella extracontrattuale. Infatti, se si lamenta il danno da inadempimento il creditore dovrà agire esclusivamente ai sensi dell’art.1218 e ss c.c.; mentre, qualora il danno lamentato sia conseguenza della lesione di interessi che, per quanto meritevoli di tutela, sono estranei al rapporto contrattuale, il danneggiato potrà agire soltanto ai sensi degli artt.2043 e ss. c.c. Peraltro, occorre precisare che la differenza tra il “*concorso di azioni*” e la suddetta “*applicazione*

vendita, ma in una dolosa preordinazione volta a frodare il precedente acquirente o almeno nella compartecipazione all’inadempimento dell’alienante in virtù dell’apporto dato nel violare gli obblighi assunti nei confronti del primo acquirente al quale incombe l’onere della relativa prova”.

⁷⁸ DI MAJO, *Incontro di formazione organizzato dal CSM del 13 novembre 2007*: “L’ipotesi dunque del **concorso** si contrappone a quella che può definirsi l’applicazione **alternativa** di un (diverso) regime di responsabilità in presenza di elementi di fatto diversi. Non ricorre ad es. concorso ma **applicazione alternativa** (di un diverso regime) allorché il fatto prospettato come lesivo è completamente estraneo all’esecuzione della prestazione richiesta”. Così in Cass. 7 ottobre 1998, 3526, si è ritenuto che, perché possa sorgere a carico di un ente ospedaliero una responsabilità di natura aquiliana, in luogo della responsabilità contrattuale, occorre che il fatto prospettato come lesivo sia completamente estraneo all’esecuzione della prestazione richiesta. Quanto alle **ricadute processuali**, la differenza fra le due figure in esame si coglie relativamente al rispetto del **principio di necessaria corrispondenza fra chiesto e pronunciato** sancito dall’art.112 c.p.c.; infatti, laddove ricorra il concorso, ferma restando l’identità degli elementi di fatto, è ammissibile che il Giudice accolga una delle domande coevamente formulate senza ledere il principio suddetto, mentre laddove la domanda abbia ad oggetto un’unica forma di responsabilità, non può rigettare o accogliere in base ad altra forma di responsabilità, poiché violerebbe il disposto dell’art.112 c.p.c.

alternativa” costituisce oggetto di un’indagine particolarmente complessa per i Giudici, soprattutto dopo che l’avvento dei c.d. obblighi di protezione, notevolmente ampliando l’ambito di operatività delle obbligazioni contrattuali cui ciascun contraente è tenuto nei riguardi dell’altro, ha esteso il novero degli interessi connessi all’esecuzione delle prestazioni contrattuali, al punto da comprenderne ben altri e di diversi rispetto a quelli strettamente inerenti alle obbligazioni esplicitamente dedotte in contratto⁷⁹.

La dottrina è stata particolarmente critica nei confronti della teoria del c.d. cumulo, poiché si tratterebbe di un istituto di creazione giurisprudenziale non sempre coerente e di non facile giustificazione sul piano dogmatico prima ancora che sul piano del diritto positivo. Tuttavia, è di peculiare evidenza l’utilità del c.d. cumulo di responsabilità, poiché il suo ricorso è preordinato al superamento di quelle incongruenze del sistema che implicherebbero conseguenze per il danneggiato del tutto irragionevoli ed inaccettabili anche da un punto di vista di giustizia sostanziale⁸⁰, come è agevole riscontrare proprio in

⁷⁹ DI MAJO, *Incontro di formazione organizzato dal CSM del 13 novembre 2007*: “Nel caso deciso da Cass. n. 589/1999 si ribalta un antico indirizzo che aveva sempre ritenuto il medico dipendente della casa di cura, in quanto non legato da alcun rapporto contrattuale con il paziente, responsabile *solo in via aquiliana* per violazione del *neminem laedere*. Si dava luogo dunque ad un vero e proprio concorso di (diverse forme di) responsabilità, a carico di due soggetti distinti (ente ospedaliero e medico dipendente), l’una di carattere contrattuale e l’altra extracontrattuale. Un diverso indirizzo, da ritenere prevalente, aveva invece ritenuto che la responsabilità fosse *unica*, di tipo contrattuale, a carico dell’ente ospedaliero e del medico” inserito organicamente nell’esecuzione del servizio” (v. Cass. n. 9911/1998). Ora, Cass. nr. 589/1999 afferma invece che la resp. del medico è da definire contrattuale ma nascente da una obbligazione “senza prestazione” ai confini tra contratto e torto (*culpa in non faciendo*). Può dunque ipotizzarsi una ipotesi *di concorso* della medesima forma di responsabilità (contrattuale) a carico di distinti soggetti (ente ospedaliero e medico)”.

A riprova, poi, della difficoltà insita all’applicazione della teoria in esame si può citare il caso deciso dalla Cassazione con riguardo alla possibilità di invocare la regola del concorso di azioni nell’ambito di un rapporto di compravendita per qualificare l’inadempimento del venditore (consistito nella consegna al compratore di tappi di sughero affetti da vizi in quanto non idonei all’uso al quale erano destinati, ossia l’imbottigliamento del vino e la conservazione delle sue proprietà) quale fatto illecito, al precipuo scopo di eludere i termini annuali prescritti dall’art.1490 c.c. per le azioni di garanzia, onde proporre l’azione risarcitoria extracontrattuale per beneficiare del più lungo termine quinquennale di prescrizione. La Cassazione ha giudicato il ricorso infondato perché l’interesse leso dal venditore non ha i caratteri dell’assolutezza e inerisce soltanto l’interesse del compratore a ricevere il bene acquistato scevro da vizi. Cass. civ. Sez. II n. 11410 del 08/05/2008: “In materia di compravendita, in caso di inadempimento del venditore, oltre alla responsabilità contrattuale da inadempimento o da inesatto adempimento, è configurabile anche la responsabilità extracontrattuale del venditore stesso, qualora il pregiudizio arrecato al compratore abbia leso interessi di quest’ultimo che, essendo sorti al di fuori del contratto, hanno la consistenza di diritti assoluti; diversamente, quando il danno lamentato sia la conseguenza diretta del minor valore della cosa venduta o della sua distruzione o di un suo intrinseco difetto di qualità si resta nell’ambito della responsabilità contrattuale, le cui azioni sono soggette a prescrizione annuale”.

⁸⁰ Così, BRECCIA, *Le obbligazioni*, 665, secondo cui sarebbe del tutto vano giustificare il c.d. cumulo di responsabilità in termini dogmatici immuni da contraddizioni logiche, per quanto

ordine alla tematica di cui si discute relativamente alla risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento.

Le suddette incongruenze si colgono non appena si sposta l'attenzione sui riflessi pratici della teoria in esame; ed infatti, per quanto concerne le conseguenze disciplinari del concorso di azioni, la giurisprudenza non sempre ha seguito un indirizzo univoco, in quanto se in un primo momento soleva ritenere che il danneggiato avesse soltanto la possibilità di scegliere quale delle due azioni risarcitorie proporre (e cioè se quella contrattuale o quella extracontrattuale)⁸¹, con la conseguenza che scelta l'una non si sarebbe potuto

appare indubbia la sua utilità nel tentativo di ridurre il rischio che il danneggiato in presenza di fatti dannosi della medesima natura sia sottoposto a un regime in congruamente diverso. Nello stesso ordine di idee anche F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, cit., 161, la quale però, in un'accezione critica sostiene che "è tuttavia evidente che, se serve ad evitare le conseguenze dell'irrazionalità ed incoerenza del sistema, il concorso di azioni non serve ad eliminarle".

⁸¹ Cass. 13942/2002, che si occupa del danno derivante alle lavoratrici discriminate per motivi sessuali sul posto di lavoro. Decisione, questa, importante poiché afferma il seguente principio di diritto: "[...] L'art.2043 c.c. rappresenta una clausola generale attributiva del diritto al risarcimento del danno in ogni caso di lesione antigiuridica della sfera protetta di un soggetto a prescindere dalla qualificazione giuridica della situazione soggettiva di base o di partenza. In altri termini, si ritiene del tutto inadeguato lo schema del rapporto giuridico (violazione del dovere di *neminem laedere* inteso come dovere di rispettare i diritti altrui), dal momento che l'illecito aquiliano non presuppone la violazione di doveri posti a protezione di diritti, ma soltanto la produzione di un «danno ingiusto» per effetto di relazioni o contatti sociali e in conseguenza di una condotta illecita. Sicché la fattispecie dell'illecito civile di cui all'art.2043 c.c. non costituisce la sanzione per la violazione di diritti soggettivi, ma è autonoma fonte del diritto al risarcimento nei confronti del soggetto che, con attività contraria la diritto oggettivo, abbia cagionato un danno ingiusto, dovendosi qualificare tale il pregiudizio di qualunque interesse in qualche modo considerato dall'ordinamento, indipendentemente dal fatto che sia protetto con l'intensità del diritto soggettivo, dell'interesse legittimo, o di altro interesse non di mero fatto, allorché la protezione sia comunque funzionale a garantire determinate utilità o beni della vita (Cass. S.U. 500/99).

Vera e propria sanzione per la violazione del diritto soggettivo ad opera di colui al quale è imposto il dovere specifico di protezione è, invece, la responsabilità contrattuale. Si ha, cioè, responsabilità contrattuale, o per inadempimento, quando esiste un rapporto obbligatorio la cui fonte può essere, oltre che il fatto illecito aquiliano, come si è detto, il contratto, ovvero ogni altro atto o fatto previsto dalla legge (art.1173 c.c.). più specificamente, si è in presenza di un rapporto obbligatorio allorché un soggetto (debitore) è tenuto ad eseguire una prestazione suscettibile di valutazione economica al fine di soddisfare un interesse, anche non patrimoniale, di un altro soggetto (creditore). [...]

Nessun dubbio, in forza del c.d. concorso di responsabilità extracontrattuale e responsabilità contrattuale, che il lavoratore discriminato abbia la scelta tra l'azionare l'una o l'altra forma di responsabilità facendo valere, nel primo caso il diritto alla riparazione del pregiudizio arrecatogli dall'illecito e, nel secondo, la violazione del diritto (di credito, in quanto di natura personale) a non essere discriminato e la conseguente responsabilità per danni.

Il danneggiato ha, quindi, a sua disposizione due distinte azioni, delle quali quella contrattuale si fonda sulla presunzione di colpa stabilita dall'art.1218 c.c. e limita il risarcimento ai danni prevedibili al momento della nascita dell'obbligazione, mentre l'azione extracontrattuale pone a carico del danneggiato la prova della colpa o del dolo dell'autore della condotta lesiva e, nel caso in cui detta condotta integri gli estremi di un reato, estende il diritto al risarcimento anche ai danni non patrimoniali (in tema di concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale derivanti dalla violazione di obblighi

proporre la seconda nell'ambito dello stesso giudizio (atteso che quest'ultima avrebbe potuto costituire domanda nuova, in quanto tale, non ammissibile in ossequio al divieto sancito dall'art.183 c.p.c.); successivamente si è orientata nel senso di ammettere la possibilità anche di una proposizione congiunta delle due azioni, affinché la vittima dell'inadempimento potesse beneficiare dei vantaggi connessi alle medesime.

Dal punto di vista processuale non mancano rilievi problematici in ordine all'applicazione concreta della teoria del concorso. Ed infatti, trattandosi di un istituto non espressamente regolamentato dalla legge, la Giurisprudenza ha dovuto superare alcune difficoltà pratiche di non poco momento per rendere coerente sul piano processuale un sistema che di per sé (come detto) poteva non esserlo già su quello sostanziale.

In primo luogo, occorre indagare sui rapporti tra la responsabilità aquiliana e quella contrattuale per poter comprendere se le rispettive azioni risarcitorie fossero o meno da considerare contraddistinte da una medesima *causa petendi*.

Un ulteriore profilo problematico insito al ricorso alla teoria del concorso di azioni attiene ai rapporti tra fatto lesivo allegato e sua qualificazione giuridica.

Si tratta di una problematica di particolare rilevanza laddove si richiami l'attenzione sulla circostanza che nel nostro sistema processuale vige il principio *iura novit curia*, spettando al Giudice la qualificazione giuridica dei fatti allegati dalle parti, con conseguente scelta della norma da applicare per la soluzione del caso concreto.

Posto che nelle ipotesi di c.d. cumulo di responsabilità il fatto materiale allegato dalla parte danneggiata come lesivo dei propri interessi è sempre lo stesso (ossia la lesione del diritto assoluto a causa dell'inadempimento del debitore), si comprende la rilevanza della questione una volta che laddove il fatto lesivo sia qualificato come inadempimento o come illecito aquiliano muterebbe del tutto la disciplina di riferimento applicabile per la decisione sulla domanda risarcitoria⁸².

imposti dal datore di lavoro dall'art.2087 c.c., Cass. 20 gennaio 2000 n°602 e 5 febbraio 2000 n°1307)".

⁸² Per un sintesi vedi BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, p.548, secondo il quale le principali differenze sono: a) la responsabilità contrattuale non presuppone la capacità di intendere e di volere del debitore, mentre costituisce un presupposto infettibile per la

La soluzione che sembra ormai dover essere seguita è quella che muove dalla necessità di evitare le c.d. decisioni a sorpresa, ed ossia quelle decisioni fondate su questioni o profili disciplinari in ordine ai quali non vi è stato alcun contraddittorio tra le parti. Si osserva, infatti, che la modifica dell'art.111 Cost. ed il conseguente riconoscimento del diritto al contraddittorio quale principio di rango costituzionale ha comportato la necessità di garantire sempre la dialettica delle parti in ogni tipologia di giudizio e su ogni aspetto rilevante ai fini della decisione. Infatti, il rispetto del contraddittorio, costituendo proiezione applicativa del diritto di difesa riconosciuto dall'art.24 Cost. a ciascuno in ogni fase o grado del giudizio e prima ancora in ogni tipologia di giudizio, non può considerarsi limitato soltanto al processo penale, ma deve ritenersi immanente ad ogni processo, ivi incluso quello civile. Per cui ogniquale volta venga in rilievo un aspetto disciplinare implicante la necessità di garantire il contraddittorio delle parti e, quindi, il diritto di difesa, considerato nella sua più ampia accezione, le norme disciplinanti il rito del processo devono essere interpretate in modo tale da assicurare il rispetto di entrambi i principi costituzionali citati, a pena di incostituzionalità. Ciò implica la possibilità di affermare che la modifica dell'art.111 Cost. ha comportato la necessità di un'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme dei vari codici di rito nelle parti concernenti la regolamentazione della dialettica processuale e, più in generale, del diritto di difesa.

In tal senso si è orientata la Giurisprudenza⁸³ in tema di concorso di azioni, ammettendo la possibilità per il Giudice di riquilibrare la domanda

responsabilità extracontrattuale; *b*) la limitazione ai soli danni prevedibili in caso di inadempimento non doloso, mentre l'autore del fatto illecito è tenuto a risarcire tutti i danni; *c*) il creditore non ha l'onere di provare la colpa del debitore, mentre di massima il danneggiato ha l'onere di provare la colpa dell'autore del fatto illecito; *d*) oltre al risarcimento del danno, che è comune ad entrambe le forme di responsabilità, vi sono rimedi specifici per l'inadempimento (si pensi all'eccezione di inadempimento, alla risoluzione del contratto, ecc...); *e*) il diritto al risarcimento del danno da inadempimento si prescrive nell'ordinario termine decennale, mentre il diritto al risarcimento del danno da illecito civile si prescrive di regola in cinque anni (salve le ipotesi di prescrizioni brevi previste per entrambe le forme di responsabilità); *f*) secondo una parte della dottrina **il risarcimento dei danni non patrimoniali sarebbe ammissibile soltanto in caso di fatto illecito e non anche in caso di inadempimento**; *g*) infine, secondo un certo orientamento dottrinario (peraltro, non condiviso dall'Autore) il rimedio del risarcimento in forma specifica sarebbe esperibile soltanto per la riparazione dei danni conseguenti alla commissione di fatti illeciti e non anche con riguardo a quelli derivanti dall'inadempimento.

⁸³ Cass. Sez. 3, n. 10830 del 11/05/2007: "Se la parte che agisce in via risarcitoria deduce a sostegno della propria domanda fatti che possono indifferentemente comportare responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, il suo esclusivo riferimento alle norme sulla responsabilità extracontrattuale non impedisce al giudice di qualificare diversamente la domanda a condizione che i fatti coincidano con quelli dedotti dalla parte e non vengano in rilievo elementi di

risarcitoria in termini opposti rispetto a quanto prospettato dalla vittima dell'inadempimento costituente illecito civile, purché sul punto sia stata

differenziazione della disciplina delle due forme di responsabilità sui quali non si sia formato il contraddittorio. (Fattispecie in cui i genitori di una alunna minore, infortunatasi nel corso dell'orario scolastico, hanno convenuto in giudizio per ottenere il risarcimento del danno subito dalla figlia il Ministero della Pubblica Istruzione e l'insegnante cui l'alunna era affidata, deducendo responsabilità ex articolo 2048 cod. civ.; il giudice del merito ha accolto la domanda proposta nei confronti del Ministero e l'ha qualificata come domanda di accertamento della responsabilità contrattuale della pubblica amministrazione)."

Ancora sul potere di qualificazione della domanda risarcitoria, Cass. Sez. 1, n. 2574 del 20/03/1999: "Nell'esercizio del potere di interpretazione e qualificazione della domanda, il giudice del merito non è condizionato dalla formula adottata dalla parte, dovendo egli tenere conto, piuttosto, del contenuto sostanziale della pretesa così come desumibile dalla situazione dedotta in causa e dalle eventuali precisazioni formulate nel corso del giudizio, nonché del provvedimento richiesto in concreto, senza altri limiti che quello di rispettare il principio della corrispondenza della pronuncia alla richiesta, e di non sostituire d'ufficio una diversa azione a quella formalmente proposta. Ove tale principio sia violato – e, quindi, venga denunciato un errore "in procedendo", quale la pronuncia su di una domanda che si afferma diversa da quella inizialmente proposta – la Corte di cassazione ha il potere - dovere di procedere direttamente all'esame e all'interpretazione degli atti processuali e, in particolare, delle istanze e delle deduzioni delle parti". (Nella specie, l'attore aveva chiesto, in citazione, la condanna di una banca alla restituzione di una somma di danaro da lui versata presso una delle filiali dell'istituto – onde consentirne il corrispondente accredito all'estero – e mai accreditatagli dalla banca stessa, mentre l'istituto si era difeso, in comparsa di risposta, sostenendo la propria estraneità al rapporto per infedeltà del direttore della filiale che aveva materialmente ricevuto la somma: il giudice di merito, ritenuto che fosse stata la stessa convenuta ad introdurre un nuovo tema d'indagine nella dialettica processuale, e che le conclusioni formulate dagli attori – che pure, in citazione avevano adombrato una responsabilità "ex contractu" della banca – fossero compatibili con la nuova prospettazione dei fatti, aveva qualificato la relativa domanda sia come azione restitutoria in senso stretto, sia come richiesta risarcitoria fondata sugli artt. 2043, 2049 cod. civ., con pronuncia confermata dalla S.C. che, nell'enunciare il principio di diritto di cui in massima, ha, ancora, ribadito la legittimità della ipotesi di concorso tra responsabilità contrattuale ed aquiliana in relazione ad una stessa situazione di fatto - con conseguente legittimità della coeva proposizione delle relative domande, sia pur sotto il profilo della duplicità del titolo risarcitorio, comportante un distinto regime per ciascuna delle azioni -, pur osservando, ancora, che la domanda di risarcimento danni da responsabilità aquiliana non può essere proposta per la prima volta ne' in appello, ne' in sede di precisazione delle conclusioni in primo grado - fatta salva l'accettazione del contraddittorio -, al fine di ampliare l'originaria domanda fondata su un titolo contrattuale).

Sul piano processuale in caso di **mutamento della domanda in appello**, Cass. Sez. 3, n. 19938 del 18/07/2008: "Il principio secondo cui il giudice ha la facoltà di qualificare come contrattuale od aquiliana la domanda di risarcimento del danno, a prescindere dall'inquadramento adottato dall'attore ed alla sola condizione di non porre a fondamento della propria diversa qualificazione fatti non ritualmente dedotti in giudizio, dev'essere coordinato con le regole sulla formazione del giudicato. Pertanto la parte la quale abbia invocato la responsabilità aquiliana del convenuto, e si sia vista rigettare la domanda in primo grado con sentenza confermata in appello, non può dolersi per la prima volta in sede di legittimità dell'omesso esame della propria domanda sotto il profilo della responsabilità contrattuale, se tale pretesa omissione non abbia formato oggetto di gravame".

In ordine ai riflessi che la diversa qualificazione della domanda può implicare con riguardo alla disciplina del **giudicato interno**, Cass. Sez. 3, n. 19938 del 18/07/2008: "Il principio secondo cui il giudice ha la facoltà di qualificare come contrattuale od aquiliana la domanda di risarcimento del danno, a prescindere dall'inquadramento adottato dall'attore ed alla sola condizione di non porre a fondamento della propria diversa qualificazione fatti non ritualmente dedotti in giudizio, dev'essere coordinato con le regole sulla formazione del giudicato. Pertanto la parte la quale abbia invocato la responsabilità aquiliana del convenuto, e si sia vista rigettare la domanda in primo grado con sentenza confermata in appello, non può dolersi per la prima volta in sede di legittimità dell'omesso esame della propria domanda sotto il profilo della responsabilità contrattuale, se tale pretesa omissione non abbia formato oggetto di gravame".

preventivamente richiamata l'attenzione delle parti stimolando il contraddittorio e, così, tutelando il loro diritto di difesa.

Un ulteriore aspetto problematico si rileva, poi, allorché, sempre ricorrendo gli estremi del concorso di responsabilità, la vittima dell'inadempimento costituente illecito civile non abbia specificato se il risarcimento dei danni richiesto sia domandato a titolo di responsabilità contrattuale o extracontrattuale. La Giurisprudenza⁸⁴ in questi casi sostiene che il Giudice debba orientarsi nel senso di ritenere proposta la domanda risarcitoria a titolo di responsabilità aquiliana, in ossequio al principio secondo il quale l'art.2043 c.c. è la clausola generale disciplinante l'illecito civile, e dovendosi proprio avere riguardo a tale norma laddove il danneggiato non abbia specificato di volere agire diversamente, sempreché ne abbia la possibilità, secondo gli artt.1218 c.c.

Infine, un'ultima questione che merita di essere trattata in questa sede si rileva con riguardo alla specifica ipotesi di concorso della responsabilità civile da inadempimento con quella penale da "reato in contratto" allorché si ponga mente alle modalità di esercizio dell'azione risarcitoria nel processo civile e nel processo penale.

La Giurisprudenza è stata chiamata a pronunciarsi sul caso del dipendente di una banca che aveva commesso delle truffe in danno dei clienti e

⁸⁴ Cass. Sez. Unite, n. 18623 del 08/07/2008: "Ove il pubblico dipendente proponga, nei confronti dell'amministrazione datrice di lavoro, domanda di risarcimento danni per lesione dell'integrità psico-fisica, non rileva, ai fini dell'accertamento della natura giuridica dell'azione di responsabilità proposta, la qualificazione formale data dal danneggiato in termini di responsabilità contrattuale o extracontrattuale, ovvero mediante il richiamo di norme di legge (artt. 2043 e ss., 2087 c.c.), indizi di per se non decisivi, essendo necessario considerare i tratti propri dell'elemento materiale dell'illecito posto a base della pretesa risarcitoria, onde stabilire se sia stata denunciata una condotta dell'amministrazione la cui idoneità lesiva possa esplicitarsi, indifferentemente, nei confronti della generalità dei cittadini e nei confronti dei propri dipendenti, costituendo, in tal caso, il rapporto di lavoro mera occasione dell'evento dannoso; oppure se la condotta lesiva dell'amministrazione presenti caratteri tali da escluderne qualsiasi incidenza nella sfera giuridica di soggetti ad essa non legati da rapporto d'impiego e le sia imputata la violazione di specifici obblighi di protezione dei lavoratori (art. 2087 c.c.), nel qual caso la responsabilità ha natura contrattuale conseguendo l'ingiustizia del danno alle violazioni di taluna delle situazioni giuridiche in cui il rapporto di lavoro si articola e sostanziandosi la condotta lesiva nelle specifiche modalità di gestione del rapporto di lavoro. **Soltanto nel caso in cui, all'esito dell'indagine condotta secondo gli indicati criteri, non possa pervenirsi all'identificazione dell'azione proposta dal danneggiato, si deve qualificare l'azione come di responsabilità extracontrattuale**". (Nella specie, la S.C. ha ritenuto inerente al rapporto di lavoro la domanda di risarcimento del danno, per lesione dell'integrità psico-fisica, proposta dal pubblico dipendente infortunatosi nell'uso di arredo di ufficio difettoso (cattivo funzionamento di una sedia a rotelle impiegata nella postazione per l'uso del computer), e ha risolto la questione di giurisdizione alla stregua della collocazione temporale dell'inadempimento produttivo del danno - illecito istantaneo nel periodo di rapporto di lavoro anteriore al 1° luglio 1998 - a favore della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo).

che a causa di siffatta condotta truffaldina era stato licenziato dall'Istituto di credito presso il quale prestava la sua attività lavorativa. Il dipendente contestava il licenziamento davanti al Giudice del Lavoro, instaurando un giudizio nell'ambito del quale l'Istituto di credito si costituiva chiedendo il rigetto del ricorso e proponendo domanda in via riconvenzionale per ottenere il risarcimento dei danni subiti a causa della condotta illecita posta in essere dal ricorrente. Sennonché nelle more del giudizio civile, aveva inizio la celebrazione anche del processo penale volto all'accertamento della responsabilità del dipendente per il reato di truffa aggravata a lui contestato dal Pubblico Ministero, con la precisazione che il capo di imputazione aveva per oggetto gli stessi fatti per i quali era stato domandato il risarcimento in sede civile nel processo inerente all'impugnazione del licenziamento. La Banca, allora, si costituiva parte civile precisando, però, di non voler rinunciare all'azione civile precedentemente proposta poiché le due azioni sarebbero tra loro differenti per *causa petendi* e *petitum*; ed infatti, specificava l'Istituto di credito che, con riguardo al titolo giustificativo della domanda, la diversità sarebbe desumibile dai fatti legittimanti l'azione, atteso che nel processo civile il risarcimento era stato chiesto a titolo di responsabilità da inadempimento contrattuale mentre nel processo penale lo si domandava a titolo di responsabilità da reato; in ordine al *petitum*, invece, le domande proposte dovevano essere considerate diverse poiché nel processo civile era stato richiesto il risarcimento dei danni patrimoniali, mentre nel processo penale si domandava il risarcimento dei danni non patrimoniali.

La Corte Suprema di Cassazione ha ricostruito i rapporti tra processo penale e processo civile per verificare se in casi di concorso di azioni come quello in esame si possa addivenire a conclusioni idonee a salvaguardare l'interesse della vittima dell'illecito all'integrale ristoro dei pregiudizi subiti senza compromettere le regole fondamentali disciplinanti l'esercizio dell'azione civile nel processo penale sancite dall'art.75 c.p.p.

E proprio muovendo dall'esame di quest'ultima norma, la Corte osserva che il caso in esame rientra nella fattispecie contemplata dall'art.75 c.1 c.p.p. ed ossia in quella concernente il trasferimento dell'azione civile dalla sua sede naturale (ossia il processo civile) nel processo penale. Sul punto si sottolinea che, fermo restando il principio di autonomia dei singoli giudizi dovuta alla

mancata riproposizione nell'attuale Codice di Procedura Penale di una norma dal contenuto identico a quella contemplato dall'art.3 c.2 c.p.p. abrogato, lo scopo perseguito dal legislatore del 1988 era quello di evitare che sulla medesima domanda si possano pronunciare due Giudici diversi con conseguente rischio di un possibile contrasto di giudicati. Ragione per la quale laddove la domanda risarcitoria sia prima presentata al Giudice Civile e poi seguita dalla costituzione di parte civile nel processo penale il trasferimento dell'azione civile deve ritenersi assolutamente integrale. Se la medesima questione si fosse prospettata dinanzi a due Giudici Civili sarebbe stata risolta in base alle norme disciplinate la litispendenza, con la conseguenza che il Giudice successivamente adito (ossia dinanzi al quale la causa è stata riproposta) è tenuto a dichiarare la litispendenza, peraltro in ogni stato e grado del giudizio, disponendo la cancellazione della causa dal ruolo dinanzi a lui pendente (art.39 c.1 c.p.c.).

Tuttavia, il legislatore ha inteso derogare alle regole della litispendenza nell'ipotesi di trasferimento dell'azione civile nel processo penale, sovvertendo la regola che vuole estinto il giudizio instaurato per secondo, poiché, volendo favorire il congiunto esame del fatto dei suoi effetti penali e civili, ha predisposto una disciplina idonea a garantire, da un lato, al danneggiato di proporre di nuovo la domanda risarcitoria in un diverso processo, ossia quello penale, e, dall'altro, l'elusione del pericolo di un eventuale contrasto di giudicati mediante l'espressa previsione che decreta l'estinzione del processo civile. Tanto è vero che l'art.75 c.1 c.p.p. chiarisce che la costituzione di parte civile implica automaticamente la rinuncia agli atti del processo civile (ex art. 306 c.p.c.), precisando che sulle relative spese del giudizio civile estinto sarà il Giudice Penale a pronunciarsi. Essendo, dunque, l'estinzione del processo civile per rinuncia agli atti conseguenza, *ipso facto*, della costituzione di parte civile, il trasferimento dell'azione civile nel processo penale è senza dubbio integrale, ossia comprendente tutti i profili in cui si articola la domanda, non essendo, dunque, ipotizzabile una *traslatio iudicii* limitata soltanto ad alcuni aspetti come, appunto, quelli concernenti una peculiare tipologia di danni, atteso che il caso sarebbe proprio quello del danneggiato che domanda il risarcimento dei danni patrimoniali da inadempimento dinanzi al Giudice Civile ed il ristoro dei danni non patrimoniali da "reato in contratto" al Giudice Penale. Tuttavia, la

Cassazione⁸⁵ ha precisato che: “Nel caso di concorso di responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale (per violazione, rispettivamente, di un preesistente vincolo obbligatorio e del generale precetto del "*neminem laedere*"), a prescindere dalla possibilità di esercitare le due azioni in unico contrasto, è ammissibile la proposizione di due distinte domande risarcitorie nella sede civile e in quella penale, attraverso la distinzione delle voci di danno richieste nei due giudizi, purché tale scelta sia effettuata espressamente mediante apposita riserva formulata nel proporre la domanda, restando invece esclusa la possibilità di limitare in sede civile la domanda originariamente proposta senza distinzione alcuna”.

2.2 La giurisprudenza dei giudici di pace

L’orientamento seguito dai Tribunali e dalla Corte di Cassazione, come è agevole evincere dall’articolata esposizione che precede, era particolarmente rigoroso nel limitare la risarcibilità dei danni non patrimoniali contrattuali alle sole ipotesi di inadempimento costituente fatto illecito; circostanza, quest’ultima, invero non sempre di agevole riscontro, atteso che la suddetta coincidenza si configura soltanto laddove l’inadempimento leda un diritto

⁸⁵ Cass. Sez. Lavoro, n. 1985 del 29/01/2008: “[...] La scelta della sede di esercizio dell’azione di risarcimento è, dunque, imessa al danneggiato, il quale può eventualmente articolare la sua strategia risarcitoria sia in sede civile che in sede penale, atteso che l’azione risarcitoria, fondata su un fatto che rilevi ai sensi dell’art.2043 cod. civ. e, allo stesso tempo, costituisca fattispecie penalmente considerata, può essere esperita sia attraverso un’opzione penale, mediante costituzione di p.c. nel processo penale, sia attraverso un’opzione civile, che si verifica nelle ipotesi in cui il danneggiato agisce in sede civile prima dell’inizio dell’azione penale o quando la costituzione di p.c. non gli è più consentita ma prima che sia stata emessa sentenza penale di primo grado (Cass. 27.1.05, n. 1654).

Tale valutazione, naturalmente, non esclude che dal concorso di responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale e dalla duplicità del titolo risarcitorio (per violazione, rispettivamente, del preesistente vincolo obbligatorio e del generale precetto del *neminem laedere*) derivi un distinto regime per ciascuna delle due relative azioni quanto alla distribuzione dell’onere della prova, al danno risarcibile ed alla prescrizione, pur in presenza di unica *causa petendi*, per l’unicità degli elementi di fatto soggettivi (dolo o colpa) ed oggettivi (condotta antigiuridica e conseguente danno) determinativi delle due azioni (Cass. 5.10.94 n. 8090). Da questo distinto regime sostanziale, tuttavia, non può farsi derivare la conseguenza voluta dalla ricorrente di un necessario frazionamento dell’azione a causa civile già iniziata. A prescindere dalla possibilità di esercitare le due azioni in unico contesto, nulla impedirebbe alla parte attrice di proporre due domande in sedi diverse senza ripensamenti.

Il coordinamento dell’art.74 con l’art.75 c.1 c.p.p. comporta, però, che questa scelta debba essere effettuata mediante formulazione di apposita riserva preventiva, recedente all’atto di precorrere la via civile o quella penale, in modo da far confluire nella domanda solamente alcune voci di danno invece che altre e da conferire unitarietà all’azione concretamente esercitata. In altre parole, la scelta di chiedere il risarcimento di alcune voci di danno nella sede civile e di riservare altre voci alla sede penale, va effettuata prima di proporre la domanda, effettuando un’apposita riserva, e non dopo averla proposta nel processo civile senza distinzione alcuna, ma anzi ricomprendendovi sia il danno patrimoniale che quello non patrimoniale”.

assoluto del creditore e ove tale diritto sia debitamente salvaguardato dal contratto. Le difficoltà insite all'indirizzo ermeneutico in esame si colgono in ragione della eccessiva eterogeneità e genericità caratterizzanti i diritti assoluti di recente affermazione nel nostro ordinamento. Infatti, tanto in ordine ai diritti della personalità, quanto in relazione ai diritti reali, la Giurisprudenza ha riconosciuto, con andamento costante e progressivo, un necessario carattere di assolutezza anche ad interessi non esplicitamente sanciti dalla Costituzione.

Siffatta prospettiva è particolarmente evidente per i diritti della personalità, a fronte della peculiare genericità caratterizzante la norma di riferimento alla quale sono direttamente o indirettamente riconducibili tutti gli interessi afferenti alla sfera giuridica a-reddituale di ciascun individuo: ossia l'art.2 Cost., che, infatti, è pacificamente ritenuto dalla Giurisprudenza il fondamento normativo dei diritti basilari di ogni essere umano.

Ma vi di più. La stessa tendenza è riscontrabile anche in un settore, come quello dei diritti reali, caratterizzato dal principio del *numerus clausus*; si pensi, ad esempio, al c.d. diritto all'integrità patrimoniale, spesso richiamato in alcune pronunce quale proiezione applicativa di un (generico) interesse alla tutela del proprio patrimonio il cui ambito di operatività appare contraddistinto da limiti quanto meno incerti.

Tuttavia, la prassi ha messo in evidenza una certa attenzione da parte dei Giudici nel valutare quelle domande risarcitorie che soltanto apparentemente sembravano essere fondate sul concorso di azioni, in quanto l'inadempimento veniva prospettato dal creditore come fatto lesivo di diritti assoluti, poi, rivelatisi inesistenti nel caso concreto, avendo leso, in realtà, la mancata esecuzione dell'obbligazione soltanto il corrispondente interesse contrattuale al quale non poteva ascrivere un rilievo tale da considerarlo meritevole di tutela *erga omnes*.

Peraltro, non bisogna trascurare le insidie che la teoria del concorso di azioni presentava con riguardo al profilo probatorio, atteso che il danneggiato per conseguire il risarcimento dei danni non patrimoniali da inadempimento, è tenuto a dimostrare in concreto la colpa del debitore, senza potersi avvalere della presunzione relativa di cui all'art.1218 c.c.

Questo generale atteggiamento di rigore mostrato dalla Giurisprudenza composta dai Giudici di carriera ha, involontariamente, favorito l'instaurazione

di un più che cospicuo contenzioso dinanzi ai Giudici di Pace in considerazione della maggiore possibilità riconosciuta a quest'ultimi dall'ordinamento di ricorrere all'equità quale strumento idoneo all'individuazione del criterio risolutivo della controversia.

Ed, infatti, mentre per le cause pendenti davanti ai Tribunali il ricorso all'equità è consentito, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt.113 c.1 e 114 c.p.c., soltanto laddove la causa abbia per oggetto diritti disponibili e vi sia stata un'apposita concorde richiesta delle parti in tal senso, per le controversie dinanzi ai Giudici di Pace l'art. 113 c.2 c.p.c. prevede anche che per le cause aventi valore non superiore ad € 1.100,00 la decisione debba essere adottata secondo equità.

Al riguardo occorre, peraltro, precisare che l'equità richiamata dalla norma citata è ben altro rispetto a quella di cui all'art.1226 c.c., giacché se quest'ultima interviene soltanto per definire la liquidazione del danno laddove la prova che dovrebbe essere fornita dall'interessato in giudizio non sia possibile in tutto o in parte, la prima, invece, consiste in un procedimento interpretativo che, muovendo da un esame dei principi generali immanenti all'intero sistema giuridico, si conclude con l'enunciazione di nuove norme e nuove regole applicabili, però, soltanto per la decisione del caso in esame. Peraltro, proprio in considerazione della peculiarità delle sentenze così adottate, il legislatore ha limitato le possibilità di impugnazione delle medesime prevedendo, dapprima, esclusivamente il ricorso in cassazione, stante l'espreso divieto di appellabilità sancito dall'art.339 c.p.c. per tutte le sentenze pronunciate secondo equità (tanto se emesse dai Tribunali quanto se emesse dai Giudici di Pace), e, poi, ammettendo, con la modifica apportata successivamente all'art.339 c.3 c.p.c., anche l'appello ma soltanto per le pronunce dei Giudici di Pace rese ex art.113 c.2 c.p.c. e soltanto relativamente a taluni profili, quali, in particolare, quelli concernenti la violazione delle norme sul procedimento nonché la violazione di norme costituzionali o comunitarie ovvero dei principi regolatori della materia⁸⁶.

⁸⁶ Peraltro, occorre ricordare che il limite riguardante il valore delle cause per le quali è doveroso il ricorso all'equità è stato modificato dal legislatore nel recente 2003, con il D.L. 8 febbraio 2003 n°18, conv. in L. 7 aprile 2003 n°63, a fronte di quel complesso contenzioso instauratosi dinanzi ai Giudici di Pace ed avente per oggetto il risarcimento dei danni lamentati dai clienti delle compagnie assicurative partecipanti ad un vero e proprio cartello volto a regolarizzare i prezzi delle polizze in spregio al principio di concorrenza. Sul punto, peraltro,

Le ragioni che hanno determinato l'instaurazione del cospicuo contenzioso poc'anzi citato sono proprio da ricercarsi nell'orientamento di favore che i Giudici di Pace avevano manifestato in ordine alla risarcibilità dei danni non patrimoniali, in generale, e di quelli non patrimoniali da inadempimento, in particolare⁸⁷. Infatti, attraverso lo strumento dell'equità ed all'ampia possibilità di utilizzo dello stesso loro consentito, essi superavano le notevoli complessità costituite dalla collocazione sistematica dell'art.2059 c.c. senza bisogno alcuno di ricorrere all'articolata (e, peraltro, di non sempre agevole applicazione) teoria del concorso di azioni, semplicemente ammettendo che in virtù di ragioni sostanziali, dovute all'affermazione nel nostro ordinamento dei diritti della personalità, i danni non patrimoniali devono essere risarcibili ogniqualvolta siano conseguenza della lesione di interessi fondamentali della persona, e ciò anche laddove il nocimento promani dalla violazione degli obblighi contrattuali o, più in generale, dall'inadempimento di un'obbligazione.

Questa affermazione di principio è stata seguita dalla Giurisprudenza Onoraria senza troppe specificazioni, in quanto ritenuta proiezione applicativa dell'art.2 Cost. Ed, infatti, i Giudici di Pace non erano soliti soffermarsi sulla

merita di essere segnalato il profilo concernente l'ambito di operatività della modifica introdotta nel 2003, atteso che il legislatore, escludendo all'art.113 c.2 c.p.c. il ricorso all'equità per le cause che pur non avendo valore superiore ad € 1.100,00 attengono a rapporti giuridici relativi a contratti conclusi secondo le modalità di cui all'art.1342 c.c., ha imposto la decisione secondo norme di diritto per le controversie inerenti i contratti di massa conclusi per moduli o formulari, consentendo, invece, il ricorso all'equità per quelle derivanti da contratti di massa caratterizzati dal ricorso a condizioni generali di contratto. Il che, in pratica, significa garantire alle imprese operanti ai sensi dell'art.1342 c.c. (e cioè società telefoniche, banche e assicurazioni) non soltanto l'elusione del rischio di una decisione fondata su ragioni di giustizia sostanziale, bensì anche un secondo grado di giudizio pieno e non sottoposto ai limiti indicati dall'art.339 c.p.c. Diversamente, le società operanti, ad esempio, nel settore dei trasporti, ricorrendo alle condizioni generali di contratto ai sensi dell'art.1341 c.c., incorrono nel dettato dell'art.113 c.2 c.p.c. e nei limiti di appellabilità previsti dall'art.339 c.3 c.p.c.

⁸⁷ DI MARZIO, *Danno non patrimoniale da inadempimento: le prime pronunce di merito dopo le Sezioni Unite*, in *Responsabilità civile e previdenza*, n°12 del dicembre 2009: "È impossibile tenere a mente tutte le sentenze, provenienti soprattutto da giudici di pace, in tema di ritardi aerei e ferroviari, di perdita di bagagli ed altre analoghe fattispecie. In linea generale può dirsi che – pur non mancando pronunce stravaganti – l'atteggiamento dei giudici si riassume nel riconoscere un risarcimento, con le più diverse motivazioni, non sempre del tutto persuasive, dinanzi a ritardi gravi oppure a condotte arroganti del vettore, e di respingere invece la domanda dinanzi ad eventi modesti .

All'ambito della somministrazione possono ricondursi molte sentenze, sia di tribunali che di giudici di pace (anche qui troppo numerose perché ne sia dato un resoconto rappresentativo), in tema di inadempimento dei contratti di utenza elettrica e telefonica. Nel complesso sembra che, in presenza di un'indubbia maggiore propensione risarcitoria dei giudici di pace rispetto ai tribunali, gli uni e gli altri impieghino concetti generali (risarcibilità o meno del danno esistenziale, tutelabilità o meno di diritti non presidiati dalla Costituzione) per dare soluzioni, nella sostanza, motivate dal merito delle singole vicende, in dipendenza della maggiore o minore gravità di esse".

ricerca del fondamento normativo idoneo in concreto a giustificare la risarcibilità dei danni non patrimoniali da inadempimento, poiché secondo equità siffatta prospettiva sarebbe stata pienamente ammissibile il nostro ordinamento.

Senonché questo indirizzo è stato seguito dai Giudici di Pace anche nelle decisioni ove non si ricorreva all'equità – perché non era prescritta dalla legge (atteso il superamento del limite richiamato dall'art. 113 c.2 c.p.c.) né vi era stata un'apposita richiesta dalle parti in tal senso – genericamente individuandosi il fondamento normativo nell'art.1174 c.c. nella parte ove richiama l'interesse anche non patrimoniale del creditore quale giustificazione dell'obbligo assunto dal debitore di eseguire la prestazione promessa.

Tuttavia, nelle sentenze ove si afferma la risarcibilità dei danni non patrimoniali da inadempimento non si coglie un'adeguata indagine in ordine al rapporto tra prestazione contrattuale non eseguita e presunto diritto lesa, in quanto si condannava il debitore al risarcimento dei danni non patrimoniali senza esaminare se nel contratto fonte dell'obbligazione non adempiuta l'interesse creditorio a-reddituale cui ricondurre la lesione fosse stato o meno dedotto dalle parti quale causa del rapporto obbligatorio. Ed ossia i Giudici di Pace concentravano le loro attenzioni sul danno subito dalla parte danneggiata senza verificare se l'interesse non patrimoniale al quale lo stesso sarebbe stato riconducibile fosse stato o meno debitamente dedotto nel contratto e, dunque, funzionalmente connesso all'obbligazione non adempiuta, di guisa che la mancata esecuzione della prestazione dovuta ne avrebbe comportato una sicura lesione. Si trattava, insomma, di capire se il contratto fosse o meno preordinato alla tutela di quel medesimo interesse non patrimoniale a fronte del quale si sarebbe dovuto giustificare il risarcimento dei pregiudizi non suscettibili di valutazione economica⁸⁸.

Questo indirizzo ha favorito la proliferazione di nuove tipologie di danno non patrimoniale connesse anche alla tutela del mero stress derivante dal

⁸⁸ Diverse le pronunce in tal senso. Si possono citare, ad esempio, le decisioni aventi per oggetto pretese risarcitorie inerenti a danni non patrimoniali da inadempimento (sub specie di danno esistenziale) derivanti da rapporti di utenza telefonica: Giudice di Pace di Bari, 29 gennaio 2010; Giudice di Pace di Bari, 6 maggio 2009; Giudice di Pace di Bari 27 aprile 2009; Giudice di Pace di Catanzaro, 22 luglio 2008; Giudice di Pace di Palmi, 12 novembre 2007; nonché con riguardo ai contratti di trasporto, Giudice di Pace di Bari, 13 gennaio 2009; Giudice di Pace di Caserta, 22 ottobre 2007; con riguardo ai contratti di fornitura di energia elettrica, Giudice di Pace di Tivoli, 12 luglio 2007.

fastidio ingenerato da attività della vita quotidiana tali da non incidere significativamente sul diritto della personalità di volta in volta invocato dalla parte lesa fino a giustificare la necessità di un risarcimento. La casistica è univoca in tal senso e particolarmente significativa⁸⁹: si pensi, ad esempio, al danno da stress derivante dall'intasamento della cassetta della corrispondenza a causa della numerosa posta pubblicitaria inseritavi, ovvero a quello derivante dalla mancata visione per alcuni minuti di un importante evento calcistico trasmesso da un canale televisivo a pagamento visibile soltanto con l'utilizzo di un apposito decoder, o a quello derivante dall'intasamento della memoria dedicata alla ricezione degli sms a causa di alcuni messaggi pubblicitari⁹⁰, ecc... Tali danni sono stati genericamente definiti "bagatellari" proprio in ragione della tenuità sia del danno che tendono a risarcire che della lesione arrecata al diritto coinvolto.

Siffatta tenuità, però, non sempre era un requisito oggettivo del danno del quale si chiedeva il risarcimento, atteso che spesso era funzionalmente preordinata al fine di abbassare il valore della domanda (e, dunque, quello della causa secondo gli artt.10 e ss c.p.c.) onde rientrare nella competenza dei Giudici di Pace e così beneficiare del suddetto indirizzo più favorevole. Infatti, la pretesa risarcitoria spesso si conteneva nei limiti di cui all'art.7 c.p.c. (soprattutto in quanto molte cause riguardavano beni mobili), se non, addirittura, in quelli dell'art.113 c.2 c.p.c. per ottenere la pronuncia di una sentenza secondo equità. In tal modo si era sicuri di poter godere di un

⁸⁹ Per un elenco riassuntivo delle più significative pronunce vedi le indicazioni contenute nelle note in DI MARZIO, *Danno non patrimoniale da inadempimento: le prime pronunce di merito dopo le Sezioni Unite*, in *Responsabilità civile e previdenza*, n°12 del dicembre 2009, ed in particolare: Giud. Pace Ancona, 16 maggio 2007, in *Dir. lav. Marche*, 2008, 1-2, 100; Giud. Pace Roma, 29 settembre 2006, in *Dir. trasp.*, 2007, 909; Giud. Pace Milano, 18 dicembre 2000, in *Giur. it.*, 2001, 1159; Giud. Pace Massa, 17 novembre 2003, in *Dir. trasp.*, 2004, 1000; Giud. Pace Bassano del Grappa, 17 dicembre 2004, in *Dir. trasp.*, 2005, 1108; Giud. Pace Palermo, 10 novembre 2006, in *Giud. pace*, 2007, 255; *Ex permultis* Giud. Pace Verona, 16 marzo 2000, in *Giur. it.*, 2001, 1159; Giud. Pace Roma, 11 luglio 2003, in *Danno resp.*, 2004, 85; in *Dir. fam.*, 2004, 106.

⁹⁰ In tal senso Trib. Latina, Sez. dist. Terracina, 19 giugno 2006, n. 252, in *Dir. inform.*, 2007, 793 secondo cui: "L'invio sistematico di messaggi pubblicitari via sms da parte di un gestore di telefonia mobile costituisce illegittimo trattamento di dati personali ed integra una condotta aquiliana, sanzionata ai sensi degli artt. 2043 e 2050 c.p.c., dalla quale nasce l'obbligazione risarcitoria del danno non patrimoniale determinato dalla lesione della *privacy* del destinatario, danno suscettibile di essere liquidato equitativamente in € 1.000,00 per ciascun sms inviato".

orientamento molto più favorevole, nonché di alcuni vantaggi processuali relativamente ai profili dei costi⁹¹ e dei tempi⁹² del giudizio.

Sul piano pratico, peraltro, la prova del danno era anche meno gravosa per il danneggiato-creditore, atteso che costui ben poteva avvalersi della presunzione di imputabilità dell'inadempimento di cui all'art.1218 c.c. per poi limitarsi a dimostrare l'entità del danno risarcibile tramite il ricorso a presunzioni semplici. Ciò implicava, nella pratica, il superamento dei rischi connessi alla teoria del concorso di azioni, in considerazione della singolare difficoltà implicante la prova sia dei presupposti che, poi, dell'entità dei danni non patrimoniali di cui si domanda il risarcimento.

L'indirizzo seguito dai Giudici di Pace si è tradotto nella concretizzazione di quello specifico rischio che la Giurisprudenza composta dai Giudici di carriera intendeva evitare: e, cioè, la condanna al risarcimento di danni non patrimoniali derivanti dalla lesione di interessi non adeguatamente e sufficientemente connessi alla causa del contratto, con conseguente ingiustificato ampliamento dell'ambito della responsabilità. Il che non ha costituito soltanto un aspetto problematico per il diritto ma anche (e forse prima ancora) per quello dei traffici commerciali e, quindi in ultima analisi, financo dell'economia nazionale, atteso che l'estensione del risarcimento da responsabilità per inadempimento ai danni non patrimoniali avrebbe potuto compromettere la competitività dell'attività imprenditoriale del nostro Paese in ambito internazionale, in quanto le società straniere avrebbero potuto preferire investire in altri Paesi, ove la responsabilità contrattuale non li espone (se non in tutto almeno non con particolare facilità) al risarcimento anche dei pregiudizi non economici lamentati dai creditori insoddisfatti.

3. Il danno non patrimoniale da inadempimento sub specie di danno da vacanza rovinata nella concezione del diritto comunitario

La questione concernente la risarcibilità dei danni non patrimoniali da inadempimento è stata affrontata anche in ambito sovranazionale con riguardo alla tematica del c.d. danno da vacanza rovinata.

⁹¹ Se non altro perché ai sensi dell'art.82 c.1 e 2 c.p.c. le parti possono stare in giudizio senza il patrocinio del difensore nelle cause aventi valore non superiore ad € 516,46 o se sono autorizzate dal Giudice di Pace.

⁹² Perché la procedura è molto più snella e veloce rispetto a quella ordinaria contemplata dagli art.163 e ss c.p.c.

Più precisamente, il tema è stato oggetto di una pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea resa, ai sensi dell'art.234 TCE, in via pregiudiziale per l'interpretazione di una Direttiva CEE avente per oggetto la disciplina dei servizi inerenti esattamente "i viaggi, le vacanze e i circuiti tutto compreso".

Il caso era quello della signorina Leitner, di origine austriaca, che aveva acquistato da un'agenzia di viaggi un pacchetto tutto compreso per trascorrere un periodo di vacanza in Turchia, con incluso soggiorno in un centro turistico. Sennonché, una volta giunta a destinazione ella contraeva un'intossicazione di tipo alimentare dovuta alla non genuinità delle vivande offerte dal centro turistico ove temporaneamente dimorava. Quindi, essendosi rimessa dopo alcune settimane, la signorina Leitner chiedeva all'agenzia presso la quale aveva acquistato il suddetto pacchetto turistico un risarcimento danni per un ammontare pari ad ATS 25000. Il giudice austriaco di primo grado accoglieva la domanda soltanto in parte, condannando l'agenzia al pagamento di ATS 13000 per le sofferenze fisiche patite dalla signorina Leitner a causa della intossicazione alimentare contratta durante il viaggio, respingendo la richiesta di risarcimento ulteriore avente per oggetto il danno da mancato godimento della vacanza poiché, trattandosi di pregiudizio qualificabile come danno morale ed essendo la sua risarcibilità secondo le leggi del diritto austriaco subordinata alla sussistenza di una norma che espressamente lo consenta, mancava nel diritto interno un'espressa previsione normativa contemplante siffatta tipologia di danno; pertanto, la domanda doveva essere rigettata. Il giudice austriaco in grado di appello condivideva il ragionamento logico-giuridico seguito dal giudice di prime cure dal punto di visto del diritto interno, ma sottolineava che a diversa conclusione si sarebbe potuto pervenire laddove si fosse rivalutato il dettato dell'art.5 Dir. 90/314/CEE. Ed, infatti, il giudice austriaco di appello, richiamando un precedente della Corte di Giustizia (causa C-355/96, decisa con sentenza del 28 luglio 1998), specificava che le direttive, anche se non idonee a creare obblighi a carico di un singolo, devono essere prese in considerazione dal giudice nazionale, poiché costituiscono parametro di riferimento per l'applicazione del diritto interno⁹³. E, cioè, secondo la Corte di Giustizia, i

⁹³ Questo principio è stato ribadito anche dalla Corte di Giustizia nella sentenza del 16 giugno 2005 (C-105/03) con riguardo al caso Pupino, sebbene in relazione alle decisioni-quadro, che costituiscono fonti normative del terzo pilastro ed hanno caratteristiche simili alle direttive: "Il

giudici nazionali sarebbero tenuti ad interpretare il diritto interno in modo da renderlo, ove possibile, conforme ai principi espressi nelle direttive comunitarie, a prescindere dalla idoneità di queste a produrre effetti diretti (atteso che tali effetti sarebbero comunque verticali, ossia concernenti il rapporto Stato-cittadino, e mai orizzontali, non potendo costituire in capo ai cittadini diritti da poter opporre ad altri cittadini⁹⁴). Tuttavia, il giudice austriaco, considerando la direttiva non sufficientemente precisa in ordine al profilo riguardante l'affermazione della risarcibilità del danno morale da vacanza rovinata, e quindi, ritenendola apparentemente inidonea ad orientare il giudice nazionale nell'applicazione del diritto interno – essendo il parametro di riferimento interpretativo costituito da un principio che, in realtà, non sarebbe esplicitamente sancito nemmeno dal legislatore comunitario – ha ritenuto necessario sollevare la questione di pregiudizialità comunitaria alla Corte di Giustizia con riguardo all'art.5 della Dir. 90/314/CEE onde comprendere se tale norma debba essere interpretata nel senso che, in linea di principio, si possa ritenere dovuto l'indennizzo a fronte di domande di risarcimento di danni morali.

La Corte di Giustizia, prima di pronunciarsi sulla questione pregiudiziale interpretativa sottoposta alla sua attenzione, ha proceduto ad un esame dei vari indirizzi delineatisi sul punto. In particolare, le soluzioni ermeneutiche prospettate con riguardo alla risarcibilità del c.d. danno da vacanza rovinata, nella sua componente morale, erano esattamente quattro.

La prima, sostenuta dalla signorina Leitner, muoveva dalla considerazione che la Dir. 90/314/CEE era preordinata al riavvicinamento delle legislazioni nazionali in modo da garantire agli operatori turistici pari possibilità di proporre in tutti gli Stati membri condizioni di viaggio identiche. Per cui, essendo quello della risarcibilità del danno morale un aspetto di differenziazione dei vari ordinamenti interni e dovendosi uniformare il regime anche della responsabilità degli operatori del settore turistico in ambito comunitario, il

giudice nazionale è tenuto a prendere in considerazione le norme dell'ordinamento nazionale nel loro complesso e ad interpretarle, per quanto possibile, alla luce della lettera e dello scopo della detta decisione quadro”.

⁹⁴ La Corte di Giustizia ha affermato il suddetto principio poiché la direttiva è un atto normativo destinato agli Stati membri e non ai cittadini. Quest'ultimi, infatti, possono beneficiare di eventuali effetti diretti soltanto laddove la direttiva imponga agli Stati membri obblighi a fronte dei quali si possono configurare in capo ai singoli individui diritti precisi e, soprattutto, incondizionati, ed ossia, il cui riconoscimento ed ambito di operatività non sia rimesso al potere discrezionale del legislatore nazionale.

danno da vacanza rovinata non poteva che essere considerato dalla Direttiva. Conseguentemente, l'art.5 n°2 c.4 della Dir. citata, nella parte ove prevede la possibilità di limitare contrattualmente il risarcimento dovuto dall'operatore turistico, doveva essere interpretato in senso onnicomprensivo, ed ossia tale da includere anche il danno morale.

La seconda posizione ermeneutica era quella sostenuta dai Governi austriaco, francese e finlandese. Secondo siffatto indirizzo la Direttiva in esame si limiterebbe a stabilire un complesso di regole preordinate a definire soltanto un livello minimo di tutela per i consumatori che acquistano pacchetti turistici "tutto compreso", essendo rimessa, pertanto, alla discrezionalità degli Stati membri la disciplina di tutti gli altri aspetti non espressamente regolamentati, tra i quali rientrerebbe anche quello della responsabilità civile dell'operatore turistico. Per cui non potrebbe cogliersi alcun riconoscimento implicito in ordine alla risarcibilità del danno da vacanza rovinata nell'art.5 n°2 c.4 della Dir. 90/314/CEE laddove menziona genericamente il tema della responsabilità dell'operatore turistico e, quindi, del risarcimento del danno. Se, dunque, questo era l'orientamento interpretativo da seguire, il risarcimento del danno morale da vacanza rovinata sarebbe stato rimesso alla disciplina contemplata dal diritto interno dei singoli Stati membri, con la conseguenza che nei Paesi (come il nostro) ove il danno morale non è risarcibile in mancanza di un espresso riconoscimento normativo, continuerebbe a non esserlo nonostante l'intervento del legislatore comunitario.

La terza prospettiva ermeneutica era sostenuta dal Governo belga e muoveva dalla considerazione della nozione di danno richiamata dall'art.5 n°2 c.4 della Dir. 90/314/CEE quale espressione volutamente generica in quanto destinata a comprendere qualsiasi tipologia di nocumento, ivi compreso quello morale, subito dal consumatore che abbia acquistato un pacchetto turistico "tutto compreso". Questo indirizzo si soffermava, in particolare, sulle peculiari conseguenze che sarebbero derivate per gli ordinamenti nazionali dall'interpretazione della Direttiva nel senso specificato; ed, infatti, a differenti conclusioni si sarebbe pervenuti secondo che la legislazione interna dei singoli Stati membri avesse consentito o meno, di per sé, il risarcimento del danno morale da vacanza rovinata, in quanto, mentre nei Paesi ove il diritto interno ammetteva la risarcibilità di siffatti pregiudizi la Direttiva avrebbe attribuito al

legislatore nazionale la facoltà di apporre un limite al risarcimento secondo determinati criteri, nei Paesi ove il danno morale sarebbe risarcibile soltanto a fronte di un'espressa previsione normativa, in carenza di siffatto requisito il diritto interno escluderebbe il risarcimento del danno da vacanza rovinata, così, ponendosi in contrasto con i principi sanciti dal legislatore comunitario nella Direttiva.

La quarta prospettiva ermeneutica, infine, era quella enunciata dalla Commissione e si fondava su considerazioni di più ampio respiro, ossia, non limitate soltanto all'interpretazione del testo della Direttiva, essendo, invece, volte ad esaminare anche le diversità caratterizzanti il diritto interno dei singoli Stati membri onde rinvenire la sussistenza o meno di margini di operatività tali da favorire un concreto riavvicinamento delle legislazioni nazionali in specifici settori. E con riguardo a quello dei servizi turistici, la Commissione osservava, anzitutto, che, da un lato, la nozione di danno richiamata nella Direttiva in esame era volutamente generica in quanto non contraddistinta da limitazione alcuna nel suo significato, e, dall'altro, che in caso di vacanza rovinata il consumatore subirebbe danni anche diversi da quelli corporali, ossia concernenti la sfera della sua incolumità psico-fisica. Questi due elementi potrebbero essere, infatti, indicativi della consapevolezza del legislatore comunitario in ordine alle conseguenze che potrebbero derivare dall'inadempimento degli obblighi degli operatori turistici ai danni dei consumatori, potendosi anche sostenere che la genericità della nozione di danno contemplata nella Direttiva sia stata volutamente adoperata in quanto preordinata a coprire qualsiasi tipologia di pregiudizio, incluso quello morale. La Commissione, precisava, poi, che in tutti gli Stati membri, in misura minore o maggiore, il danno morale è risarcibile, e se, inoltre, si considera che in tutti gli ordinamenti democratici si ascrive un'importanza sempre crescente alle vacanze e, più in generale, al periodo di riposo dall'attività lavorativa espletata durante l'anno, si dovrebbe concludere nel senso di non ritenere escluso il danno morale dal novero dei pregiudizi risarcibili secondo quanto stabilito dall'art.5 n°2 c.4 Dir. 90/314/CEE.

La Corte di Giustizia, esaminati i suddetti indirizzi, precisa che la Direttiva è preordinata al riavvicinamento delle legislazioni nazionali al fine di garantire condizioni paritarie di accesso al mercato dei servizi turistici in tutti

gli Stati membri e fra le misure idonee al perseguimento di siffatto scopo l'art.5 n°2 c.1 espressamente richiama la necessità di predisporre strumenti atti ad assicurare che l'organizzatore risarcisca i danni arrecati al consumatore dall'inadempimento o dalla cattiva esecuzione del contratto.

La Corte, quindi, si sofferma su due fondamentali aspetti della questione: e, cioè, il rilievo ascrivibile alla risarcibilità del danno morale quale profilo rilevante ai fini della regolamentazione della concorrenza, e l'importanza dell'interesse non patrimoniale del consumatore a godere del beneficio connesso a quel rilassamento per il cui conseguimento era stato acquistato il pacchetto turistico.

Con riguardo al primo profilo, la Corte di Giustizia chiarisce che l'affermazione della risarcibilità del danno non patrimoniale costituisce un aspetto decisivo per il rispetto della concorrenza, atteso che laddove le discipline nazionali divergenti sul punto rimanessero inalterate, gli operatori turistici avrebbero convenienza ad esercitare la propria attività imprenditoriale in quei Paesi ove il danno morale non sarebbe risarcibile, soprattutto in considerazione della circostanza che tali danni sono particolarmente frequenti nel settore dei viaggi, come sottolineato opportunamente dalla Commissione. Ragione, questa, per la quale è necessario garantire uniformità di disciplina in tema di risarcimento del danno morale onde evitare il pericolo di “*distorsioni di concorrenza notevoli*”.

In ordine, poi, alla seconda questione, è indubbio che nei contratti aventi per oggetto viaggi e pacchetti turistici tutto compreso l'interesse non patrimoniale dello svago e del divertimento costituisca una componente fondamentale della causa contrattuale.

Dovendosi, dunque, interpretare la Direttiva in esame alla stregua delle suddette considerazioni, la Corte conclude nel senso di ritenere risarcibile il danno morale da vacanza rovinata, in quanto pregiudizio da doversi intendere implicitamente compreso nella nozione di danno richiamata dall'art.5 n°2 c.1 e n°2 c.4⁹⁵.

⁹⁵ Corte di Giustizia (sesta sezione) 12 maggio 2002 (C-168/2000): “[...] 19 Si deve ricordare che l'art. 5, n. 2, primo comma, della direttiva impone agli Stati membri di adottare le misure necessarie affinché l'organizzatore di viaggi risarcisca «i danni arrecati al consumatore dall'inadempimento o dalla cattiva esecuzione del contratto».

20 A tale riguardo va rilevato che dal secondo e terzo considerando della direttiva risulta che essa ha per scopo, in particolare, l'eliminazione delle divergenze accertate tra le normative e le

3.1 *L'orientamento seguito dalla giurisprudenza italiana in tema di danno da vacanza rovinata*

La decisione della Corte di Giustizia ha affermato che il danno morale da vacanza rovinata deve essere risarcibile, ma non ha, del pari, chiarito come detto principio debba essere applicato dai giudici nazionali, soprattutto in quegli ordinamenti, come il nostro, ove il diritto interno subordina la risarcibilità del danno non patrimoniale ad un espresso riconoscimento normativo.

I Giudici italiani, al riguardo, hanno ammesso il risarcimento del danno da vacanza rovinata seguendo, in sostanza, due indirizzi fondati su distinti percorsi argomentativi, in quanto, l'uno presuppone il ricorso all'art.2059 c.c., e, l'altro, invece, lo esclude.

Il primo indirizzo rinviene nell'art.2059 c.c. la norma di riferimento per la disciplina del danno da vacanza rovinata, in quanto documento di natura non patrimoniale, giungendo ad ammettere il risarcimento di siffatto pregiudizio in forza del disposto dell'art.13 della Convenzione internazionale di Bruxelles sul contratto di viaggio (CCV)⁹⁶. Questa disposizione esattamente prevede che l'organizzatore di viaggi sia chiamato a rispondere di "qualunque pregiudizio" connesso alla mancata o inesatta esecuzione del contratto⁹⁷. Secondo l'indirizzo

prassi nei diversi Stati membri in materia di viaggi «tutto compreso» e atte a generare distorsioni di concorrenza tra gli operatori stabiliti nei diversi Stati membri.

21 Orbene, è pacifico che nel settore dei viaggi «tutto compreso» l'esistenza di un obbligo di risarcire i danni morali in taluni Stati membri e la sua mancanza in altri avrebbe come conseguenza delle distorsioni di concorrenza notevoli, tenuto conto del fatto che, come osservato dalla Commissione, si rilevano frequentemente danni morali in tale settore.

22 Si deve inoltre rilevare che la direttiva, più particolarmente il suo art. 5, mira a offrire una tutela ai consumatori e che, nell'ambito dei viaggi turistici, il risarcimento del danno per il mancato godimento della vacanza ha per loro un'importanza particolare.

23 E' alla luce di tali considerazioni che si deve interpretare l'art. 5 della direttiva. Se quest'articolo si limita, nel suo n. 2, primo comma, a rinviare in modo generale alla nozione di danni, si deve rilevare che, prevedendo al suo n. 2, quarto comma, la facoltà per gli Stati membri di ammettere che, per quanto riguarda i danni diversi da quelli corporali, l'indennizzo sia limitato in virtù del contratto, a condizione che tale limitazione non sia irragionevole, la direttiva riconosce implicitamente l'esistenza di un diritto al risarcimento dei danni diversi da quelli corporali, tra cui il danno morale.

24 Si deve perciò risolvere la questione sollevata dichiarando che l'art. 5 della direttiva dev'essere interpretato nel senso che in linea di principio il consumatore ha diritto al risarcimento del danno morale derivante dall'inadempimento o dalla cattiva esecuzione delle prestazioni fornite in occasione di un viaggio «tutto compreso».

⁹⁶ La Convenzione internazionale sul contratto di viaggio è stata firmata a Bruxelles il 23 aprile 1970 ed è stata ratificata dallo Stato Italiano con legge 27 dicembre 1977, n°1084. La Convenzione è entrata in vigore il 4 ottobre 1979.

⁹⁷ In tal senso Trib. di Roma, 6 ottobre 1989, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1991, p.512, con nota di C. VACCÀ, *Inadempimento contrattuale e risarcimento del danno non patrimoniale: da vacanze da sogno a vacanze da incubo*, *ivi*, 1992, p.263; Trib. di Milano, 4

in esame il rinvio all'art.13 CCV (o più propriamente alla legge interna che ha dato esecuzione al trattato internazionale) sarebbe sufficiente a soddisfare la riserva di legge contemplata dall'art.2059 c.c. e, dunque, a consentire il risarcimento del danno da vacanza rovinata relativamente alla sua componente morale.

Senonché, questo orientamento deve essere rivisto alla luce dell'emanazione del D. lgs. 111/1995 che ha dato attuazione alla richiamata Direttiva n°90/314/CEE concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti tutto compreso. Ed, infatti, particolarmente controversi sembrano essere i rapporti tra le normative sovranazionali in tema di servizi turistici, atteso che non è ancora chiaro se la disciplina contemplata dalla Convenzione internazionale di Bruxelles sul contratto di viaggio debba intendersi o meno abrogata da quella introdotta dal citato Decreto legislativo⁹⁸. Si tratta di una questione, peraltro, resa ancora più complessa dalla riserva apposta dallo Stato Italiano in sede di recepimento della Convenzione internazionale sul contratto di viaggio, in quanto si è voluto espressamente limitarne l'ambito di operatività ai soli

giugno 1998, in *Contratti*, 1999, p.39, con nota di E. GUERINONI, *Il danno da vacanza rovinata*; Trib. di Bologna, 15 ottobre 1992, in *Contratti*, 1993, p.327.

In dottrina la qualificazione del danno da vacanza rovinata quale pregiudizio non patrimoniale sembra condivisa da F. D. BUSNELLI, *Interessi della persona e risarcimento del danno*, in *Riv. trim.*, 1996, p.14, secondo il quale la tutela degli interessi fondamentali della persona assicurata dall'art.13 CCV, sarebbe, da un lato, adeguatamente garantita dall'affermazione della risarcibilità dei danni non patrimoniali, e, dall'altro, bilanciata dalla previsione di strumenti preordinati a limitare l'entità del risarcimento.

⁹⁸ Sul punto si vedano le attente riflessioni di M. CAVALLARO, *Prassi applicativa e sistema nel "danno da vacanza rovinata"*, in *Rassegna di Diritto Civile*, 2002, 1-2, p.25 in nota: "È noto come l'art.2 d. lgs. 111/95 fissi all'applicabilità della onte di derivazione comunitaria un doppio limite: uno di carattere oggettivo e uno di carattere soggettivo.

Il limite oggettivo richiede la combinazione all'interno del "pacchetto" di almeno due servizi fra quelli indicati dalla stesa disposizione, e prevede altresì la durata minima del viaggio, che non può essere inferiore alla ventiquattro ore, ovvero deve includere al suo interno almeno una notte. Ne consegue che restano esclusi dalla sfera di applicazione del d. lgs. 111/95 alcuni rapporti (per esempio la c.d. gita di un giorno o il soggiorno di studio) i quali non presentano gli estremi richiamati, laddove la CCV (art.1), pur includendola prestazione del trasporto fra i presupposti di operatività della disciplina, non pone limiti di durata minima del viaggio e finisce così col godere, almeno sotto questo profilo, di un ambito di applicazione più ampio del d. lgs. 111/95.

Sotto il profilo soggettivo, poi, secondo quanto sancito dall'art.3, la disciplina attuativa troverebbe applicazione solo con riferimento a determinate categorie di operatori, laddove la CCV è suscettibile di essere estesa a chiunque di fatto (anche abusivamente o occasionalmente) organizzi o venda pacchetti turistici.

La questione è controversa, posto che il legislatore non ha dettato una norma transitoria destinata a regolamentare la materia, stante, però l'accennata diversità di ambiti (oggettivi e soggettivi) di applicazione delle due fonti, la soluzione che appare più in sintonia col sistema delineato nel suo complesso è quella che prevede un coordinamento fra le due normative al fine di consentire l'estensione della disciplina più "garantista" della posizione del turista prevista dal d. lgs. 111/95 anche alle ipotesi che continuano ad essere disciplinate dalla CCV".

contratti internazionali di viaggio. Senonché, anche su siffatto profilo sono state sollevate perplessità dovute alla efficacia della suddetta riserva, atteso che la medesima sarebbe stata apposta secondo modalità differenti da quelle previste dalla Convenzione stessa.

Per superare le difficoltà insite alla risoluzione della questione richiamata, coloro i quali propendono per l'orientamento volto ad avvalersi dell'art.2059 c.c. onde affermare la risarcibilità del danno da vacanza rovinata rinvencono nella nuova disciplina introdotta dal D. lgs. 111/1995 il fondamento normativo al quale doversi avere riguardo. In particolare, secondo questo indirizzo, la riserva di legge di cui all'art.2059 c.c. sarebbe soddisfatta mediante il rinvio all'art.13 c.2 D. lgs. citato nella parte ove, in tema di recesso ingiustificato del consumatore ed annullamento del servizio imputabile alla sfera di controllo dell'organizzatore, prevede il diritto del turista ad essere risarcito "di ogni ulteriore danno" derivante dalla mancata esecuzione del contratto, nonché mediante il rinvio all'art.16 del D. lgs. citato, che, infatti, pur disciplinando il diverso profilo concernente i limiti del risarcimento dovuto dall'operatore turistico, a sua volta richiama l'art.13 CCV, così recependone il contenuto ed ampliandone l'ambito di operatività.

Tuttavia, questo indirizzo si presta ad una critica, atteso che l'applicazione dell'art.2059 c.c. sarebbe giustificata dal rinvio a norme che, in realtà, non prevedono espressamente la risarcibilità del danno non patrimoniale, limitandosi, invece, ad affermare il diritto del consumatore al risarcimento "di ogni ulteriore danno" (art.13 c.2 D. lgs. 111/1995), o di "qualunque pregiudizio" (art.13 CCV, richiamato dall'art.16 D. lgs. 111/1995). L'uso, infatti, di locuzioni volutamente generiche da parte del legislatore potrebbe di certo indurre l'interprete a ritenere compresi anche i danni non suscettibili di valutazione economica, soprattutto in un settore, come quello dei servizi turistici, ove siffatta tipologia di pregiudizi si configura con una certa frequenza; tuttavia, non può trascurarsi il rilievo secondo il quale una parte della Giurisprudenza (per vero minoritaria) ritiene che la riserva di legge contemplata dall'art.2059 c.c. possa essere soddisfatta soltanto da una previsione normativa che esplicitamente (e, quindi, non soltanto implicitamente) riconosca ed affermi

la risarcibilità dei danni non patrimoniali⁹⁹, sebbene questo indirizzo ermeneutico sia stato successivamente rivisto alla stregua dell'evoluzione del danno non patrimoniale, in quanto categoria non più identificabile soltanto con il danno morale, ma comprendente anche il danno biologico e quello derivante, più in generale, dalla lesione di interessi fondamentali della persona, atteso che con riguardo a quest'ultimi il fondamento della loro risarcibilità sarebbe rinvenibile in quelle norme della nostra Costituzione ove si sancisce genericamente la rilevanza e la tutela del diritto senza alcun cenno al danno conseguente alla sua lesione¹⁰⁰.

Sin qui l'orientamento preordinato all'affermazione della risarcibilità del danno da vacanza rovinata sulla base del ricorso all'art.2059 c.c.

L'orientamento opposto, invece, muove dalla possibilità di pervenire alla medesima conclusione senza dover ricorrere all'art.2059 c.c., dovendo siffatta norma ritenersi non applicabile alle ipotesi di responsabilità contrattuale in quanto disposizione preordinata soltanto ad operare in relazione agli illeciti extracontrattuali. Ed, infatti, la risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento, quale si deve certamente considerare essere quello in esame, può affermarsi anche richiamando la disciplina dell'art.1174 c.c.

Tuttavia, nelle pronunce ove si segue questo indirizzo ermeneutico si coglie talvolta un'ambiguità di fondo nell'inquadramento della fattispecie, atteso che nelle pronunce dei Giudici si rinviene la tendenza ad oggettivizzare la vacanza in modo da considerarla quale *bene* o quale *interesse* dotato di una propria e ben distinta autonomia al fine valutare ad ampio raggio le responsabilità dell'operatore turistico. Ed, infatti, mutano i riferimenti normativi da richiamare per la disciplina dei pregiudizi in esame secondo che si propenda

⁹⁹ L'interpretazione dell'art.2059 c.c. ed i requisiti in possesso dei quali la norma di rinvio deve necessariamente avere per soddisfare la riserva di legge prescritta per la risarcibilità dei danni non patrimoniali costituisce una questione particolarmente controversa sia in Giurisprudenza che in dottrina. Tuttavia, occorre rilevare che se la Giurisprudenza sembra ormai pacificamente indirizzata nel seguire la lettura costituzionalmente orientata elaborata dalla Cass. S.U. del 2003 con riguardo all'art.2059 c.c., in dottrina non si rinvergono ancora opinioni unanimi. Sulla stretta connessione della risarcibilità dei danni non patrimoniali con l'interesse leso (soprattutto laddove si tratti di interesse fondamentale della persona) si veda A. CATAUDELLA, *La tutela civile della vita privata*, Milano, 1972, p.56 e ss.; G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, p.232.

¹⁰⁰ Posto che trattasi di conseguenza logica all'affermazione del diritto stesso, essendo il risarcimento strumento di tutela minimo garantito dall'ordinamento a tutti gli interessi ritenuti meritevoli di protezione.

per la tesi volta considerare la vacanza un *bene* o per quella che, invece, la reputa un *interesse*.

La prima impostazione dogmatica è sostenuta da coloro i quali¹⁰¹ ritengono la vacanza un'entità suscettibile di scambio e, dunque, in quanto tale, idonea a costituire oggetto di rapporti giuridici. Laddove si condividesse siffatto ordine di idee si perverrebbe alla conclusione secondo la quale la vacanza costituirebbe un bene oggetto di un diritto e, quindi, suscettibile di tutela immediata e diretta da parte dell'ordinamento giuridico.

Senonché, come autorevolmente sottolineato¹⁰², questa ricostruzione si presta a due critiche particolarmente incisive. Ed, infatti, si potrebbe, in primo luogo, osservare che la considerazione della vacanza quale *bene* di fonda su un'interpretazione piuttosto ampia dell'art.810 c.c., quasi volta a voler rivisitare e rivedere tutta la teoria generale dei beni giuridici¹⁰³. Si contesta, in particolare, alla norma citata, nella parte ove afferma la regola secondo cui «sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti», il riconoscimento di una funzione precettiva che non le sarebbe in modo alcuno ascrivibile, stante l'orientamento tradizionalmente seguito dalla dottrina¹⁰⁴ che considera la locuzione contemplata dalla disposizione in esame una formula meramente descrittiva (e, quindi ricognitiva) di beni che sono già da considerare tali in quanto connessi ad interessi ritenuti meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento. E, cioè, l'art.810 c.c. sarebbe norma rinviante “*a fattispecie tipiche, individuabili, in ragione della giuridicità dell'interesse di cui rappresentano l'oggetto*” e non disposizione contemplante una formula preordinata alla giuridicizzazione di cose da considerare beni a prescindere dall'interesse al quale sono collegati. Secondo l'insegnamento tradizionale, infatti, è la giuridicità del bene a derivare a monte dalla giuridicità dell'interesse al quale accede e non viceversa, non

¹⁰¹ V. ZENO-ZENCOVICH, *Il danno da vacanza rovinata: questioni teoriche e prassi applicativa*, nota a Pret. Di Roma, 11 dicembre 1996, in *Nuova giur. civ. commentata*, 1997, I, p.880.

¹⁰² M. CAVALLARO, *Prassi applicativa e sistema nel “danno da vacanza rovinata”*, in *Rassegna di Diritto Civile*, 2002, 1-2, p.35.

¹⁰³ Sul punto si veda V. ZENO-ZENCOVICH, *Cosa*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, IV, Torino, 1989, p. 438.

¹⁰⁴ M. BARCELLONA, *Attribuzione normativa e mercato nella teoria dei beni giuridici*, in *Quadrimestre*, 1987, p.607 e ss., p.627 ss.; A. BELFIORE, *i beni e le forme giuridiche di appartenenza. A proposito di una recente indagine*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p.855 ss.; B. BIONDI, *I beni*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, Torino, 1956, p.15; D. MESSINETTI, *Oggetto dei diritti*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p.809; Id., *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, Milano, 1970, p.54; T. O. SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano, 1982, p.90.

essendo la giuridicità dell'interesse a discendere dalla presunta giuridicità del bene¹⁰⁵. In secondo luogo, si sottolinea che la considerazione della vacanza quale bene giuridico appare non divisibile alla stregua del contenuto dei contratti di viaggio, atteso che esso è esclusivamente identificabile nei servizi promessi dall'operatore turistico al consumatore, rappresentando la vacanza, più che l'oggetto del contratto, la causa, ed ossia, l'interesse in concreto perseguito dalla parte acquirente il pacchetto "tutto compreso".

Secondo l'altra ricostruzione dogmatica la vacanza sarebbe oggetto di un diritto della personalità autonomamente tutelato dall'ordinamento. Questa impostazione è stata seguita da quella Giurisprudenza onoraria che è giunta ad ammettere la risarcibilità del danno da vacanza rovinata financo laddove il relativo interesse era estraneo al contratto¹⁰⁶.

Tuttavia, la dottrina appare particolarmente critica, poiché non sembra si possa ascrivere alla vacanza il rango di vero e proprio diritto della personalità. Sul punto si sostiene, in particolare, l'impossibilità di ascrivere autonoma rilevanza al diritto alle ferie, disciplinato nel nostro ordinamento soltanto quale prestazione dovuta dal datore di lavoro nell'ambito del rapporto lavorativo, nonché al riposo, sebbene sia indubbio il suo rilievo quale interesse strumentale al godimento dei diritti della personalità¹⁰⁷.

In conclusione, quindi, sarebbe preferibile non considerare la vacanza né un *bene*, né un *interesse*. Sennonché, è di tutta evidenza che l'interesse del consumatore al godimento della vacanza costituisce una componente fondamentale della causa del contratto avente per oggetto l'acquisto di servizi turistici.

¹⁰⁵ M. CAVALLARO, *Prassi applicativa e sistema nel "danno da vacanza rovinata"*, in *Rassegna di Diritto Civile*, 2002, 1-2, p.36.

¹⁰⁶ Con riguardo all'inadempimento di un contratto di trasporto aereo, Giud. Pace di Torino, 10 novembre 1997, in *Giud. pace*, 1997, p.291 con nota di A. PALMIERI, *Risarcimento del danno dovuto a un inadempimento di un vettore aereo*.

¹⁰⁷ M. CAVALLARO, *Prassi applicativa e sistema nel "danno da vacanza rovinata"*, in *Rassegna di Diritto Civile*, 2002, 1-2, p.37, in nota, ove l'Autrice ritiene "inidoneo a modificare i termini della questione quanto disposto dalla recente legge di riforma del settore turistica, che prevede all'art.4 la redazione di una Carta dei diritti del turista e all'art.10 la creazione di un Fondo di rotazione per il prestito e il risparmio turistico, destinato a operare con un sistema di buoni vacanze e volto a favorire il turismo presso le categorie disagiate e i ceti meno abbienti. Invero, salva l'opportunità di valutare gli sviluppi della previsione normativa in sede di attuazione, è coerente ritenere che la menzionata Carta abbia un valore meramente informativo, mentre l'istituzione del Fondo e dei buoni vacanza conferma la rilevanza sociale ed economica del fenomeno turistico, ma non sembra di per sé idonea a configurare un diritto assoluto alla vacanza".

Ne consegue, pertanto, l'affermazione della risarcibilità del danno morale in caso di lesione del suddetto interesse.

Con riguardo, poi, al profilo della quantificazione del danno si colgono, anche qui, due diversi approcci da parte della Giurisprudenza; ed, esattamente, uno volto a considerare quale parametro di riferimento il valore economico delle ferie e l'altro incentrato sul costo della prestazione rimasta interamente o parzialmente inadempita.

Il primo parametro di valutazione sembra essere utilizzato da quella giurisprudenza che predilige concepire la vacanza come *bene* giuridico dotato di propria autonomia; infatti, si tratta di un orientamento incentrato sulla considerazione del rapporto tra rilevanza delle ferie, quale periodo necessario per riprendere le energie spese sul posto di lavoro durante l'anno, e la vacanza quale strumento funzionalmente preordinato al recupero delle suddette energie.

Il secondo parametro, invece, ricorrendo al criterio del costo della prestazione non adempiuta, ascrive rilievo al prezzo che si sarebbe disposti a pagare per usufruire dei servizi offerti dall'operatore turistico, in tale somma di denaro dovendosi, quindi, considerare identificato l'interesse anche non patrimoniale del consumatore a godere della vacanza.

La Giurisprudenza non sembra, però, seguire un indirizzo univoco sul piano dei criteri di liquidazione da adottare, e forse la ragione di siffatta incertezza di orientamento è da ricercare nella difficoltà insita all'inquadramento della fattispecie, atteso che alcuni Giudici sono soliti considerare la vacanza un *bene*, altri un *diritto* della personalità – ora autonomo, ora riconducibile al danno biologico o a quello esistenziale – ed altri ancora un interesse rilevante quale componente fondamentale della causa del contratto.

In dottrina¹⁰⁸ è stata opportunamente sostenuta la necessità di distinguere l'ipotesi dell'inadempimento assoluto imputabile all'operatore turistico da quella dell'inadempimento parziale e dell'inesatto adempimento.

Infatti, con riguardo alla prima ipotesi, la vacanza sfumata costituisce prospettiva diversamente incidente sulle ferie del consumatore secondo che questi abbia la possibilità concreta di poter acquistare un altro pacchetto turistico. Ed, esattamente, secondo questo indirizzo, la possibilità di una vacanza alternativa a quella sfumata deve essere valutata in concreto dal

¹⁰⁸ M. CAVALLARO, *Prassi applicativa e sistema nel "danno da vacanza rovinata"*, in *Rassegna di Diritto Civile*, 2002, 1-2, pp. 44-50.

Giudice in sede di liquidazione equitativa del danno, atteso che il comportamento del consumatore può rilevare anche ai sensi dell'art.1227 c.2 c.c., non essendo dovuto il risarcimento per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza. Ne consegue che, laddove l'inadempimento assoluto dell'operatore turistico sia contraddistinto da circostanze di tempo e di luogo tali da non consentire al consumatore nessuna alternativa residua, il Giudice dovrebbe liquidare il danno da vacanza rovinata ricorrendo al parametro di riferimento costituito dal *valore economico delle ferie*, che, peraltro, rappresenterà il limite massimo del danno ipotizzabile.

Siffatto valore è, poi, di agevole quantificazione poiché è possibile attribuire un valore economico alle ferie tanto in caso di lavoro subordinato quanto in caso di lavoro autonomo. Qualche difficoltà potrebbe incontrarsi in caso di consumatore disoccupato, condizione, questa, alla quale poter equiparare quella della casalinga, in quanto la mancata percezione di un reddito non consentirebbe il ricorso a parametri oggettivi. Sennonché, tale problematica potrebbe essere agevolmente superata mediante il richiamo ai c.d. redditi figurati.

Tuttavia, la mancanza di un'occupazione lavorativa costituirebbe circostanza idonea ad incidere, comunque, sulla quantificazione del danno, poiché la condizione di disoccupazione nella quale versa il consumatore amplia notevolmente l'intervallo di tempo nel quale costui sarebbe tenuto a cercare una vacanza alternativa a quella sfumata. Infatti, se per un lavoratore, sia esso subordinato o autonomo, le ferie sono limitate in un determinato numero di giorni all'anno, di guisa che, l'eventuale mancato viaggio di piacere diventa in concreto difficilmente sostituibile a causa della brevità del periodo entro il quale si potrebbe godere di una vacanza alternativa, per un disoccupato non vi sono, almeno in astratto, limiti temporali entro i quali adoperarsi per sostituire la vacanza sfumata con un'altra. Per cui, siffatta circostanza costituisce un fattore talmente rilevante ai fini della quantificazione del danno al punto da poterlo, in linea di principio, anche escludere il risarcimento per assenza di pregiudizio alcuno in capo al consumatore.

Secondo questo indirizzo, appare evidente che la specifica capacità di reddito potrebbe costituire un fattore determinante di disparità di trattamento tra i consumatori danneggiati. Sennonché, siffatta prospettiva non costituirebbe

violazione del principio di eguaglianza, poiché sarebbe giustificata alla stregua delle peculiarità caratterizzanti le fattispecie concrete. Infatti, laddove si consideri che la vacanza non costituisce né un interesse fondamentale inerente alla sfera della personalità (non essendo riconducibile al danno biologico o a quello esistenziale), né un diritto della personalità autonomo, bensì soltanto un interesse contrattualmente rilevante, la prospettazione di un sistema di liquidazione contraddistinto dalla possibile realizzazione di disparità di trattamento derivanti dalla condizione personale e patrimoniale del danneggiato non sembrerebbe porsi in contrasto con i principi basilari sui quali si fonda l'istituto risarcitorio nel nostro ordinamento.

Con riguardo, poi, alla diversa ipotesi dell'inadempimento parziale o dell'inesatto adempimento, si dovrebbe preferire il diverso criterio di quantificazione basato sul prezzo della singola prestazione non adempiuta. Si tratta di un indirizzo volto a rivalutare il valore economico della singola prestazione promessa dall'operatore turistico, distinguendo l'ipotesi della mancata esecuzione da quella della esecuzione di prestazione qualitativamente o quantitativamente inesatta, atteso che si dovrà utilizzare quale base di partenza per la quantificazione del danno, nella prima ipotesi, l'intero valore ascrivibile alla prestazione (esattamente identificabile nel prezzo pagato dal consumatore per beneficiare di quel singolo servizio), mentre, nella seconda ipotesi, la differenza tra il valore della prestazione promessa e quello ascrivibile alla prestazione in concreto eseguita. Da questi valori, infatti, il Giudice potrà, infatti, prendere le mosse per, poi, considerare ulteriori circostanze onde attribuire rilevanza anche all'interesse soggettivo del singolo consumatore così personalizzando il risarcimento del danno al caso concreto.

Sul punto, poi, occorre precisare che in alcune pronunce si richiama quale ulteriore parametro di riferimento al quale si dovrebbe avere riguardo in sede di liquidazione del danno da vacanza rovinata anche quello rappresentato dalla gravità dell'inadempimento, che sarebbe, a sua volta, desumibile da due fattori: e, cioè, da un lato, il grado di colpevolezza del debitore, e, dall'altro, il riflesso negativo prodotto dall'inadempimento della singola prestazione sul godimento dell'intera vacanza. La ragione di siffatto indirizzo sarebbe identificabile nella considerazione della circostanza che il danno derivante dall'inesatto o parziale inadempimento potrebbe produrre nella sfera giuridica

del consumatore conseguenze ben più gravi di quelle promananti dall'inadempimento assoluto. Si tratta di una riflessione assolutamente condivisibile, se si considera che i disagi e lo stress prodotto dai disservizi nei quali incorre il turista durante una vacanza rovinata¹⁰⁹ di solito sono di gran lunga superiori rispetto alla mera delusione derivante da una vacanza semplicemente sfumata, essendo i primi pregiudizi talmente incisivi sulla sfera personale del consumatore da indurre spesso costui a pentirsi di aver effettuato l'acquisto del pacchetto turistico.

Tuttavia, non sembra condivisibile siffatto indirizzo, in quanto la considerazione della gravità dell'inadempimento quale parametro di quantificazione del danno è in contrasto con i principi fondamentali disciplinanti l'istituto risarcitorio nel nostro ordinamento. Ed, infatti, la gravità dell'inadempimento è riconducibile alla più ampia nozione di gravità del fatto, che, come noto, costituisce il parametro di riferimento delle sanzioni. Riprova della correttezza di quanto affermato sia la considerazione del richiamo alla gravità della colpa quale fattore da cui desumere la gravità dell'inadempimento¹¹⁰. Sennonché, in un ordinamento giuridico come il nostro, ove l'obbligazione risarcitoria non assolve a funzioni sanzionatorie bensì ripristinatorie, il ricorso a criteri di quantificazione del danno volti ad ascrivere rilievo a circostanze qualificanti la gravità del fatto si dovrebbe considerare inammissibile, in quanto potenzialmente idoneo a favorire risarcimenti funzionali alla condanna del debitore inadempiente al pagamento di danni punitivi.

Alcuni autori¹¹¹ hanno recentemente sostenuto la possibilità di ricorrere alla gravità del fatto per la quantificazione del danno non patrimoniale, sebbene anche soltanto con riguardo ai danni conseguenti la lesione di diritti della personalità. Tuttavia, si tratta di un indirizzo forse ancora dipendente da una concezione sanzionatoria del danno non patrimoniale che non gli è più propria, soprattutto dopo l'avvento del danno biologico e l'evoluzione del pensiero giurisprudenziale sul punto.

¹⁰⁹ Si pensi alle ore di atteso all'aeroporto, o alla delusione conseguente allo stato di degrado in cui versa il centro turistico di soggiorno posto che nelle guide era pubblicizzato come in ottime condizioni, o alla contrazione di malattie dovute alla non genuinità delle vivande offerte dal centro turistico, ecc...

¹¹⁰ In tal senso sia sufficiente richiamare l'art.133 c.p. che tra i criteri di quantificazione della pena prevede proprio l'intensità del dolo e il grado della colpa.

¹¹¹ BIANCA, *La responsabilità*, cit., p.174

Peraltro, un ulteriore aspetto problematico potrebbe cogliersi con riguardo alla specifica disciplina della responsabilità contrattuale, atteso che il richiamo alla gravità dell'inadempimento se, da un lato, potrebbe anche collegarsi con il dettato dell'art.1225 c.c., nella parte ove estende il risarcimento anche ai danni non prevedibili in caso di inadempimento doloso, dall'altro, potrebbe, però, indurre l'interprete in concreto ad ascrivere rilievo anche ad interessi del tutto estranei alla causa del contratto.

Infine, la problematica connessa alla liquidazione del danno da vacanza rovinata interessa il rapporto dell'obbligazione risarcitoria con i limiti sanciti dagli artt.15 e 16 D. lgs. n°111/1995¹¹².

I diversi trattati internazionali concernenti le responsabilità dei vettori e degli operatori turistici, infatti, sono richiamate dalle norme citate e contemplan la possibilità di prevedere limiti al risarcimento dei danni patiti dal cliente. Al riguardo occorre precisare che i trattati internazionali distinguono secondo che si tratti di danni alla persona o di danni alle cose ovvero di pregiudizi diversi da quelli alle persone o alle cose. Per cui in primo luogo è necessario inquadrare il danno da vacanza rovinata in una delle categorie suddette, onde identificare la disciplina applicabile.

¹¹² **15. Responsabilità per danni alla persona.**

Il danno derivante alla persona dall'inadempimento o dalla inesatta esecuzione delle prestazioni che formano oggetto del pacchetto turistico e risarcibile nei limiti delle convenzioni internazionali che disciplinano la materia, di cui sono parte l'Italia o l'Unione europea, ed, in particolare, nei limiti previsti dalla convenzione di Varsavia del 12 ottobre 1929 sul trasporto aereo internazionale, resa esecutiva con legge 19 maggio 1932, n. 841, dalla convenzione di Berna del 25 febbraio 1961 sul trasporto ferroviario, resa esecutiva con legge 2 marzo 1963 n. 806, e dalla convenzione di Bruxelles del 23 aprile 1970 (C.C.V.), resa esecutiva con legge 27 dicembre 1977, n. 1084, per ogni altra ipotesi di responsabilità dell'organizzatore e del venditore, così come recepite nell'ordinamento.

Il diritto al risarcimento del danno si prescrive in tre anni dalla data del rientro del viaggiatore nel luogo di partenza, salvo il termine di diciotto o dodici mesi per quanto attiene all'inadempimento di prestazioni di trasporto comprese nel pacchetto turistico per le quali si applica l'art. 2951 del codice civile.

È nullo ogni accordo che stabilisca limiti di risarcimento inferiori a quelli di cui al comma 1.

16. Responsabilità per danni diversi da quelli alla persona.

Le parti contraenti possono convenire in forma scritta, fatta salva in ogni caso l'applicazione dell'art. 1341, secondo comma, del codice civile, limitazioni al risarcimento del danno, diverso dal danno alla persona, derivante dall'inadempimento o dall'inesatta esecuzione delle prestazioni che formano oggetto del pacchetto turistico.

La limitazione di cui al comma 1 non può essere, a pena di nullità, comunque inferiore a quanto previsto dall'art. 13 della convenzione internazionale relativa al contratto di viaggio (C.C.V.), firmata a Bruxelles il 23 aprile 1970, resa esecutiva con legge 29 dicembre 1977, n. 1084.

In assenza di specifica pattuizione, il risarcimento del danno è ammesso nei limiti previsti dall'art. 13 della convenzione internazionale relativa al contratto di viaggio (C.C.V.), firmata a Bruxelles il 23 aprile 1970, resa esecutiva con legge 29 dicembre 1977, n. 1084 e dall'art. 1783 e seguenti del codice civile.

Il diritto al risarcimento del danno si prescrive in un anno dal rientro del viaggiatore nel luogo di partenza.

Al riguardo, si dovrebbe escludere che il danno in esame possa essere riconducibile alla categoria dei danni alla persona, come, in effetti si sarebbe, invece, dovuto concludere laddove lo si fosse qualificato come danno biologico o come danno esistenziale o come danno conseguente alla lesione di un autonomo diritto della personalità. Peraltro, la riconduzione del danno da vacanza rovinata nell'ambito della categoria dei danni alla persona avrebbe comportato il superamento del limite al risarcimento.

Per cui, trattandosi di danno promanante dalla lesione di un interesse contrattuale, lo si deve ricondurre alla categoria dei danni diversi da quelli alla persona e alle cose, con conseguente soggezione dell'obbligazione risarcitoria ai limiti previsti dalla disciplina di riferimento.

Si potrebbe, tuttavia, sostenere che il superamento di siffatti limiti risarcitori sarebbe possibile, in forza dell'art.25 CVV, laddove al fatto dell'inadempimento dell'operatore turistico possa ascriversi rilievo anche extracontrattuale, atteso che la norma citata esclude l'operatività di limitazioni al risarcimento dei danni conseguenti a fatti costituenti fonti di responsabilità extracontrattuale per l'operatore ogniqualvolta costui abbia agito con da dolo o colpa grave.

Senonché, una parte della dottrina critica siffatta evenienza muovendo dal presupposto che determinante il tal senso risulterebbe essere *“sia il silenzio della legge che – in mancanza di diversa pattuizione delle parti – non circoscrive in nessun caso l'operatività dei limiti risarcitori, sia la ratio stessa che sottostà alla fissazione di tali limiti, previsti allo scopo di bilanciare la responsabilità “oggettiva” dell'operatore turistico e quindi per evitare una sua esposizione ad un rischio che sarebbe altrimenti imprevedibile”*¹¹³.

Peraltro, il suddetto tentativo di superamento dei limiti risarcitori implicherebbe la necessità di ricorrere alla teoria del concorso di azioni ed a tutte le problematiche alla medesima connesse.

¹¹³ M. CAVALLARO, *Prassi applicativa e sistema nel “danno da vacanza rovinata”*, in *Rassegna di Diritto Civile*, 2002, 1-2, p.50.

3.2 Il danno non patrimoniale da inadempimento ed i possibili riflessi favorevoli del diritto comunitario

Un'ulteriore considerazione merita ancora la citata sentenza con la quale la Corte di Giustizia delle Comunità Europee ha risolto la questione pregiudiziale sollevata da un tribunale austriaco in relazione alla risarcibilità del c.d. danno morale da vacanza rovinata.

L'aspetto che in questa sede appare di significativa pregnanza attiene non tanto alla soluzione adottata dalla Corte con riguardo al caso di specie, quanto agli spunti interpretativi che da questa pronuncia appare possibile desumere in ordine alla concezione comunitaria dell'istituto risarcitorio in generale.

La Corte di Giustizia, nella motivazione della decisione in parola, si sofferma su passaggio particolarmente importante nella parte ove accenna alle diversità delle discipline nazionali degli Stati membri in punto di danno morale, poiché l'obiettivo perseguito dal legislatore comunitario con l'emanazione della direttiva 90/314/CEE sarebbe anche quello di uniformare il regime risarcitorio al fine di favorire la circolazione dei servizi turistici¹¹⁴. Infatti, la presenza negli Stati membri di discipline differenti con riguardo al danno morale avrebbe potuto pregiudicare il perseguimento del suddetto obiettivo, atteso che gli operatori turistici sarebbero stati ragionevolmente indotti ad investire in Paesi ove più semplicemente il danno non patrimoniale da inadempimento non è risarcibile, ovvero lo è in misura inferiore rispetto a quanto sia dato riscontrare in altri ordinamenti. Al riguardo, nel passaggio della motivazione al quale si accennava si distinguono le discipline nazionali degli Stati membri in due tipologie: da un lato, quelle contraddistinte da un danno morale risarcibile sulla base di regole generali di diritto comune, e, dall'altro, quelle ove il danno morale necessita di un'apposita previsione normativa che ne affermi la risarcibilità.

¹¹⁴ Corte di Giustizia Sez. VI, 12 marzo 2002, causa C-168/00: "17 Il governo belga sostiene che l'impiego generalizzato e senza limitazioni del termine «danni» all'art. 5, n. 2, primo comma, della direttiva comporta che ne sia data l'interpretazione più ampia, in modo tale che ogni tipo di danno dovrebbe in linea di principio venir coperto in forza della normativa che traspone la direttiva. Negli Stati membri che riconoscono la responsabilità per danno morale in forza del diritto comune la direttiva attribuirebbe la facoltà di porvi un limite secondo determinati criteri. Negli Stati membri in cui la responsabilità per danno morale è subordinata all'esistenza di un'espressa disposizione in tal senso, la mancanza di una siffatta disposizione andrebbe considerata tale da impedire del tutto il risarcimento del danno morale, il che sarebbe contrario alle disposizioni della direttiva".

Da quanto premesso è possibile desumere che il diritto comunitario potrebbe avere un'influenza significativa nella risoluzione del dibattito intorno alla risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento, atteso che ogni profilo disciplinare del diritto nazionale idoneo a pregiudicare la creazione di uno spazio economico comune europeo, ponendosi in contrasto con il diritto comunitario, deve essere esaminato e risolto dai Giudici nazionali in via interpretativa prima ancora che mediante la formulazione ed il rinvio alla Corte di Giustizia di una questione pregiudiziale comunitaria ai sensi dell'art.234 TCE. Ed, infatti, secondo i principi sanciti dalle pronunce della Corte di Giustizia delle Comunità Europee le direttive non *self executive* e le decisioni-quadro, pur essendo atti normativi inidonei a produrre c.d. effetti diretti, costituiscono parametro di interpretazione del diritto interno per i Giudici nazionali, di guisa che essi dovranno interpretare le norme interne in modo da renderle, ove possibile, conformi al diritto comunitario. Lo stesso criterio, invero, potrebbe essere seguito anche con riguardo ai principi generali del diritto comunitario. Per cui, anche a prescindere dalla sussistenza di una fonte normativa di diritto comunitario derivato (regolamenti, direttive, decisioni) preordinata alla regolamentazione di uno specifico settore come quello dei contratti di acquisto di pacchetti turistici "tutto compreso", laddove sia avvertita l'esigenza di superare la rigidità di discipline interne idonee a creare ostacoli alla concorrenza ed all'affermazione di ulteriori e diversi principi fondamentali per l'ordinamento comunitario, il Giudice nazionale dovrebbe intervenire in via ermeneutica, ove possibile, per conformare il diritto interno ai principi comunitari.

Se, dunque, il differente regime risarcitorio può costituire un ostacolo alla creazione di un'area economica europea comune al punto da indurre le Istituzioni Comunitarie ad intervenire normativamente nei singoli settori di interesse, occorre comprendere se, in generale, la differente disciplina nazionale in punto di risarcibilità del danno non patrimoniale possa di per sé costituire un fattore ostativo rispetto a quel processo di uniformazione degli ordinamenti giuridici interni al quale è preordinato il diritto comunitario per la creazione all'interno degli Stati membri di un mercato comune europeo.

Con riguardo alla tematica della risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento si dovrebbe pervenire alla suddetta conclusione, trattandosi

di un profilo disciplinare riconducibile all'ampio settore della responsabilità contrattuale che, a sua volta, è connesso a quello, ancora più ampio, delle relazioni commerciali, essendo il contratto lo strumento fondamentale tramite il quale operare e concludere affari nel mercato secondo i principi generali della nostra economia.

La questione si presenta, in concreto, ogniqualvolta venga in rilievo la lesione di un diritto riconosciuto dall'ordinamento comunitario, occorrendo, infatti, in tali casi comprendere quali danni siano risarcibili: ed ossia, se soltanto quelli patrimoniali o se anche quelli non patrimoniali e se nella scelta fra l'una o l'altra soluzione prospettata incida in qualche maniera sul diritto interno dei singoli Stati membri.

In simili circostanze sarebbe opportuno concentrare l'attenzione dapprima sull'interesse e poi sul danno. L'interesse costituente oggetto del diritto comunitario leso, infatti, ci consente di capire quale sia l'ambito di operatività della situazione giuridica soggettiva prevista dall'ordinamento comunitario e quale sia lo scopo dalla medesima perseguito.

Sul piano degli interessi occorre brevemente accennare all'evoluzione dell'ordinamento comunitario, da sistema giudico originariamente nato per il soddisfacimento di relazioni soltanto squisitamente economiche, a sistema giuridico deputato alla tutela anche dei diritti fondamentali della persona. Come noto, le tre Comunità Europee della CECA, della CEE e dell'EURATOM erano state istituite al solo fine di creare un mercato unico europeo¹¹⁵, mentre nessun riconoscimento era contemplato nelle versioni originarie dei relativi Trattati Istitutivi con riguardo ai diritti della personalità, e ciò in ossequio alle preoccupazioni sul punto espresse da più Stati membri in ordine alla salvaguardia delle prerogative proprie della sovranità di ciascuno di essi, atteso che l'introduzione anche di un settore così ampio e dai confini così incerti come quello citato tra le competenze delle Istituzioni Comunitarie avrebbe potuto condurre ad una significativa e financo costante riduzione di fatto delle sovranità nazionali, al punto da comprimerla più di quanto fosse voluto e

¹¹⁵ Anche per evitare che le questioni economiche potessero essere foriere di conflitti armati, come la storia ci ha tramandato con riguardo, ad esempio, alla zona Ruhr e della Saar, spesso contesa tra Francia e Germania a causa dei ricchi giacimenti di carbone ed acciaio ivi presenti. Le Comunità Europee, quindi, dovevano assolvere alla funzione quasi di camera di compensazione per mediare e risolvere le possibili divergenze politiche degli Stati membri sul piano economico.

necessario. In seguito alle importanti pronunce della Corte di giustizia, i diritti fondamentali della persona vengono considerati giuridicamente rilevanti in quanto, essendo espressione di tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, assurgono al rango di principi generali del diritto comunitario. Quindi, il Trattato di Maastricht e il trattato di Lisbona (che ha recepito la Carta dei diritti Fondamentali dell'Unione Europea) hanno segnato le ulteriori fasi dell'iter evolutivo della questione.

Ne consegue che in caso di lesione di un diritto comunitario preposto alla tutela di interessi non patrimoniali come quelli afferenti alla persona, il risarcimento dovrebbe essere integrale, dovendo avere per oggetto tutti i pregiudizi causalmente connessi. Sul punto non si rinvencono discrasie fra l'ordinamento comunitario e quello interno, poiché la Giurisprudenza Italiana è già da tempo pervenuta a siffatta conclusione, in considerazione della circostanza che i diritti della personalità cui si dovrebbe avere riguardo secondo il diritto comunitario sono già rilevanti per il nostro ordinamento in quanto valori espressamente riconosciuti nella Costituzione, al pari di quanto è dato riscontrare anche in altri ordinamenti; ed infatti, tali diritti sono stati ritenuti rilevanti in ambito comunitario dalla Corte di Giustizia anche perché costituenti oggetto di vere e proprie tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, come è stato affermato nella sentenza Hauer del 13 dicembre 1979, nella parte ove si precisa che *“i diritti fondamentali costituiscono parte integrante dei principi generali del diritto, di cui essa garantisce l'osservanza; nel garantire la tutela di tali diritti essa è tenuta ad ispirarsi alle tradizioni costituzionali comuni agli stati membri e non potrebbe, quindi, ammettere provvedimenti incompatibili con i diritti fondamentali riconosciuti e garantiti dalle costituzioni di tali stati; i trattati internazionali in materia di tutela dei diritti dell'uomo, cui gli stati membri hanno cooperato o aderito, possono del pari fornire elementi di cui occorre tenere conto nell'ambito del diritto comunitario”*.

La problematica, allora, si potrebbe presentare non tanto in caso di lesione di un diritto della personalità conseguente all'inadempimento di un'obbligazione contrattuale, avendo la giurisprudenza italiana in tal senso provveduto in via interpretativa (sebbene con l'articolata teoria del concorso di azioni), quanto piuttosto in ordine a quegli interessi non patrimoniali non riconducibili alla categoria dei diritti della personalità e che sono rilevanti per il

diritto comunitario in quanto componenti integranti la causa del contratto destinato ad operare in un settore di rilevanza comunitaria.

Senonché, in questi casi occorrerebbe rifarsi a quanto statuito dalla Corte di Giustizia in tema di rapporti fra diritto interno e diritto comunitario, nella parte ove si precisa che le situazioni giuridiche soggettive riconosciute dal diritto comunitario devono essere tutelate secondo le normative nazionali purché nel rispetto dei principi di non discriminazione e di effettività, occorrendo, cioè, da un lato, che ai diritti comunitari non sia applicata una disciplina differente da quella prescritta per i diritti interni di analogo contenuto, e, dall'altro, che agli stessi sia garantito un regime di tutela effettivo tale da assicurare al relativo titolare la possibilità concreta di agire per far valere la propria pretesa sebbene fondata su norme di matrice comunitaria. Donde, l'interrogativo in relazione all'applicabilità dell'art.2059 c.c. o delle teorie restrittive in punto di risarcimento dei danni non patrimoniali conseguenti alla lesione di diritti comunitari.

La soluzione andrebbe ricercata, quindi, ancora una volta nei principi generali delineati dalla Corte di Giustizia con riguardo all'istituto risarcitorio, atteso che per il diritto comunitario non vi è differenza di disciplina alcuna fra danno patrimoniale e non patrimoniale, rilevando soltanto la meritevolezza dell'interesse e l'**effettività** della tutela apprestata dall'ordinamento nazionale, che, con riguardo alla tematica in esame, si identifica nella conseguente riparazione **integrale** del danno sofferto, ivi incluse le sue eventuali componenti non patrimoniali. Il che induce a ritenere possibile che il Giudice nazionale debba ricorrere ad un'interpretazione comunitariamente conforme per superare gli eventuali ostacoli frapposti dalla normativa interna alla piena risarcibilità del danno non patrimoniale. Prospettiva, questa, possibile laddove si rivaluti il dettato dell'art.1174 c.c. e non si ritenga ostativa la collocazione sistematica dell'art.2059 c.c. Tale soluzione ermeneutica, pertanto, consentirebbe il riconoscimento del risarcimento del danno non patrimoniale da inadempimento ogniqualvolta il contratto abbia per oggetto diritti di matrice comunitaria preposti alla tutela di interessi anche non patrimoniali.

Se così è, allora, si potrebbe affermare che gli indirizzi interpretativi provenienti dall'ordinamento comunitario sembrano avvalorare la tesi favorevole alla risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento,

atteso che, se nei settori di rilevanza comunitaria siffatti pregiudizi dovrebbero essere risarcibili, un'eventuale disparità di trattamento rispetto agli inadempimenti lesivi di diritti rilevanti soltanto per l'ordinamento interno potrebbe non essere più giustificabile alla stregua del principio di ragionevolezza, atteso che l'ampiezza dello strumento risarcitorio dipenderebbe esclusivamente dalla fonte, comunitaria o interna, del diritto leso.

Pertanto, condividendo siffatto indirizzo si potrebbe sostenere che i Giudici Italiani sarebbero tenuti ad interpretare le norme del Codice Civile in modo tale da rendere ammissibile il risarcimento del danno non patrimoniale da inadempimento in modo da uniformare il nostro sistema risarcitorio a quello previsto nei Paesi membri più garantisti in punto di disciplina la riguardo (in quanto non subordinanti la risarcibilità dei pregiudizi non economici ad espresse previsioni normative). E se siffatto obiettivo deve essere raggiunto la soluzione più rapida, in attesa di un'eventuale intervento legislativo, è senza dubbio quella ermeneutica che, superando il dettato dell'art.2059 c.c. e la teoria del concorso di azioni che ne applica la disciplina, rivaluta il testo dell'art.1174 c.c. nella parte ove richiama l'interesse anche non patrimoniale del creditore quale fattore giustificante la doverosità della prestazione promessa e, più in generale, l'intero rapporto obbligatorio. Ed, infatti, l'art.1174 c.c. dovrebbe essere considerato quale norma esplicativa di una regola applicabile tanto ove l'interesse non patrimoniale sia di matrice comunitaria, quanto ove lo stesso sia più semplicemente rilevante per il diritto interno.

Per cui, in conclusione, si potrebbe sostenere che, alla stregua delle considerazioni esposte, siffatta norma debba essere reinterpreta in modo da ascriverle un significato più ampio ed identificabile nella regola secondo cui: «la prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere ad un interesse anche non patrimoniale del creditore, *purché rilevante per l'ordinamento giuridico in quanto fondato sul diritto interno*¹¹⁶ o perché riconosciuto e disciplinato dal diritto comunitario», laddove il richiamo al diritto interno ed a quello comunitario vuole specificare la necessità di garantire quel processo di

¹¹⁶ La rilevanza per il diritto interno si identifica, ovviamente, nella meritevolezza degli interessi perseguiti dalla parti con la stipula del contratto, atteso che la carenza di siffatto requisito condurrebbe ad un giudizio di illiceità della causa e, conseguentemente, alla nullità del contratto ai sensi del combinato disposto degli artt.1343 e 1418 c.2 c.c.

uniformazione del primo ai principi del secondo in modo da eludere il rischio di disparità di trattamento in base alla fonte di provenienza della situazione giuridica soggettiva. Ne consegue che il criterio interpretativo al quale i Giudici nazionali dovrebbero avere riguardo è destinato ad operare in entrambi in una duplice direzione e cioè non soltanto al fine di assicurare ai diritti comunitari il medesimo grado di tutela garantito dagli ordinamenti nazionali ai diritti interni di analogo contenuto, ma anche al fine di garantire ai diritti interni quel più ampio grado di tutela eventualmente previsto per i diritti di matrice comunitaria dalle fonti del diritto comunitario.

4. La decisione delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione

La complessità della tematica riguardante il danno non patrimoniale in generale non poteva che stimolare la Corte Suprema di Cassazione ad esercitare la sua funzione nomofilattica al fine di delineare gli indirizzi ermeneutici ai quali i Giudici Italiani avrebbero dovuto uniformarsi in un settore così delicato come quello costituito dalle conseguenze giuridiche della responsabilità civile.

Ed, infatti, con le decisioni dell'11 novembre 2008 nn. 26972, 26973, 26974 e 26975, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno affrontato il problema a tutto tondo, pronunciandosi anche sulla particolare problematica rappresentata dalla risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento.

Per comprendere appieno il significato della soluzione prospettata dalla Suprema Corte con riguardo alla tematica oggetto di trattazione in questa sede, appare opportuno, però, prima soffermarsi brevemente sulle conclusioni alle quali le Sezioni Unite sono pervenute con riguardo alla risarcibilità del danno non patrimoniale in generale ed alla funzione assolta dall'art.2059 c.c. nell'ambito del sistema risarcitorio accolto nel nostro ordinamento.

Nella parte motiva delle pronunce in esame si chiarisce, anzitutto, che il danno non patrimoniale è una categoria unitaria disciplinata dall'art.2059 c.c. e non suscettibile di sottoclassificazioni se non per finalità meramente descrittive, atteso che il danno morale, il danno biologico e quello c.d. esistenziale non avrebbero caratteristiche loro peculiari tali da giustificare la soggezione a discipline distinte ed a criteri differenti per la loro risarcibilità.

La Corte, quindi, si occupa dell'interpretazione dell'art.2059 c.c. e delle sue modalità concrete di applicazione all'unitaria categoria del danno non

patrimoniale, specificando che la norma in esame non contemplerebbe una fattispecie di illecito civile autonoma, presupponendo, invece, gli stessi elementi costitutivi richiamati dall'art.2043 c.c., primo fra tutti quello della “*ingiustizia del danno*”. Conseguentemente, secondo il sistema bipolare concepito dalle S.U. del 2003 con le decisioni gemelle nn. 8827 e 8828, mentre la responsabilità per danni patrimoniali sarebbe contraddistinta dall'atipicità, in virtù della clausola generale del “danno ingiusto” richiamata dall'art.2043 c.c., quella per i danni non patrimoniali sarebbe soggetta al principio di tipicità, richiedendo l'art.2059 c.c. una specifica previsione normativa¹¹⁷. Sennonché la tipicità di cui alla norma da ultimo citata, nella lettura costituzionalmente orientata delineata dalle S.U. del 2003, non sarebbe rapportata propriamente ai c.d. danni-conseguenza, bensì al c.d. danno-evento, ed ossia agli interessi dalla cui lesione promanano i danni. Per cui, se per i danni patrimoniali l'individuazione degli interessi meritevoli di tutela dalla cui lesione deriva l'ingiustizia del danno è sempre rimessa al Giudice, secondo quanto chiarito dalle S.U. n°500/1999, per i danni non patrimoniali, invece, la selezione degli interessi dalla cui lesione consegue il danno ingiusto avviene a livello normativo, con riguardo agli specifici casi determinati dalla legge, o in via di interpretazione da parte del Giudice, laddove in assenza di un'espressa previsione normativa, egli sia chiamato ad individuare la sussistenza, alla stregua della Costituzione, di uno specifico diritto inviolabile della persona necessariamente presidiato dalla minima tutela risarcitoria. In sintesi, le Sezioni Unite¹¹⁸ chiariscono come debba essere interpretato l'art.

¹¹⁷ Cass. Sez. Unite, n. 26972, del 11/11/2008: “[...]La rilettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., come norma deputata alla tutela risarcitoria del danno non patrimoniale inteso nella sua più ampia accezione, riporta il sistema della responsabilità aquiliana nell'ambito della bipolarità prevista dal vigente codice civile tra danno patrimoniale (art.2043 c.c.) e danno non patrimoniale (art.2059 c.c.) (sent. n.8827/2003; n.15027/2005; n.23918/2006). Sul piano della struttura dell'illecito, articolata negli elementi costituiti dalla condotta, dal nesso causale tra questa e l'evento dannoso, e dal danno che da quello consegue (danno-conseguenza), le due ipotesi risarcitorie si differenziano in punto di evento dannoso, e cioè di lesione dell'interesse protetto. Sotto tale aspetto, il risarcimento del danno patrimoniale da fatto illecito è connotato da atipicità, postulando l'ingiustizia del danno di cui all'art.2043 c.c., la lesione di qualsiasi interesse giuridicamente rilevante (sent. 500/1999), mentre quello del danno non patrimoniale è connotato da tipicità, perché tale danno è risarcibile solo nei casi determinati dalla legge e nei casi in cui sia cagionato da un evento di danno consistente nella lesione di specifici diritti inviolabili della persona (sent. n.15027/2005; n. 23918/2006)”.

¹¹⁸ Cass. Sez. Unite, n. 26972, del 11/11/2008: **“Il danno non patrimoniale è risarcibile nei soli casi "previsti dalla legge", e cioè, secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 cod. civ.: (a) quando il fatto illecito sia astrattamente configurabile come reato; in tal caso la vittima avrà diritto al risarcimento del danno non patrimoniale scaturente dalla lesione di qualsiasi interesse della persona tutelato dall'ordinamento, ancorché privo di rilevanza costituzionale; (b) quando ricorra una delle fattispecie in cui la legge espressamente consente il ristoro del danno non patrimoniale anche al di fuori di una**

2059 c.c. specificando che il danno non patrimoniale, secondo l'interpretazione costituzionalmente orientata del 2003, è risarcibile in tre ipotesi: a) quando il fatto illecito sia astrattamente configurabile come reato, potendo la vittima in tal caso domandare il risarcimento dei danni non patrimoniali conseguenti alla lesione di qualsiasi interesse della personalità rilevante per l'ordinamento anche quando non si tratti di un diritto di rango costituzionale¹¹⁹; b) quando, al di fuori delle ipotesi di illecito costituente reato, il risarcimento del danno non patrimoniale sia espressamente previsto dalla legge, ricorrendo una delle ipotesi tipiche previste a tutela di uno specifico interesse della personalità, in tale caso potendo il danneggiato ottenere il ristoro soltanto di quei pregiudizi non economici derivanti dalla lesione di quello specifico interesse della persona al quale il legislatore ha inteso avere riguardo¹²⁰; c) quando vi sia stata violazione

ipotesi di reato (ad es., nel caso di illecito trattamento dei dati personali o di violazione delle norme che vietano la discriminazione razziale); in tal caso la vittima avrà diritto al risarcimento del danno non patrimoniale scaturente dalla lesione dei soli interessi della persona che il legislatore ha inteso tutelare attraverso la norma attributiva del diritto al risarcimento (quali, rispettivamente, quello alla riservatezza od a non subire discriminazioni); (c) quando il fatto illecito abbia violato in modo grave diritti inviolabili della persona, come tali oggetto di tutela costituzionale; in tal caso la vittima avrà diritto al risarcimento del danno non patrimoniale scaturente dalla lesione di tali interessi, che, al contrario delle prime due ipotesi, non sono individuati "ex ante" dalla legge, ma dovranno essere selezionati caso per caso dal giudice".

¹¹⁹ Cass. Sez. Unite, n. 26972, del 11/11/2008: "[...]La limitazione alla tradizionale figura del c.d. danno morale soggettivo transeunte va definitivamente superata. La figura, recepita per lungo tempo dalla pratica giurisprudenziale, aveva fondamento normativo assai dubbio, poiché ne' l'art. 2059 c.c., ne' l'art. 185 c.p., parlano di danno morale, e tantomeno lo dicono rilevante solo se sia transitorio, ed era carente anche sul piano della adeguatezza della tutela, poiché la sofferenza morale cagionata dal reato non è necessariamente transeunte, ben potendo l'effetto penoso protrarsi anche per lungo tempo (lo riconosceva quella giurisprudenza che, nel caso di morte del soggetto danneggiato nel corso del processo, commisurava il risarcimento sia del danno biologico che di quello morale, postulandone la permanenza, al tempo di vita effettiva: n. 19057/2003; n. 3806/2004; n. 21683/2005). Va conseguentemente affermato che, nell'ambito della categoria generale del danno non patrimoniale, la formula "danno morale" non individua una autonoma sottocategoria di danno, ma descrive, tra i vari possibili pregiudizi non patrimoniali, un tipo di pregiudizio, costituito dalla sofferenza soggettiva cagionata dal reato in sé considerata. Sofferenza la cui intensità e durata nel tempo non assumono rilevanza ai fini della esistenza del danno, ma solo della quantificazione del risarcimento. In ragione della ampia accezione del danno non patrimoniale, in presenza del reato è risarcibile non soltanto il danno non patrimoniale conseguente alla lesione di diritti costituzionalmente inviolabili (come avverrà, nel caso del reato di lesioni colpose, ove si configuri danno biologico per la vittima, o nel caso di uccisione o lesione grave di congiunto, determinante la perdita o la compromissione del rapporto parentale), ma anche quello conseguente alla lesione di interessi inerenti la persona non presidiati da siffatti diritti, ma meritevoli di tutela in base all'ordinamento (secondo il criterio dell'ingiustizia ex art. 2043 c.c.), poiché la tipicità, in questo caso, non è determinata soltanto dal rango dell'interesse protetto, ma in ragione della scelta del legislatore di dire risarcibili i danni non patrimoniali cagionati da reato. Scelta che comunque implica la considerazione della rilevanza dell'interesse leso, desumibile dalla predisposizione della tutela penale".

¹²⁰ Cass. Sez. Unite, n. 26972, del 11/11/2008: "2.11. Negli altri casi determinati dalla legge la selezione degli interessi è già compiuta dal legislatore. Va notato che, nei casi previsti da leggi vigenti richiamati in precedenza, il risarcimento è collegato alla lesione di diritti inviolabili della

grave di diritti fondamentali della persona che, in quanto tali, godono di tutela costituzionale, in tal caso l'ingiustizia del danno promanando dalla lesione di interessi non preventivamente individuati dal legislatore (come nei due casi precedenti), bensì selezionati ed individuati dal Giudice di volta in volta¹²¹.

Con riguardo a quest'ultima ipotesi, poi, le Sezioni Unite¹²² precisano che la risarcibilità dei danni non patrimoniali è subordinata a tre requisiti: ed, esattamente, c') che l'interesse leso abbia rilevanza costituzionale¹²³; c²) che la

persona: alla libertà personale, alla riservatezza, a non subire discriminazioni. Non può tuttavia ritenersi precluso al legislatore ampliare il catalogo dei casi determinati dalla legge ordinaria prevedendo la tutela risarcitoria non patrimoniale anche in relazione ad interessi inerenti la persona non aventi il rango costituzionale di diritti inviolabili, privilegiandone taluno rispetto agli altri (Corte Cost. n. 87/1979). Situazione che non ricorre in relazione ai diritti predicati dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, ratificata con la L. n. 88 del 1955, quale risulta dai vari Protocolli susseguiti, ai quali non spetta il rango di diritti costituzionalmente protetti, poiché la Convenzione, pur essendo dotata di una natura che la distingue dagli obblighi nascenti da altri Trattati internazionali, non assume, in forza dell'art. 11 Cost., il rango di fonte costituzionale, ne' può essere parificata, a tali fini, all'efficacia del diritto comunitario nell'ordinamento interno (Corte Cost. n. 348/2007)".

¹²¹ Cass. Sez. Unite, n. 26972, del 11/11/2008: "2.12. Fuori dai casi determinati dalla legge è data tutela risarcitoria al danno non patrimoniale solo se sia accertata la lesione di un diritto inviolabile della persona: deve sussistere una ingiustizia costituzionalmente qualificata.

2.13. In tali ipotesi non emergono, nell'ambito della categoria generale "danno non patrimoniale", distinte sottocategorie, ma si concretizzano soltanto specifici casi determinati dalla legge, al massimo livello costituito dalla Costituzione, di riparazione del danno non patrimoniale.

2.14. Il catalogo dei casi in tal modo determinati non costituisce numero chiuso.

La tutela non è ristretta ai casi di diritti inviolabili della persona espressamente riconosciuti dalla Costituzione nel presente momento storico, ma, in virtù dell'apertura dell'art. 2 Cost., ad un processo evolutivo, deve ritenersi consentito all'interprete rinvenire nel complessivo sistema costituzionale indici che siano idonei a valutare se nuovi interessi emersi nella realtà sociale siano, non genericamente rilevanti per l'ordinamento, ma di rango costituzionale attenendo a posizioni inviolabili della persona umana".

¹²² Cass. Sez. Unite, n. 26972, del 11/11/2008: **"Il danno non patrimoniale derivante dalla lesione di diritti inviolabili della persona, come tali costituzionalmente garantiti, è risarcibile - sulla base di una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 cod. civ. - anche quando non sussiste un fatto-reato, né ricorre alcuna delle altre ipotesi in cui la legge consente espressamente il ristoro dei pregiudizi non patrimoniali, a tre condizioni: (a) che l'interesse leso - e non il pregiudizio sofferto - abbia rilevanza costituzionale (altrimenti si porrebbe ad una abrogazione per via interpretativa dell'art. 2059 cod. civ., giacché qualsiasi danno non patrimoniale, per il fatto stesso di essere tale, e cioè di toccare interessi della persona, sarebbe sempre risarcibile); (b) che la lesione dell'interesse sia grave, nel senso che l'offesa superi una soglia minima di tollerabilità (in quanto il dovere di solidarietà, di cui all'art. 2 Cost., impone a ciascuno di tollerare le minime intrusioni nella propria sfera personale inevitabilmente scaturenti dalla convivenza); (c) che il danno non sia futile, vale a dire che non consista in meri disagi o fastidi, ovvero nella lesione di diritti del tutto immaginari, come quello alla qualità della vita od alla felicità"**.

¹²³ Cass. Sez. Unite, n. 26972, del 11/11/2008: "3.5. Il pregiudizio di tipo esistenziale, per quanto si è detto, è quindi risarcibile solo entro il limite segnato dalla ingiustizia costituzionalmente qualificata dell'evento di danno. Se non si riscontra lesione di diritti costituzionalmente inviolabili della persona non è data tutela risarcitoria.

Per superare tale limitazione, è stata prospettata la tesi secondo cui la rilevanza costituzionale non deve attenersi all'interesse leso, bensì al pregiudizio sofferto. Si sostiene che, incidendo il pregiudizio di tipo esistenziale, consistente nell'alterazione del fare non reddituale, sulla sfera

lesione di siffatto interesse sia grave, ossia tale da superare quella soglia minima di tollerabilità desumibile dai doveri di solidarietà promananti dall'art.2 Cost.¹²⁴; c³) che il danno non sia futile, ossia, non consista in meri disagi e fastidi¹²⁵.

della persona, per ciò soltanto ad esso va riconosciuta rilevanza costituzionale, senza necessità di indagare la natura dell'interesse leso e la consistenza della sua tutela costituzionale.

La tesi pretende di vagliare la rilevanza costituzionale con riferimento al tipo di pregiudizio, cioè al danno-conseguenza, e non al diritto leso, cioè all'evento dannoso, in tal modo confonde il piano del pregiudizio da riparare con quello dell'ingiustizia da dimostrare, e va disattesa.

Essa si risolve sostanzialmente nell'abrogazione surrettizia dell'art. 2059 c.c., nella sua lettura costituzionalmente orientata, perché cancella la persistente limitazione della tutela risarcitoria (al di fuori dei casi determinati dalla legge) ai casi in cui il danno non patrimoniale sia conseguenza della lesione di un diritto inviolabile della persona, e cioè in presenza di ingiustizia costituzionalmente qualificata dell'evento dannoso. 3.6. Ulteriore tentativo di superamento dei limiti segnati dalla lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., è incentrato sull'assunto secondo cui il danno esistenziale non si identifica con la lesione di un bene costituzionalmente protetto, ma può scaturire dalla lesione di qualsiasi bene giuridicamente rilevante.

La tesi è inaccettabile, in quanto si risolve nel ricondurre il preteso danno sotto la disciplina dell'art. 2043 c.c., dove il risarcimento è dato purché sia leso un interesse genericamente rilevante per l'ordinamento, contraddicendo l'affermato principio della tipicità del danno non patrimoniale.

E non è prospettabile illegittimità costituzionale dell'art. 2059 c.c., come rinvigorito da questa Corte con le sentenze gemelle del 2003, in quanto non ammette a risarcimento, al di fuori dei casi previsti dalla legge (reato ed ipotesi tipiche), i pregiudizi non patrimoniali conseguenti alla lesione non di diritti inviolabili, ma di interessi genericamente rilevanti, poiché la tutela risarcitoria minima ed insopprimibile vale soltanto per la lesione dei diritti inviolabili (Corte Cost. n. 87/1979)".

¹²⁴ Cass. Sez. **Unite**, n. 26972, del **11/11/2008**: "3.11. La gravità dell'offesa costituisce requisito ulteriore per l'ammissione a risarcimento dei danni non patrimoniali alla persona conseguenti alla lesione di diritti costituzionali inviolabili. Il diritto deve essere inciso oltre una certa soglia minima, cagionando un pregiudizio serio. La lesione deve eccedere una certa soglia di offensività, rendendo il pregiudizio tanto serio da essere meritevole di tutela in un sistema che impone un grado minimo di tolleranza.

Il filtro della gravità della lesione e della serietà del danno attua il bilanciamento tra il principio di solidarietà verso la vittima, e quello di tolleranza, con la conseguenza che il risarcimento del danno non patrimoniale è dovuto solo nel caso in cui sia superato il livello di tollerabilità ed il pregiudizio non sia futile. Pregiudizi connotati da futilità ogni persona inserita nel complesso contesto sociale li deve accettare in virtù del dovere della tolleranza che la convivenza impone (art. 2 Cost.). Entrambi i requisiti devono essere accertati dal giudice secondo il parametro costituito dalla coscienza sociale in un determinato momento storico (criterio sovente utilizzato in materia di lavoro, sent. n. 17208/2002; n. 9266/2005, o disciplinare, S.U. n. 16265/2002)".

¹²⁵ Cass. Sez. **Unite**, n. 26972, del **11/11/2008**: "3.10. Il risarcimento di pretesi danni esistenziali è stato frequentemente richiesto ai giudici di pace ed ha dato luogo alla proliferazione delle c.d. liti bagatellari.

Con tale formula si individuano le cause risarcitorie in cui il danno consequenziale è futile o irrisorio, ovvero, pur essendo oggettivamente serio, è tuttavia, secondo la coscienza sociale, insignificante o irrilevante per il livello raggiunto. In entrambi i casi deve sussistere la lesione dell'interesse in termini di ingiustizia costituzionalmente qualificata, restando diversamente esclusa in radice (al di fuori dei casi previsti dalla legge) l'invocabilità dell'art. 2059 c.c.

La differenza tra i due casi è data dal fatto che nel primo, nell'ambito dell'area del danno-conseguenza del quale è richiesto il ristoro è allegato un pregiudizio esistenziale futile, non serio (non poter più urlare allo stadio, fumare o bere alcolici), mentre nel secondo è l'offesa arrecata che è priva di gravità, per non essere stato inciso il diritto oltre una soglia minima: come avviene nel caso del graffio superficiale dell'epidermide, del mal di testa per una sola mattinata conseguente ai fumi emessi da una fabbrica, dal disagio di poche ore cagionato dall'impossibilità di uscire di casa per l'esecuzione di lavori stradali di pari durata (in

Quest'ultima considerazione è di particolare importanza poiché preordinata ad escludere rilevanza giuridica ai c.d. danni "bagatellari", maturati, soprattutto, nelle pronunce dei Giudici di Pace ai quali le decisioni in esame rivolgono un preciso monito nella parte precisano che le statuizioni espresse con riguardo all'art.2059 c.c., costituendo veri e propri principi informativi della materia (ex art.339 c.3 c.p.c.), dovranno essere osservati anche nelle decisioni secondo equità adottate nelle cause aventi valore non superiore ad € 1.100,00 (art.113 c.2 c.p.c.)¹²⁶.

Quindi, dopo aver ribadito che il danno non patrimoniale costituisce una categoria unitaria non suscettibile di suddivisione in sottocategorie, le Sezioni Unite escludono che si possa ascrivere rilevanza autonoma al c.d. danno esistenziale poiché, così come concepita da coloro i quali ne sostengono la dignità di pregiudizio autonomo, siffatta tipologia di danno supererebbe il principio di tipicità propria dei danni non patrimoniali ed implicherebbe la conseguente abrogazione implicita in via interpretativa dell'art.2059 c.c., in quanto, ascrivendo rilievo soltanto all'incidenza del danno non patrimoniale sulla sfera personale e non alla circostanza che il danno sia conseguenza della lesione di un interesse riconducibile alla sfera dei diritti della personalità, si configurerebbe quale pregiudizio non suscettibile di valutazione economica sempre risarcibile, atteso che ogni danno non patrimoniale incide sempre sulla sfera a-reddituale della persona¹²⁷.

quest'ultimo caso non è lesa un diritto inviolabile, non spettando tale rango al diritto alla libera circolazione di cui all'art. 16 Cost., che può essere limitato per varie ragioni)".

¹²⁶ Cass. Sez. **Unite**, n. 26972, del **11/11/2008**: "3.12. I limiti fissati dall'art. 2059 c.c., non possono essere ignorati dal giudice di pace nelle cause di valore non superiore ad euro millecento, in cui decide secondo equità. La norma, nella lettura costituzionalmente orientata accolta da queste Sezioni unite, in quanto pone le regole generali della tutela risarcitoria non patrimoniale, costituisce principio informatore della materia in tema di risarcimento del danno non patrimoniale, che il giudice di pace, nelle questioni da decidere secondo equità, deve osservare (Corte Cost. n. 206/2004)".

¹²⁷ Cass. Sez. **Unite**, n. 26972, del **11/11/2008**: "3.13. In conclusione, deve ribadirsi che il danno non patrimoniale è categoria generale non suscettiva di suddivisione in sottocategorie variamente etichettate. In particolare, non può farsi riferimento ad una generica sottocategoria denominata "danno esistenziale", perché attraverso questa si finisce per portare anche il danno non patrimoniale nell'atipicità, sia pure attraverso l'individuazione della apparente tipica figura categoriale del danno esistenziale, in cui tuttavia confluiscono fattispecie non necessariamente previste dalla norma ai fini della risarcibilità di tale tipo di danno, mentre tale situazione non è voluta dal legislatore ordinario né è necessitata dall'interpretazione costituzionale dell'art. 2059 c.c., che rimane soddisfatta dalla tutela risarcitoria di specifici valori della persona presidiati da diritti inviolabili secondo Costituzione (principi enunciati dalle sentenze n. 15022/2005, n. 11761/2006, n. 23918/2006, che queste Sezioni unite fanno propri).

3.14. Le considerazioni svolte valgono a dare risposta negativa a tutti i quesiti, in quanto postulanti la sussistenza della autonoma categoria del danno esistenziale".

Concluso l'esame sull'interpretazione dell'art.2059 c.c. e sul danno non patrimoniale in generale, le Sezioni Unite si concentrano sulla tematica inerente ai rapporti tra pregiudizi non suscettibili di valutazione economica ed inadempimento, ripercorrendo l'evoluzione del pensiero giurisprudenziale sul punto degli ultimi anni e dalle difficoltà interpretative conseguenti alla mancanza di una norma che disciplini la risarcibilità dei danni non patrimoniali in ambito contrattuale al pari di quanto è previsto per i fatti illeciti¹²⁸. Si richiama, in particolare, l'espedito costituito dalla teoria del concorso di azioni, senza celare, da un lato, le critiche ed i dubbi che la medesima destava in ordine al suo fondamento dogmatico, e, dall'altro, la sua limitata portata applicativa ai soli inadempimenti costituenti anche violazione del principio del *neminem laedere*, atteso che in queste ipotesi si finiva per applicare l'art.2059 c.c. sulla base della qualificazione anche extracontrattuale del fatto lesivo, senza, quindi, affrontare e risolvere in modo alcuno il problema dell'ammissibilità del risarcimento del danno non patrimoniale da inadempimento¹²⁹.

Le Sezioni Unite, quindi, affermano il primo principio sul punto, ammettendo la risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento sulla base della sola disciplina di cui agli artt.1218 e ss. c.c., senza, quindi, bisogno alcuno di ricorrere alla teoria del concorso di azioni, ogniquale volta la mancata o inesatta esecuzione della prestazione dovuta dal debitore abbia leso un diritto inviolabile della persona del creditore, a siffatto esito pervenendosi sulla base della necessariamente assoluta tutela che l'ordinamento deve garantire ai diritti della personalità. Ed, infatti, la Suprema Corte precisa che, in forza

¹²⁸ Cass. Sez. **Unite**, n. 26972, del **11/11/2008**: “4. Il danno non patrimoniale conseguente all'inadempimento delle obbligazioni, secondo l'opinione prevalente in dottrina ed in giurisprudenza, non era ritenuto risarcibile.

L'ostacolo era ravvisato nella mancanza, nella disciplina della responsabilità contrattuale, di una norma analoga all'art. 2059 c.c., dettato in materia di fatti illeciti”.

¹²⁹ Cass. Sez. **Unite**, n. 26972, del **11/11/2008**: “[...]Per aggirare l'ostacolo, nel caso in cui oltre all'inadempimento fosse configurabile lesione del principio del *neminem laedere*, la giurisprudenza aveva elaborato la teoria del cumulo delle azioni, contrattuale ed extracontrattuale (sent. n. 2975/1968, seguita dalla n. 8656/1996, nel caso del trasportato che abbia subito lesioni nell'esecuzione del contratto di trasporto; sent. n. 8331/2001, in materia di tutela del lavoratore).

A parte il suo dubbio fondamento dogmatico (contestato in dottrina), la tesi non risolveva la questione del risarcimento del danno non patrimoniale in senso lato, poiché lo riconduceva, in relazione all'azione extracontrattuale, entro i ristretti limiti dell'art. 2059 c.c., in collegamento con l'art. 185 c.p., sicché il risarcimento era condizionato alla qualificazione del fatto illecito come reato ed era comunque ristretto al solo danno morale soggettivo. Dalle strettoie dell'art. 2059 c.c., si sottraeva il danno biologico, azionato in sede di responsabilità aquiliana, grazie al suo inserimento nell'art. 2043 c.c. (Corte Cost. n. 184/1986)”.

dell'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art.2059 c.c., ai diritti inviolabili della persona è indispensabile riconoscere, a pena di illegittimità costituzionale, almeno quel minimo grado di tutela costituito dall'ammissibilità del ricorso allo strumento del risarcimento, senza che limitazione alcuna possa discendere dalla qualificazione giuridica del fatto lesivo. Per cui, tanto se derivante da un illecito extracontrattuale, quanto se conseguenza di un inadempimento di un'obbligazione, la lesione di un diritto inviolabile della persona deve sempre essere risarcibile¹³⁰.

Le Sezioni Unite, peraltro, giungono a siffatta conclusione – superando i dubbi che fino ad allora erano stati sollevati in dottrina ed in giurisprudenza sul punto – affermando l'idoneità in astratto del contratto a tutelare anche interessi non patrimoniali, a siffatto esito pervenendosi sulla base della considerazione dell'art.1174 c.c. quale fondamento normativo della tesi in esame nella parte ove richiama l'interesse anche non patrimoniale del creditore a giustificazione della obbligatorietà della prestazione promessa dal debitore¹³¹.

Quanto alla rilevanza degli interessi non patrimoniali in ambito contrattuale, la Suprema Corte precisa che il Giudice dovrà effettuare una valutazione, caso per caso, con riguardo alla causa del contratto intesa, però, nella sua accezione concreta, quale sintesi degli interessi perseguiti dai contraenti, secondo quanto ormai sancito anche dalla Giurisprudenza della stessa Corte di Cassazione nella nota pronuncia n°10490/2006 con la quale si è preferita alla concezione astratta di causa, sino ad allora imperante nel nostro ordinamento, quella in concreto¹³².

¹³⁰ Cass. Sez. **Unite**, n. 26972, del **11/11/2008**: “4.1. L'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., consente ora di affermare che anche nella materia della responsabilità contrattuale è dato il risarcimento dei danni non patrimoniali. Dal principio del necessario riconoscimento, per i diritti inviolabili della persona, della minima tutela costituita dal risarcimento, consegue che la lesione dei diritti inviolabili della persona che abbia determinato un danno non patrimoniale comporta l'obbligo di risarcire tale danno, quale che sia la fonte della responsabilità, contrattuale o extracontrattuale. Se l'inadempimento dell'obbligazione determina, oltre alla violazione degli obblighi di rilevanza economica assunti con il contratto, anche la lesione di un diritto inviolabile della persona del creditore, la tutela risarcitoria del danno non patrimoniale potrà essere versata nell'azione di responsabilità contrattuale, senza ricorrere all'espedito del cumulo di azioni”.

¹³¹ Cass. Sez. **Unite**, n. 26972, del **11/11/2008**: “4.2. Che interessi di natura non patrimoniale possano assumere rilevanza nell'ambito delle obbligazioni contrattuali, è confermato dalla previsione dell'art. 1174 c.c., secondo cui la prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere ad un interesse, anche non patrimoniale, del creditore”.

¹³² Cass. Sez. **Unite**, n. 26972, del **11/11/2008**: “[...]L'individuazione, in relazione alla specifica ipotesi contrattuale, degli interessi compresi nell'area del contratto che, oltre a quelli a contenuto patrimoniale, presentino carattere non patrimoniale, va condotta accertando la causa concreta

Le Sezioni Unite, quindi, passano in rassegna i settori ove il contratto può essere preposto alla tutela di interessi non patrimoniali, annoverando in primo luogo l'ampia categoria dei c.d. *contratti di protezione*, ossia dei contratti dai quali promanano obblighi di protezione, nell'ambito della quale rientrano certamente i contratti che si concludono nel settore sanitario¹³³, nonché quelli intercorrenti tra allievo ed istituto scolastico¹³⁴, ed richiamando in secondo luogo i contratti per i quali la rilevanza dell'interesse non patrimoniale è già sancita dalla legge¹³⁵, come è dato riscontrare in quello di lavoro subordinato¹³⁶,

del negozio, da intendersi come sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare, al di là del modello, anche tipico, adoperato; sintesi, e dunque ragione concreta, della dinamica contrattuale (come condivisibilmente affermato dalla sentenza n. 10490/2006)".

¹³³ Cass. Sez. **Unite**, n. 26972, del 11/11/2008: "4.3. Vengono in considerazione, anzitutto, i c.d. contratti di protezione, quali sono quelli che si concludono nel settore sanitario. In questi gli interessi da realizzare attengono alla sfera della salute in senso ampio, di guisa che l'inadempimento del debitore è suscettivo di ledere diritti inviolabili della persona cagionando pregiudizi non patrimoniali.

In tal senso si esprime una cospicua giurisprudenza di questa Corte, che ha avuto modo di inquadrare nell'ambito della responsabilità contrattuale la responsabilità del medico e della struttura sanitaria (sent. n. 589/1999 e successive conformi, che, quanto alla struttura, hanno applicato il principio della responsabilità da contatto sociale qualificato), e di riconoscere tutela, oltre al paziente, a soggetti terzi, ai quali si estendono gli effetti protettivi del contratto, e quindi, oltre alla gestante, al nascituro, subordinatamente alla nascita (sent. n. 11503/1003; n. 5881/2000); ed al padre, nel caso di omessa diagnosi di malformazioni del feto e conseguente nascita indesiderata (sent. n. 6735/2002; n. 14488/2004; n. 20320/2005).

I suindicati soggetti, a seconda dei casi, avevano subito la lesione del diritto inviolabile alla salute (art. 32 Cost., comma 1), sotto il profilo del danno biologico sia fisico che psichico (sent. n. 1511/2007); del diritto inviolabile all'autodeterminazione (art. 32 Cost., comma 2, e art. 13 Cost.), come nel caso della gestante che, per errore diagnostico, non era stata posta in condizione di decidere se interrompere la gravidanza (sent. n. 6735/2002 e conformi citate), e nei casi di violazione dell'obbligo del consenso informato (sent. n. 544/2006); dei diritti propri della famiglia (artt. 2, 29 e 30 Cost.), come nel caso di cui alle sentenze n. 6735/2002 e conformi citate".

¹³⁴ Cass. Sez. **Unite**, n. 26972, del 11/11/2008: "4.4. Costituisce contratto di protezione anche quello che intercorre tra l'allievo e l'istituto scolastico. In esso, che trova la sua fonte nel contatto sociale (S.U. n. 9346/2002; sent. n. 8067/2007), tra gli interessi non patrimoniali da realizzare rientra quello alla integrità fisica dell'allievo, con conseguente risarcibilità del danno non patrimoniale da autolesione (sentenze citate)".

¹³⁵ Cass. Sez. **Unite**, n. 26972, del 11/11/2008: "4.5. L'esigenza di accertare se, in concreto, il contratto tenda alla realizzazione anche di interessi non patrimoniali, eventualmente presidiati da diritti inviolabili della persona, viene meno nel caso in cui l'inserimento di interessi siffatti nel rapporto sia opera della legge".

¹³⁶ Cass. Sez. **Unite**, n. 26972, del 11/11/2008: "[...]È questo il caso del contratto di lavoro. L'art. 2087 c.c. ("L'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro"), inserendo nell'area del rapporto di lavoro interessi non suscettivi di valutazione economica (l'integrità fisica e la personalità morale) già implicava che, nel caso in cui l'inadempimento avesse provocato la loro lesione, era dovuto il risarcimento del danno non patrimoniale. Il presidio dei detti interessi della persona ad opera della Costituzione, che li ha elevati a diritti inviolabili, ha poi rinforzato la tutela. Con la conseguenza che la loro lesione è suscettiva di dare luogo al risarcimento dei danni conseguenza, sotto il profilo della lesione dell'integrità psicofisica (art. 32 Cost.) secondo le modalità del danno biologico, o della lesione della dignità personale del lavoratore (artt. 2, 4, 32 Cost.), come avviene nel caso dei pregiudizi alla professionalità da dequalificazione, che si risolvono nella compromissione delle aspettative di sviluppo della personalità del lavoratore che

ove il riferimento normativo è costituito dall'art.2087 c.c., ed in quello di trasporto di persone, ove la responsabilità del vettore per i danni fisici subiti dalla persona del viaggiatore è esplicitamente sancita dall'art.1681 c.c.¹³⁷.

Quanto, poi, alla disciplina, le Sezioni Unite ritengono si debba applicare quella propria della responsabilità contrattuale e che le norme di cui agli artt.1218 e ss. c.c. debbano essere interpretati in senso costituzionalmente orientato, di guisa che alle nozioni di danno e di perdita ivi richiamate si possa ascrivere un significato onnicomprensivo, tale da includere anche il danno non patrimoniale ogniqualvolta l'inadempimento abbia leso un diritto inviolabile del creditore¹³⁸.

In particolare, la Suprema Corte chiarisce che l'art.1223 c.c. non può essere concepito come riferito soltanto ai danni patrimoniali, giacchè nella parte ove richiama le nozioni di danno emergente e lucro cessante deve essere inteso come espressione di una regola applicabile anche ai danni non patrimoniali, essendo anche in relazione a quest'ultimi configurabili perdite (secche) e mancate utilità, in tal senso mostrando la Cassazione di accedere ad una concezione di patrimonio ampia, ed ossia non più soltanto di tipo economico, ma anche di tipo giuridico, ed ossia comprendente anche le utilità proprie della c.d. sfera a-reddituale della persona¹³⁹.

si svolge nella formazione sociale costituita dall'impresa. Nell'ipotesi da ultimo considerata si parla, nella giurisprudenza di questa Corte (sent. n. 6572/2006), di danno esistenziale. Definizione che ha valenza prevalentemente nominalistica, poiché i danni-conseguenza non patrimoniali che vengono in considerazione altro non sono che pregiudizi attinenti alla svolgimento della vita professionale del lavoratore, e quindi danni di tipo esistenziale, ammessi a risarcimento in virtù della lesione, in ambito di responsabilità contrattuale, di diritti inviolabili e quindi di *ingiustizia costituzionalmente qualificata*".

¹³⁷ Cass. Sez. **Unite**, n. 26972, del 11/11/2008: "4.6. Quanto al contratto di trasporto, la tutela dell'integrità fisica del trasportato è compresa tra le obbligazioni del vettore, che risponde dei sinistri che colpiscono la persona del viaggiatore durante il viaggio (art. 1681 c.c.). Il vettore è quindi obbligato a risarcire a titolo di responsabilità contrattuale il danno biologico riportato nel sinistro dal viaggiatore. Ove ricorra ipotesi di inadempimento-reato (lesioni colpose), varranno i principi enunciati con riferimento all'ipotesi del danno non patrimoniale da reato, anche in relazione all'ipotesi dell'illecito plurioffensivo, e sarà dato il risarcimento del danno non patrimoniale nella sua ampia accezione".

¹³⁸ Cass. Sez. **Unite**, n. 26972, del 11/11/2008: "4.7. Nell'ambito della responsabilità contrattuale il risarcimento sarà regolato dalle norme dettate in materia, da leggere in senso costituzionalmente orientato. L'art. 1218 c.c., nella parte in cui dispone che il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, non può quindi essere riferito al solo danno patrimoniale, ma deve ritenersi comprensivo del danno non patrimoniale, qualora l'inadempimento abbia determinato lesione di diritti inviolabili della persona. [...]Varranno le specifiche regole del settore circa l'onere della prova (come precisati da Sez. Un. n. 13533/2001), e la prescrizione".

¹³⁹ Cass. Sez. **Unite**, n. 26972, del 11/11/2008: "[...]Ed eguale più ampio contenuto va individuato nell'art. 1223 c.c., secondo cui il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in

Peraltro, le Sezioni Unite ritengono applicabile anche ai danni non patrimoniali da inadempimento la disciplina di cui all'art.1225 c.c., mostrando così di voler uniformare in toto la risarcibilità dei pregiudizi in esame alle regole che governano quella dei danni propriamente patrimoniali da mancata o inesatta esecuzione degli obblighi contrattuali¹⁴⁰.

Infine, un'ultima considerazione è dedicata dalla Corte all'art.1229 c.2 c.c., in quanto si precisa che dal rango costituzionale dei diritti inviolabili della persona, a fronte dei quali l'inadempimento può legittimare la pretesa risarcitoria dei danni non patrimoniali, discende sempre la nullità dei patti di esonero o limitazione della responsabilità¹⁴¹. Ed invero la Corte ha inteso, nel relativo passaggio della motivazione, specificare quale significato sarebbe da ascrivere alla norma in esame se interpretata in senso costituzionalmente orientato, come si deve, precisando che l'obbligazione preposta alla tutela di un diritto fondamentale della persona è da considerare quale obbligo derivante da norme di ordine pubblico, dovendosi considerare tali le disposizioni costituzionali contemplanti il riconoscimento dei diritti richiamati. Ne consegue che ogniqualvolta il contratto sia preposto alla tutela dei diritti inviolabili della persona sono, *ipso iure*, nulli i patti preventivi di esonero o di limitazione della responsabilità.

La Cassazione, quindi, conclude precisando che il risarcimento dei danni conseguenti alla lesione dei diritti fondamentali della persona deve sempre essere integrale, senza mai eccedere la misura del dovuto¹⁴², poiché, diversamente, si preverrebbe all'inaccettabile prospettiva di risarcimenti fondati su duplicazioni di danni, nonché, in ultima analisi financo a quella dei c.d. danni punitivi, che la giurisprudenza della stessa Corte ha già in altre pronunce giudicato inammissibili perché in contrasto con l'ordine pubblico interno.

quanto ne siano conseguenza immediata e diretta, riconducendo tra le perdite e le mancate utilità anche i pregiudizi non patrimoniali determinati dalla lesione dei menzionati diritti”.

¹⁴⁰ Cass. Sez. **Unite**, n. 26972, del **11/11/2008**: “[...]D'altra parte, la tutela risarcitoria dei diritti inviolabili, lesi dall'inadempimento di obbligazioni, sarà soggetta al limite di cui all'art. 1225 c.c. (non operante in materia di responsabilità da fatto illecito, in difetto di richiamo nell'art. 2056 c.c.), restando, al di fuori dei casi di dolo, limitato il risarcimento al danno che poteva prevedersi nel tempo in cui l'obbligazione è sorta”.

¹⁴¹ Cass. Sez. **Unite**, n. 26972, del **11/11/2008**: “[...] Il rango costituzionale dei diritti suscettivi di lesione rende nulli i patti di esonero o limitazione della responsabilità, ai sensi dell'art. 1229 c.c., comma 2 (È nullo qualsiasi patto preventivo di esonero o di limitazione della responsabilità per i casi in cui il fatto del debitore o dei suoi ausiliari costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico)”.

¹⁴² Cass. Sez. **Unite**, n. 26972, del **11/11/2008**: “4.8. Il risarcimento del danno alla persona deve essere integrale, nel senso che deve ristorare interamente il pregiudizio, ma non oltre”.

5. Le riflessioni conseguenti alla decisione delle Sezioni Unite

La Corte di Cassazione, con la decisione riportata, ha finalmente chiarito quando e come il danno non patrimoniale è risarcibile nel nostro ordinamento, elaborando un indirizzo fondato su una ricostruzione dogmatica dell'istituto risarcitorio che idealmente si ricollega a quella enunciata dalle Sezioni Unite del maggio 2003 nn. 8827 e 8828, completando, peraltro, un percorso evolutivo già in precedenza intrapreso con la nota pronuncia ancora a Sezioni Unite n°500/1999.

Non a caso il relatore della sentenza esaminata è lo stesso della pronuncia n°500/1999: ed ossia il Presidente Dott. Roberto PREDEN.

Il principio fondamentale espresso dalle Sezioni Unite si rinviene nell'affermazione del danno non patrimoniale quale categoria unitaria, non suscettibile di sottoclassificazioni se non a titolo meramente esemplificativo. Per cui non è più dato distinguere tra danno morale, danno biologico e c.d. danno esistenziale, essendo siffatte tipologie di pregiudizi tutti riconducibili nell'unica grande categoria del danno non patrimoniale.

Questa impostazione comporta alcune importanti ricadute processuali.

In primo luogo il superamento dell'indirizzo interpretativo secondo cui le istanze aventi per oggetto il risarcimento del danno morale, biologico e c.d. esistenziale integrerebbero domande distinte, al punto che la richiesta di un'ulteriore voce di danno in corso di giudizio rispetto a quella originariamente domandata era da giudicare inammissibile in quanto integrante una vera e propria *mutatio libelli*.

Con la decisione delle Sezioni Unite, infatti, le singole voci di danno non rilevano quali indici di pregiudizi autonomi ed indipendenti gli uni dagli altri, essendo, invece, la domanda genericamente proposta ex art.2059 c.c. da considerare sufficientemente preordinata al risarcimento del danno non patrimoniale in tutti i suoi aspetti. Ne deriva la possibilità di specificare in corso di causa il peculiare pregiudizio non patrimoniale di cui si è genericamente domandato già in precedenza ristoro, atteso che siffatta attività processuale integrerebbe gli estremi di una *emendatio libelli*, cioè di una mera precisazione.

In secondo luogo occorre precisare che la concezione del danno non patrimoniale quale categoria unitaria consente al Giudice di poter valutare il

nocumento lamentato dal danneggiato in tutti i suoi aspetti, a prescindere dalla qualificazione dello stesso compiuta dall'interessato. Per cui, se ad esempio sia domandato il risarcimento del danno biologico, si potrà comminare anche quello inerente un ulteriore diritto della personalità, o quello afferente al *pretium doloris*.

Tuttavia, siffatto potere del Giudice non esime l'attore dall'obbligo di specificare adeguatamente nell'atto introduttivo del giudizio il nocumento del quale si chiede ristoro, non potendosi limitare ad indicazioni generiche, come quelle che si identificano in ambito contrattuale nella mera allegazione dell'inadempimento o dell'inesatto adempimento, pena la nullità della citazione ex art.164 c.4 c.p.c. per omessa indicazione o assoluta incertezza della cosa oggetto della domanda (art.163 c.3 n°3 c.p.c.).

La pronuncia delle Sezioni Unite ha l'indubbio merito di avere fornito all'interprete un prospetto ermeneutico di riferimento utile a regolamentare l'applicazione di una disciplina particolarmente complessa in un settore ove, peraltro, non si era registrata uniformità di vedute, né in dottrina, né in Giurisprudenza.

Tuttavia, ci si chiede se questa decisione abbia risolto tutti i dubbi connessi alla complessa tematica del risarcimento dei danni non patrimoniali e se lo abbia fatto in modo condivisibile.

5.1 La rivalutazione del danno di cui all'art.2059 c.c. come interesse a seguito dell'interpretazione costituzionalmente orientata delle Sezioni Unite

Ripercorrendo i principali passaggi delle motivazione si osserva che la lettura costituzionalmente orientata dell'art.2059 c.c. si fonda sulla interpretazione della nozione di danno, ivi contemplata, in quanto la locuzione "danni non patrimoniali" dovrebbe intendersi come riferita al danno-evento e non ai danni-conseguenza; infatti, la tipicità prevista dalla norma in esame dovrebbe essere concepita quale regola riferibile non ai danni in concreto da risarcire, bensì all'interesse non patrimoniale leso dal fatto illecito.

Senonché, siffatto indirizzo ermeneutico, se da un lato ha il pregio di salvaguardare la norma da una prevedibile declaratoria di illegittimità costituzionale, dall'altro, però, appare incongruente con alcuni presupposti pacificamente accolti dalla Giurisprudenza, anche della Corte di Cassazione in

tema di responsabilità. Ed, infatti, secondo un orientamento ormai univocamente accolto sia dalla dottrina che dalla Giurisprudenza, l'art.2059 c.c. non contempla un'autonoma fattispecie di illecito rispetto a quella prevista dall'art.2043 c.c., essendo soltanto quest'ultima norma a descrivere gli elementi costitutivi dell'illecito civile e, quindi, della responsabilità aquiliana. Per cui l'art.2059 c.c., implicitamente rinviando all'art.2043 c.c. per l'identificazione dei presupposti della responsabilità civile, sarebbe da considerare norma di complemento, e cioè quale disposizione destinata ad operare soltanto dopo che sia raggiunta la prova degli elementi costitutivi dell'illecito aquiliano. Ne consegue che anche in caso di lesione di interessi non patrimoniali, il parametro al quale riferirsi sarebbe sempre quello dell'ingiustizia del danno di cui all'art.2043 c.c. per l'affermazione della responsabilità del danneggiante, con successivo rinvio alla disciplina dell'art.2059 c.c. per la selezione dei danni-conseguenza non patrimoniali da risarcire. Se così è sarebbe logico, allora, sostenere che la tipicità di cui all'art.2059 c.c. sarebbe riferibile ai danni risarcibili e non agli interessi dalla cui lesione promana il c.d. danno ingiusto.

Le Sezioni Unite, invece, interpretando in senso costituzionalmente orientato la disposizione dell'art.2059 c.c., forse, giungono a concepire una norma che non sembra potersi desumere poiché appare troppo lontana dall'intento originario perseguito dal legislatore del 1942 per essere considerata conseguenza di mero procedimento ermeneutico. Al riguardo basti considerare che sarebbe difficilmente condivisibile sostenere, come l'indirizzo delineato dalla Cassazione dovrebbe indurre a ritenere, che il legislatore, dopo avere descritto all'art.2043 c.c. gli elementi costitutivi della responsabilità civile, tra i quali rientra anche quello rappresentato dall'ingiustizia del danno, e dopo avere nelle norme successive disciplinato aspetti già presupponenti l'affermazione della responsabilità, come ad esempio i profili concernenti i danni in concreto risarcibili¹⁴³, torni nuovamente ad occuparsi all'art.2059 c.c. del "danno ingiusto", ossia di un presupposto della responsabilità. Se, infatti, questo fosse stato l'intento del legislatore sarebbe stato più corretto su un piano di coerenza dell'impostazione normativa della disciplina, collocare, allora, il principio di tipicità del danno-evento derivante dalla lesione di interessi non patrimoniali nello stesso art.2043 c.c., ovvero, in una disposizione autonoma

¹⁴³ Come gli artt.2055 (responsabilità solidale), 2056 (valutazione dei danni), 2057 (danni permanenti), 2058 (risarcimento in forma specifica) c.c.

immediatamente successiva e non, invece, a chiusura del titolo IX, ossia a conclusione della disciplina dei fatti illeciti.

È pur vero che seguendo questo indirizzo critico, l'art.2059 c.c. sarebbe verosimilmente stato dichiarato costituzionalmente illegittimo, poiché nel limitare la risarcibilità dei danni non patrimoniali alla necessaria sussistenza di una previsione normativa si sarebbe conseguentemente negata tutela ad interessi fondamentali della persona, come, ad esempio, quello alla salute.

Peraltro, occorre precisare che la prospettiva della declaratoria di illegittimità costituzionale era particolarmente preoccupante, non tanto a fronte del timore di una pronuncia di accoglimento secco con conseguente annullamento dell'art.2059 c.c. e creazione di un vuoto normativo, quanto, soprattutto, in relazione alla circostanza che la Corte Costituzionale avrebbe presumibilmente dovuto pronunciarsi con una sentenza additiva, essendo l'illegittimità riscontrabile non tanto con riguardo alla regola in sé prevista nella norma in esame (essendo la stessa espressione di un potere discrezionale dall'ordinamento riconosciuto al legislatore ordinario), quanto, invece, all'ostacolo che la medesima regola frappone alla risarcibilità dei pregiudizi conseguenti alla lesione di taluni interessi, ed esattamente di quelli che assurgono nel nostro ordinamento al rango di diritti fondamentali della persona. In altre parole, ad essere costituzionalmente illegittima non sarebbe la limitazione, in astratto, della risarcibilità dei danni non patrimoniali – atteso che si tratta di una scelta rimessa al potere discrezionale del legislatore – ma l'esclusione del risarcimento per i danni non patrimoniali conseguenti alla lesione di quegli interessi che, in quanto afferenti alla sfera di tutela fondamentale della persona, sono riconosciuti nel nostro ordinamento a livello costituzionale.

Per cui, era più che ragionevole ritenere che la Consulta si sarebbe molto probabilmente orientata nel senso di limitarsi a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art.2059 c.c. nella parte ove non prevede la risarcibilità, ad esempio, del danno alla salute, ecc...

Senonché, proprio siffatta prospettiva destava più di una perplessità poiché, se da un lato, poteva risolversi nella pronuncia di un'unica sentenza esplicativa del principio secondo cui la lesione dei diritti fondamentali, in generale, della persona deve essere risarcibile in tutti i suoi aspetti, patrimoniali

e non, dall'altro avrebbe potuto comportare, invece, il rischio di una molteplicità di pronunce additive tante quanti sono i diritti della personalità costituzionalmente rilevanti e se si considera che la genericità del testo normativo dell'art.2 Cost. consente il riconoscimento (sebbene implicito) di sempre nuovi diritti fondamentali della persona si comprende chiaramente la portata della problematica che si sarebbe presentata dinanzi alla Corte Costituzionale. Si comprende agevolmente, pure, che la configurabilità dell'una o dell'altra prospettiva sarebbe dipesa molto dalle concrete modalità tramite le quali i Giudici *a quo*, sollevando la questione incidentale di incostituzionalità, avrebbero formulato il quesito di illegittimità da sottoporre al giudizio della Consulta; senonché, potendo i Giudici sollevare tale questione soltanto in relazione alle norme che, in concreto, devono applicare per la soluzione della controversia rimessa al loro sindacato, sembrava di gran lunga più probabile la seconda delle due prospettive descritte.

Quest'ultima possibilità, peraltro, era avvertita come una problematica di allarmante attualità poiché nel nostro ordinamento si era già concretizzata un'esperienza simile quella prospettata, esistendo, infatti, una norma nei cui riguardi sono state emesse decine di sentenze additive da parte della Corte Costituzionale: si tratta dell'art.34 c.p.p., che, disciplinando l'incompatibilità c.d. funzionale tra magistrati, è stata oggetto di un molteplicità di pronunce di illegittimità con le quali è stato ridefinito l'ambito di operatività delle regole ivi previste. E peraltro in tal senso sembrava essere particolarmente indicativa anche l'esperienza giurisprudenziale sin lì maturata, atteso che molte erano state le questioni di illegittimità costituzionale sollevate dai Giudici in relazione all'art.2059 c.c. ed anche in ordine all'art.2043 c.c.

Per questi motivi la Suprema Corte di Cassazione avrebbe preferito la soluzione adottata nelle decisioni delle Sezioni Unite del 2008, ricorrendo allo strumento dell'interpretazione costituzionalmente orientata, così risolvendo in via ermeneutica una complessa problematica che, diversamente, non sarebbe stata di agevole risoluzione per la Consulta, stante il suddetto rischio rappresentato dalla necessità di un suo reiterato intervento sull'art.2059 c.c. tramite la pronuncia di una molteplicità indefinita di sentenze additive a fronte del continuo evolversi dei diritti fondamentali della persona nonché in

conseguenza del costante avvento di sempre nuovi diritti della personalità ai quali si riconosce rilievo nel nostro ordinamento attraverso l'art.2 Cost.

5.2 Rilievi in ordine all'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art.2059 c.c.

Queste, dunque, le ragioni che avrebbero indotto la Corte di Cassazione a ricorrere all'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art.2059 c.c. nel senso chiarito con la pronuncia in esame delle Sezioni Unite del 2008.

Senonché, al riguardo, appare opportuna ancora qualche riflessione, soprattutto, laddove ci si soffermi sulle tre distinte modalità tramite le quali sarebbe risarcibile il danno non patrimoniale nel nostro ordinamento.

Ed, invero, in ordine alla prima ipotesi, ossia quella più tradizionale, ogniquale volta l'illecito civile costituisca anche reato, secondo le Sezioni Unite, sarebbero risarcibili i danni non patrimoniali conseguenti alla lesione di qualsiasi interesse non patrimoniale, ivi inclusi quelli privi di copertura costituzionale. Questa impostazione sembra riprendere indirettamente quella originaria concezione sanzionatoria del danno non patrimoniale concepita (dapprima) dalla Giurisprudenza penalistica, poiché dal combinato disposto di cui agli artt.2059 c.c. e 185 c.p. sarebbe desumibile una maggiore propensione dell'ordinamento a riconoscere tutela agli interessi non patrimoniali in genere, non essendo rilevante, ai fini risarcitori, il loro riconoscimento a livello costituzionale.

Tuttavia, per poter adeguatamente valutare la portata di siffatta riflessione occorre confrontare l'ipotesi dell'illecito costituente reato con quella della risarcibilità dei danni non patrimoniali affermata da previsioni normative diverse da quella contemplata dall'art.185 c.p.

Si tratta della seconda ipotesi presa in considerazione dalle Sezioni Unite. Ed, infatti, laddove l'illecito civile sia privo di rilevanza penale e sia previsto espressamente da una norma come fonte di risarcimento anche di danni non patrimoniali, saranno risarcibili, secondo la Suprema Corte, soltanto quei pregiudizi immediatamente e direttamente conseguenti alla lesione di quello specifico interesse non patrimoniale preso in considerazione dalla normativa di riferimento.

Le Sezioni Unite, sul punto, hanno richiamato a titolo di esempio la disciplina della privacy e della discriminazione personale, puntualizzando che gli interventi del legislatore volti ad ampliare l'ambito di risarcibilità dei danni non patrimoniali sono preordinati a tutelare diritti fondamentali della persona. Il che avrebbe potuto condurre alla conclusione che l'art.185 c.p., in realtà, conserverebbe la sua originaria natura sanzionatoria, soprattutto, dopo che le Sezioni Unite hanno precisato che in caso di reato il risarcimento si estende a tutti i danni conseguenti alla lesione anche di interessi non patrimoniali privi di rilievo costituzionale.

Senonché, le stesse Sezioni Unite hanno precisato che se, da un lato, è vera la preordinazione delle ipotesi normative, diverse dall'art.185 c.p., attualmente statuenti la risarcibilità dei danni non patrimoniali alla tutela di interessi costituzionalmente rilevanti, dall'altro, però, è anche vero che il legislatore ben potrebbe introdurre ipotesi normative differenti laddove la risarcibilità dei pregiudizi non suscettibili di valutazione economica sia affermata quale conseguenza della lesione di interessi non patrimoniali privi di rilievo costituzionale.

Ed invero, nell'affermare siffatta prospettiva sembra che la Cassazione, nell'ambito dell'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art.2059 c.c., si sia spinta al punto da esplicitare una funzione più prossima a quella del Giudice delle leggi, piuttosto che del Giudice del diritto, essendo il principio espresso nella sentenza in esame spesso rinvenibile in molte pronunce della Consulta con riguardo all'art.3 Cost. ed al rapporto tra principio di ragionevolezza e potere discrezionale del legislatore ordinario.

Tuttavia, la riconosciuta possibilità per il legislatore di introdurre ipotesi normative preordinate alla tutela di interessi non patrimoniali privi di rilievo costituzionale dovrebbe indurre ad escludere il riconoscimento di una natura sanzionatoria all'ipotesi contemplata dall'art.185 c.p., essendo, infatti, quest'ultima introdotta nel nostro ordinamento in un'epoca in cui l'assetto costituzionale di riferimento degli interessi e dei valori della società era differente.

Infine, per quanto concerne la terza ipotesi di risarcibilità dei danni non patrimoniali, le Sezioni Unite prevedono che in assenza di un espresso riconoscimento normativo occorran tre requisiti, quali la lesione di un diritto

inviolabile della persona, la gravità della lesione (identificabile nel superamento di quella soglia minima di tolleranza desumibile dai doveri di solidarietà sociale di cui all'art.2 Cost.) e la rilevanza del danno (consistente nella non futilità del pregiudizio patito).

Al riguardo, occorre sottolineare che la scelta di limitare la risarcibilità ai soli danni conseguenti alla lesione di un diritto inviolabile della persona appare coerente con l'evoluzione del pensiero giurisprudenziale in tema di danni non patrimoniali da illecito.

La Corte, tuttavia, ha precisato che la riserva di legge di cui all'art.2059 c.c. può essere soddisfatta dalla Costituzione ma non dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, poiché, pur essendo senza dubbio qualificabili come fondamentali i diritti ivi contemplati, a quest'ultimi «non spetta il rango di diritti costituzionalmente protetti, poiché la Convenzione, pur essendo dotata di una natura che la distingue dagli obblighi nascenti da altri Trattati internazionali, non assume, in forza dell'art. 11 Cost., il rango di fonte costituzionale, né può essere parificata, a tali fini, all'efficacia del diritto comunitario nell'ordinamento interno». Da questo passaggio della motivazione si coglie l'esigenza, da un lato, di evitare una proliferazione dei diritti inviolabili della persona, soprattutto in virtù dell'ampia portata della norma generale di riferimento, ossia, l'art.2 Cost., e, dall'altro, di escludere che il rinvio a fonti internazionali, come quella in esame, comportando la qualificazione come fondamentali di una molteplicità di diritti non propriamente riconducibili alla sfera a-reddituale della persona (tra i quali si possono citare anche la sicurezza e la proprietà), possa determinare un'estensione della responsabilità civile al punto di ammettere senza limitazione alcuna la risarcibilità dei danni non patrimoniali derivanti dalla lesione di diritti dal contenuto squisitamente patrimoniale¹⁴⁴.

¹⁴⁴ FACCI, *Il danno non patrimoniale nelle relazioni familiari dopo le sentenze delle sezioni unite dell'11 novembre 2008*, in *Famiglia e diritto*, 2009, II, p.127: “Da tale passaggio, appare evidente la volontà di evitare una proliferazione di diritti inviolabili della persona, in assenza di un preciso riferimento normativo nonché di impedire che diritti quali, ad esempio, la «proprietà» o la «sicurezza» (13), se lesi, possano determinare una protezione senza limitazioni anche a livello non patrimoniale”; in nota si richiamano alcuni importanti arresti giurisprudenziali: “Con riferimento alla sicurezza, Cass. civ., sez. III, 12 febbraio 2008, n. 3284, riguardante il caso in cui l'istante lamentava la responsabilità della p.a., per aver posto un palo portante una lampada di illuminazione pubblica (lampioni) nell'immediata vicinanza della facciata del palazzo nel quale abitava, a distanza tanto ravvicinata dal suo appartamento da renderne possibile l'accesso a qualunque malintenzionato, così pregiudicando il suo diritto «alla salute ed alla sicurezza della persona», tanto più in relazione ai possibili pericoli connessi alla

Qualche riflessione in più merita, poi, il presupposto della gravità della lesione, che, per vero, sembra riprendere il pensiero di chi in dottrina¹⁴⁵ ne aveva teorizzato l'importanza sin da tempi precedenti, sebbene ai soli fini della quantificazione del danno non patrimoniale, atteso che la gravità del fatto inciderebbe anche sulla gravità dell'offesa.

Questo peculiare requisito, tuttavia, sembrerebbe richiamare la concezione sanzionatoria del danno non patrimoniale, essendo la gravità della lesione, in pratica, identificabile nella gravità dell'offesa arrecata al bene giuridico tutelato. Circostanza, questa, che, peraltro, rinvia ai principi fondamentali della responsabilità penale, laddove la punibilità del fatto storico dipende dal rispetto dei principi fondamentali che governano la comminazione della pena, occorrendo che esso sia tipico, materiale, colpevole e, soprattutto per quanto di maggiore interesse in questa sede, offensivo, ossia, tale da arrecare al bene giuridico protetto dall'ordinamento una lesione apprezzabile.

Lo stesso si potrebbe, infatti, sostenere anche per il danno non patrimoniale, atteso che la gravità dell'offesa è un presupposto richiesto per la configurabilità dell'ingiustizia del danno.

Tuttavia, l'interpretazione costituzionalmente orientata sancita dalla Suprema Corte si presterebbe anche ad una diversa lettura che escluderebbe in effetti qualsiasi rinvio alla concezione sanzionatoria del danno non patrimoniale, potendosi a siffatto esito pervenire sulla base di una valutazione

sua qualità di magistrato. Nel caso di specie, si è affermato che lo stress psicologico da timore è solo una conseguenza della lesione di un possibile interesse protetto, il quale va tuttavia previamente individuato perché possa anche solo venire in considerazione il danno derivante dalla lesione dello stesso; e, per altro verso, che né la serenità né la sicurezza costituiscono, di per sé, diritti fondamentali di rango costituzionale inerenti alla persona, la cui lesione consente il ricorso alla tutela risarcitoria del danno non patrimoniale. In questo senso anche le sezioni Unite dell'11 novembre 2008: «in tal senso, per difetto dell'ingiustizia costituzionalmente qualificata, è stato correttamente negato il risarcimento ad una persona che si affermava "stressata" per effetto dell'installazione di un lampione a ridosso del proprio appartamento per la compromissione della serenità e sicurezza, sul rilievo che i menzionati interessi non sono presidiati da diritti di rango costituzionale (sent. n. 3284/2008)».

¹⁴⁵ BIANCA, *La responsabilità*, cit., p.174: "Il danno non patrimoniale deve essere liquidato in via equitativa, ma tale determinazione non deve tenere conto dei fattori di probabile incidenza sull'entità del danno economico. Piuttosto, occorre fare riferimento agli elementi che determinano la maggiore o minore gravità personale del danno. Tra questi rileva il carattere doloso del fatto, in quanto esso accresce l'intensità della lesione subita dalla vittima. La gravità del fatto si riverbera sulla gravità della lesione". In nota si citano alcune pronunce nella quali siffatto criterio è stato applicato, ed in particolare Tribunale di Roma 25 settembre 1989, in *Dir. inf.* 1990, p.993 e Corte di Appello di Roma 16 gennaio 1991, in *Foro it.* 1992, I, 942.

complessiva del contenuto delle norme costituzionali di riferimento richiamate¹⁴⁶.

La rilevanza del presupposto in esame, secondo quindi una differente lettura, sarebbe stata, infatti, desunta in via interpretativa dalla stessa norma costituente il fondamento (se non per tutti almeno per alcuni anche in ultima analisi) dei diritti della personalità: ossia, l'art.2 Cost. Sembrerebbe, per vero, che la Cassazione sia pervenuta a siffatta conclusione richiamando l'esperienza giurisprudenziale maturata in tema di obblighi di protezione in ambito contrattuale; infatti, quando si suole prendere in esame la prospettiva che da un contratto possano derivare obblighi impliciti di salvaguardia dell'altrui interesse la Giurisprudenza è solita rinvenire la fonte di siffatti obblighi nella clausola generale della buona fede, richiamata dagli artt.1175 e 1375 c.c., che impone al debitore di tutelare l'interesse del creditore nella misura in cui ciò non implichi un suo apprezzabile sacrificio. Tali obblighi sono in ultima analisi espressione di un principio di solidarietà che, a sua volta, sarebbe operante nel nostro ordinamento in quanto implicitamente desumibile all'art.2 Cost. Da questa idea sembrerebbe avere preso spunto la Suprema Corte per affermare che se tutti i diritti inviolabili meritano tutela in quanto riconosciuti dalla nostra Corta

¹⁴⁶ In dottrina si veda M. FRANZONI, *Il danno non patrimoniale del diritto vivente*, in *Corriere giuridico*, 2009, I, p.5: “*La convivenza fra le persone chiama in causa il dovere di solidarietà, secondo l'art. 2 Cost., nonché la solidarietà impone anche di dovere tollerare fatti o comportamenti altrui. In altri termini, normalmente, sulla scorta dell'insegnamento di Rodotà, la solidarietà sociale della costituzione è stata impiegata per riempire di contenuto l'ingiustizia del danno, quindi per incrementare le ipotesi di risarcimento del danno fino a quel momento riconosciute. Ma la solidarietà può essere impiegata come criterio per bilanciare opposte pretese e per negare il risarcimento, vuoi perché non sussiste la lesione di un certo interesse (art. 2043 c.c.), vuoi perché i doveri derivanti dalla convivenza fra soggetti impediscono di apprezzare come pregiudizievoli certe conseguenze di comportamenti attribuibili alla condotta altrui (artt. 1226 e 2059 c.c.). Una siffatta interpretazione di una clausola generale non è una novità del sistema, basti pensare che da tempo alla correttezza (art. 1175 c.c.) ed alla buona fede (art. 1375 c.c.) viene attribuita la duplice funzione di fonte di integrazione del contratto e di limite alla esigibilità della pretesa altrui.*

Per questo è condivisibile affermare che «la gravità dell'offesa costituisce requisito ulteriore per l'ammissione a risarcimento dei danni non patrimoniali alla persona conseguenti alla lesione di diritti costituzionali inviolabili». Qui la “gravità” non ha le finalità dell'art. 133 c.p., al contrario: «il diritto deve essere inciso oltre una certa soglia minima, cagionando un pregiudizio serio. La lesione deve eccedere una certa soglia di offensività, rendendo il pregiudizio tanto serio da essere meritevole di tutela in un sistema che impone un grado minimo di tolleranza». In questo modo «il filtro della gravità della lesione e della serietà del danno attua il bilanciamento tra il principio di solidarietà verso la vittima, e quello di tolleranza, con la conseguenza che il risarcimento del danno non patrimoniale è dovuto solo nel caso in cui sia superato il livello di tollerabilità ed il pregiudizio non sia futile. Pregiudizi connotati da futilità ogni persona inserita nel complesso contesto sociale li deve accettare in virtù del dovere della tolleranza che la convivenza impone (art. 2 cost.). Entrambi i requisiti devono essere accertati dal giudice secondo il parametro costituito dalla coscienza sociale in un determinato momento storico (criterio sovente utilizzato in materia di lavoro, sent. n. 17208/2002); n. 9266/2005, o disciplinare, sez. un. n. 16265/2002)» (§ 3.11)”.

Fondamentale sulla base di esplicite disposizioni o, in ultima analisi, sulla base del generico rinvio alla norma citata, è a quest'ultima che bisogna avere riguardo per quanto concerne la disciplina. Donde, la necessità di ascrivere rilievo alle lesioni arrecate ai diritti fondamentali della persona soltanto laddove si superi il limite della soglia minima di tolleranza sociale: locuzione, questa, che, in sintesi, dovrebbe richiamare alla mente il concetto dell'offesa socialmente intollerabile. Il che comporta, anzitutto, l'introduzione di un requisito aggiuntivo per la considerazione del danno-evento come ingiusto, atteso che non basta più la semplice meritevolezza dell'interesse leso, occorrendo anche una certa offensività della lesione arrecata al bene giuridico tutelato perché la si possa considerare causa di *un'ingiustizia costituzionalmente qualificata*¹⁴⁷ ossia di un danno socialmente intollerabile e, quindi, *sufficientemente ingiusto* ai fini della sussistenza della responsabilità del danneggiante per quanto concerne il risarcimento dei danni non patrimoniali; in secondo luogo, il rinvio implicito all'art.2 Cost. dovrebbe indurre l'interprete alla ricerca di parametri di riferimento assolutamente oggettivi per la valutazione dell'ingiustizia del danno¹⁴⁸.

Tuttavia, il presupposto della gravità della lesione si presta ad una critica fondamentale nella parte ove non si specificano, nella motivazione della sentenza della Cassazione, i criteri che, in concreto, i Giudici dovranno adottare per la valutazione dell'offensività dell'illecito. Ed, infatti, se si è certi che il parametro della "*coscienza sociale in dato momento storico*" richiamato dalle Sezioni Unite dovrebbe essere di natura oggettiva, non si è affatto sicuri in ordine alla sua concreta idoneità a garantire indirizzi univoci, atteso che il rinvio alla coscienza sociale appare troppo vago ed elastico per un settore come quello dei diritti della personalità già di per sé contraddistinto da una disciplina

¹⁴⁷ Cass. Sez. **Unite**, n. 26972, del 11/11/2008 § 4.5.

¹⁴⁸ FACCI, *Il danno non patrimoniale nelle relazioni familiari dopo le sentenze delle sezioni unite dell'11 novembre 2008*, in *Famiglia e diritto*, 2009, II, p.128: "*La determinazione di contenere il sistema di riparazione del danno non patrimoniale porta i giudici di legittimità ad individuare anche un limite ulteriore al risarcimento dei danni non patrimoniali conseguenti alla lesione di diritti costituzionali inviolabili, che già era stato segnalato dalla dottrina ed aveva avuto anche applicazione giurisprudenziale: il filtro selettivo della gravità della lesione e della serietà conseguenze. In tal modo, si rende necessario effettuare un bilanciamento tra il principio di solidarietà verso la vittima e quello di tolleranza, così che il risarcimento del danno è dovuto solo nel caso in cui sia superata la soglia di tollerabilità ed il pregiudizio non sia futile.*

È anche indicato il parametro che il giudice deve seguire nell'effettuare il giudizio di bilanciamento: quello della «coscienza sociale» del particolare momento storico".

sicuramente poco rigida e specifica. Il che implica la possibilità, tutt'altro che infondata, che i Giudici ricorrono a parametri diversi, ovvero che ascrivano al parametro della coscienza sociale significati e valori differenti. E tale diversità potrebbe cogliersi nelle decisioni tanto di ciascun Giudice, quanto dei Giudici operanti nelle varie Regioni, atteso che, dovendosi il parametro di riferimento rapportarsi alla coscienza sociale, molto dipenderà anche dai principi propri della tradizione comune della collettività di riferimento. Per cui alla fine, trattandosi di criteri di natura meramente valutativa, si potrebbero riscontrare difformità di giudizio notevoli da Giudice a Giudice, nonché da Regione a Regione del nostro Paese a parità di fattispecie.

Si tratta di quello stesso rischio che le Sezioni Unite penali del 2003 hanno inteso evitare in un settore differente, come quello della successione di leggi penali nel tempo, allorché hanno escluso qualunque rilevanza al profilo connesso alla valutazione dell'offensività delle singole fattispecie, che tanto era stato foriero di indirizzi contrastanti in giurisprudenza in relazione a medesime fattispecie, preferendo l'esclusivo ricorso al criterio oggettivo del confronto strutturale tra fattispecie nuova e fattispecie precedente.

La problematica, peraltro, è resa ancor più complessa dalla circostanza che i diritti fondamentali della personalità potrebbero non essere tutti contraddistinti dalla medesima soglia di tolleranza sociale, ben potendo quest'ultima variare da diritto a diritto, così come anche in considerazione dell'eventuale libertà o diritto nei cui riguardi possono porsi in conflitto (si pensi, ad esempio, al peculiare rapporto tra diritto di cronaca e critica, da un lato, e, diritto alla riservatezza ed all'onore, dall'altro). Non è, infatti, così peregrina l'idea che la genericità caratterizzante il dettato normativo dell'art.2 Cost. non si traduca sempre in un vantaggio per la tutela dei diritti della personalità; infatti, se, da un lato, l'ampio ambito di operatività della norma in esame favorisce l'affermazione nel nostro ordinamento di nuovi diritti della personalità, dall'altro, però, siffatta prospettiva potrebbe comportare una compressione per la tutela degli altri diritti della personalità, ossia quelli già sanciti anche in altre norme della Costituzione, potendo quest'ultimi porsi in contrasto con i primi e così costringere il Giudice a quella complessa attività ermeneutica di bilanciamento indispensabile al fine di accertare per ognuno di essi la soglia di tolleranza al cui superamento subordinare la qualificazione della

lesione come *costituzionalmente ingiusta*, onde poter conseguentemente affermare l'eventuale responsabilità civile del danneggiante.

Le medesime riflessioni, peraltro, potrebbero, in astratto, riproporsi anche con riguardo al terzo requisito richiamato dalle Sezioni Unite: ossia, quello della non futilità del danno, atteso che anche in questo caso i Giudici potrebbero effettuare valutazioni tra loro troppo differenti in relazione a fattispecie analoghe¹⁴⁹.

I principi restrittivi enunciati dalle Sezioni Unite sono la logicamente preordinati a soddisfare l'esigenza di salvaguardare il sistema da una proliferazione indiscriminata di sempre nuove voci di danni non patrimoniali. Non manca, peraltro, in dottrina chi¹⁵⁰ ritiene che tale esigenza sia stata

¹⁴⁹ FACCI, *Il danno non patrimoniale nelle relazioni familiari dopo le sentenze delle sezioni unite dell'11 novembre 2008*, in *Famiglia e diritto*, 2009, II, p.128: "La chiusura nettissima ed indiscutibile nei confronti dei c.d. danni bagatellari è completata dalla circostanza che i giudici di legittimità non solo fissano i limiti alla risarcibilità del danno non patrimoniale, ma addirittura, temendo comportamenti elusivi soprattutto dei giudici di pace, «ammoniscono» espressamente questi ultimi al rispetto dei principi enunciati, anche nelle decisioni di equità, evidenziando come siffatti limiti costituiscano principio informatore della materia, con la conseguenza che in caso di violazione vi sarebbe censura della pronuncia per violazione di legge".

¹⁵⁰ FACCI, *Il danno non patrimoniale nelle relazioni familiari dopo le sentenze delle sezioni unite dell'11 novembre 2008*, in *Famiglia e diritto*, 2009, II, p.127-128: "Non pare temerario poter affermare che le sentenze dell'11 novembre 2008 rappresentano uno dei rari precedenti, in cui la giurisprudenza delle Corti Superiori sembra arretrare la soglia di tutela della persona, rispetto a quello che ormai sembrava l'indirizzo prevalente del c.d. diritto vivente. È evidente, infatti, che la volontà di contenere il sistema di risarcimento del danno non patrimoniale finisce inevitabilmente per lasciare scoperti alcuni pregiudizi, che secondo il parametro della «coscienza sociale», appaiono certamente meritevoli di risarcimento, anche se non direttamente riconducibili alla lesione di diritti costituzionalmente inviolabili (basti pensare, ad esempio, all'uccisione dell'animale d'affezione di un soggetto debole oppure al comportamento vessatorio della p.a. nei confronti del cittadino). Era inevitabile, però, che fosse posto un «argine» alla riparazione del danno non patrimoniale, al fine di impedire il riconoscimento di pregiudizi futuri ed inconsistenti soprattutto davanti all'imminente - almeno al momento della decisione - entrata in vigore dell'art.140 bis Cod. Cons., il quale - aggiunto dall'art. 2, 446 comma, l. 24 dicembre 2007 (legge finanziaria 2008) - ha introdotto nel nostro ordinamento l'azione risarcitoria collettiva a tutela dei diritti dei consumatori ed utenti, danneggiati dal comportamento imprenditoriale illecito. Anche se il fine della disposizione è quello di realizzare un rafforzamento ed un innalzamento della protezione dei diritti dei consumatori, in conformità ai principi stabiliti dalla normativa comunitaria, sarebbero, però, ben prevedibili gli effetti deleteri di una tale azione per chi la subisce se i giudici di legittimità avessero finito per ammettere una riparazione indiscriminata del danno non patrimoniale, considerando che al consumatore od utente, per partecipare all'azione, è sufficiente presentare un atto di adesione espresso, anche nel giudizio di appello fino all'udienza di precisazione delle conclusioni. A tal proposito, è significativo il caso del black out elettrico del 2003, in cui, secondo le stime citate da Ponzanelli, sono state avanzate ben oltre ventimila richieste di risarcimento del danno non patrimoniale nei confronti dell'Enel. Tale numero sarebbe aumentato in misura senza dubbio esponenziale se all'epoca dei fatti fosse stata già in vigore l'azione collettiva, con conseguenze facilmente immaginabili per l'«impresa» convenuta, in caso di accoglimento della domanda, nonostante la sentenza sia di mero accertamento. In altre parole ciò che si vuole sostenere è che appariva necessario porre un limite alle richieste di risarcimento di pregiudizi futuri ed inconsistenti, anche se spetterà alla giurisprudenza verificare se i limiti individuati dalle sentenze dell'11 novembre consentano di tutelare in pieno la persona, tenuto conto che, come

particolarmente avvertita dalla Suprema Corte soprattutto a fronte dell'entrata in vigore dell'art.140 *bis* Cod. Cons., il quale – essendo stato aggiunto dall'art. 2, 446 comma, 1. 24 dicembre 2007 (legge finanziaria 2008) – ha introdotto nel nostro ordinamento la c.d. *class action*, ed ossia l'azione risarcitoria collettiva a tutela dei diritti dei consumatori ed utenti, danneggiati dal comportamento imprenditoriale illecito. Infatti, se già siffatto istituto consente l'instaurazione di un contenzioso contraddistinto da una molteplicità di parti danneggiate dal medesimo fatto illecito, stante peraltro l'evidente convenienza economica della partecipazione al giudizio (essendo possibile l'intervento processuale da parte degli interessati in virtù di un mero atto di adesione dai costi particolarmente contenuti), la prospettiva di un orientamento non restrittivo in ordine alla risarcibilità dei danni non patrimoniali avrebbe potuto comportare un notevole ampliamento del valore economico complessivo della pretesa risarcitoria collettiva al punto da indurre a considerare la *class action* uno strumento potenzialmente pericoloso per la stabilità dell'intero sistema della responsabilità civile nonché per il buon andamento dell'economia nazionale. Profilo, quest'ultimo, di non poco momento se si considera che l'esposizione a possibili azioni risarcitorie collettive di dimensioni economiche notevoli potrebbe non favorire la competitività del mercato interno, inducendo sia gli imprenditori italiani che quelli stranieri ad investire altrove, e, più precisamente, in quei Paesi ove la *class action* non sia prevista, oppure ove il risarcimento dei danni non patrimoniali sia soggetto a regole più rigide oltre che ad orientamenti giurisprudenziali più restrittivi.

10.3 Il danno non patrimoniale da inadempimento secondo il pensiero delle sezioni unite: applicazione dell'art.2059 c.c. o interpretazione costituzionalmente orientata degli artt.1218 e s.s. c.c.? Esame delle due diverse prospettive ermeneutiche

Quanto sin qui detto costituisce una premessa fondamentale per muovere alcune riflessioni ai principi enunciati delle Sezioni Unite in tema di risarcimento del danno non patrimoniale da inadempimento.

evidenziato anche dalla Corte Costituzionale n. 184 del 1986, nel caso di lesione di un interesse di rango costituzionale, la riparazione mediante indennizzo costituisce la forma minima di tutela ed una tutela minima non è assoggettabile a specifici limiti, in quanto ciò si risolverebbe in un rifiuto di tutela nei casi esclusi”.

Come sopra riportato, la Suprema Corte ne ha affermato la risarcibilità, sulla base di un'interpretazione costituzionalmente orientata degli artt.1218 e ss. c.c., superando, così, la teoria del concorso di responsabilità e riconoscendo espressamente l'idoneità, in astratto, del contratto alla tutela degli interessi non patrimoniali, in virtù dell'art.1174 c.c., nella parte ove si richiama quell'interesse non patrimoniale al cui soddisfacimento può anche essere preordinata la prestazione promessa dal debitore.

Senonché, si coglie un'incongruenza laddove le Sezioni Unite, da un lato, affermano siffatta idoneità e, dall'altro, limitano la risarcibilità dei danni non patrimoniali alle sole ipotesi in cui l'inadempimento abbia leso un diritto inviolabile della persona. Ed, infatti, se il contratto è astrattamente reputato idoneo a tutelare gli interessi non patrimoniali deve esserlo sempre, ossia, con riguardo a qualsiasi interesse non patrimoniale, ivi inclusi quelli privi di rilievo costituzionale, a siffatto esito dovendosi pervenire sulla base della considerazione che i diritti inviolabili della persona non sono strutturalmente differenti rispetto agli altri interessi afferenti alla sfera a-reddituale della personalità. La categoria degli interessi non patrimoniali, cioè, è contraddistinta soltanto dalla circostanza che il bene giuridico di riferimento non è suscettibile di valutazione economica. Dopo di che, la rilevanza costituzionale di alcuni interessi anziché di altri dipende dalle scelte compiute dal Legislatore Costituente in base, tra l'altro, ai valori propri della coscienza comune della popolazione in un determinato momento storico, sebbene un'importante contributo possa essere fornito anche dai Giudici in via ermeneutica in forza della genericità ed ampiezza caratterizzante il dettato normativo dell'art.2 Cost.

Ne consegue che gli interessi non patrimoniali di rilievo costituzionale differiscono da quelli privi di siffatta rilevanza soltanto in virtù del riconoscimento normativo di cui essi sono, esplicitamente o implicitamente, destinatari da parte delle disposizioni della Costituzione, non sussistendo differenze ulteriori. E trattandosi di una differenza dovuta esclusivamente a giudizi di valore espressi dal Legislatore Costituente e non a ragioni di tipo strutturale o di altro genere, sembra iniquo, oltre che difficilmente giustificabile sul piano del principio di ragionevolezza di cui all'art.3 Cost., sostenere che l'idoneità del contratto alla tutela di interessi non patrimoniali si debba riconoscere soltanto in relazione a quelli di rilevanza costituzionale e non anche

per tutti gli altri, atteso che mancherebbe il fondamento giustificativo di una discriminazione così netta tra interessi tra loro omogenei in quanto tutti riconducibili alla medesima categoria.

In tal senso si esprime anche quella parte della dottrina che, muovendo dalla strutturale diversità della responsabilità extracontrattuale rispetto a quella contrattuale in virtù della circostanza che l'ingiustizia del danno (essendo richiamata soltanto dall'art.2043 c.c.) è da considerare requisito fondamentale soltanto della prima e non anche della seconda, ritiene non necessario che nell'ambito della responsabilità da inadempimento si debba configurare la lesione di un diritto inviolabile per la risarcibilità dei danni non patrimoniali, atteso che siffatta prospettiva assume rilevanza ai soli fini dalla qualificazione del fatto lesivo come fonte di un danno ingiusto esclusivamente in relazione agli illeciti aquiliani, mentre per la disciplina degli artt. 1218 e ss. c.c. non è affatto richiesto, non essendo necessario che l'inadempimento soddisfi anche il requisito dell'ingiustizia del danno¹⁵¹. Infatti, si sostiene che la disciplina dell'inadempimento sia del tutto autonoma da quella della responsabilità aquiliana, al punto da configurare la responsabilità del debitore anche in caso di mero danno economico, ossia, di pregiudizio non suscettibile di essere

¹⁵¹ A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno non patrimoniale secondo le sezioni unite. Un "de profundis" per il danno esistenziale*, in *Danno e responsabilità*, 2009, I, p.32: "Non è esatto, poi, affermare che il danno non patrimoniale che è conseguenza di un inadempimento di un'obbligazione possa essere risarcito soltanto in presenza della lesione di un "diritto inviolabile" della persona. L'ingiustizia del danno è un giudizio di valore che riguarda, evidentemente, la sola responsabilità delittuale. Anche perché l'inadempimento o l'inesatto adempimento possono essere considerati come "fatti illeciti" che, in sé, impongono di risarcire tutte le conseguenze dannose (anche "non patrimoniali") che sono provocate al creditore o, addirittura, al "terzo".

Ciò, allorché l'inadempimento riguardi un obbligo di prestazione o sia «occasionato» dalla violazione di un obbligo di protezione. Tale conclusione vede unanime la più autorevole dottrina. Anche quella che, proprio sulla base della opportuna distinzione tra le due "specie" della responsabilità civile, tende a connotare in senso tipizzato la sola responsabilità delittuale, negando la natura di "clausola generale" all'art. 2043 c.c. e limitando l'ingiustizia alla sola violazione dei diritti soggettivi.

È, infatti, del tutto pacifico che ogni qualvolta la responsabilità è contrattuale o da "contatto sociale" qualificato, il danno non patrimoniale è risarcibile in quanto violazione di un dovere, quale conseguenza immediata e diretta (art. 1223 c.c.) dell'inadempimento, con il solo limite della prevedibilità (art. 1225 c.c.), senza che alcun rilievo assuma l'ingiustizia del danno, ovvero la lesione dell'interesse giuridicamente e/o costituzionalmente rilevante. Non si esige alcun ulteriore «criterio che abbia la funzione di fornire giustificazione alla responsabilità». La «logica dell'autonomia contrattuale non richiede di escludere le pretese risarcitorie prive di rango costituzionale, ma al contrario di dare rilevanza agli interessi riguardati dal programma contrattuale così come stabilito dalle parti». Tale elementare principio di diritto è sancito dalle stesse Sezioni Unite le quali, proprio nel distinguere la responsabilità contrattuale da quella delittuale ex art. 2059 c.c., affermano che, in caso d'inadempimento, v'è un «diretto accesso alla tutela di tutti i danni non patrimoniali», non essendo «necessario [...] verificare se l'interesse leso [...] sia meritevole di tutela in quanto protetto a livello costituzionale».

considerato alla stregua di un danno ingiusto. Per cui se si segue questa impostazione il danno non patrimoniale da inadempimento sarebbe risarcibile anche laddove non sia ravvisabile la violazione di un diritto della personalità, come invece, si richiede per gli illeciti extracontrattuali, laddove siffatto requisito, in assenza di un'espressa previsione normativa, è considerato dalle Sezioni Unite quale presupposto fondamentale per la configurabilità del "danno ingiusto" e, dunque, della conseguente obbligazione risarcitoria avente per oggetto i danni non patrimoniali.

La ragione che potrebbe aver indotto le Sezioni Unite a limitare la risarcibilità dei danni non patrimoniali da inadempimento all'ipotesi di lesione di diritti inviolabili della persona, dovrebbe essere ricercata nell'evidente esigenza di delineare un indirizzo che fosse il più coerente possibile in tutti i suoi profili disciplinari e nei vari settori applicativi in cui fosse destinato ad operare. Ed, invero, da un'attenta disamina della decisione della Suprema Corte sembrerebbe proprio che, al fine di perseguire il suddetto obiettivo, sia stato seguito un ragionamento logico-giuridico di tipo lineare, che, muovendo dall'unica norma disciplinante i pregiudizi non patrimoniali, si conclude con la trasposizione nel settore inerente alla responsabilità contrattuale delle conclusioni alle quali si è pervenuti con riguardo alla differente disciplina degli illeciti extracontrattuali. E, cioè, una volta delineata l'interpretazione (e la sua conseguente applicazione) costituzionalmente orientata dell'art.2059 c.c., nelle sue tre diverse modalità operative – con riguardo rispettivamente alle ipotesi di illecito costituente reato, illecito normativamente previsto, illecito privo di riconoscimento normativo ai fini della risarcibilità del danno non patrimoniale – le Sezioni Unite hanno rapportato le conclusioni alle quali erano giunte in tema di illeciti civili alla diversa realtà dell'inadempimento, quasi applicando la disposizione citata alla responsabilità contrattuale in quanto costituente unico riferimento normativo disciplinante i pregiudizi non economici. Ed esattamente questo sembrerebbe essere il ragionamento seguito dalla Suprema Corte, poiché la limitazione ai soli diritti inviolabili non potrebbe spiegarsi altrimenti, una volta che si afferma sia l'idoneità del contratto alla tutela degli interessi non patrimoniali, sia la considerazione della causa in concreto quale elemento cui il Giudice deve avere riguardo per desumere la rilevanza contrattuale o meno di siffatta tipologia di interessi. Ed infatti, le Sezioni Unite sembra quasi che siano

pervenute alla suddetta conclusione in base all'assenza di un espresso riconoscimento normativo volto all'affermazione della risarcibilità dei danni non patrimoniali nell'ambito della disciplina della responsabilità contrattuale. Ed ossia, poiché nel settore dell'inadempimento nessuna norma prevede la risarcibilità dei danni non patrimoniali, occorre rifarsi ai principi generale, o meglio alla disciplina contemplata nell'art.2059 c.c. soprattutto nella parte ove, secondo la suddetta interpretazione costituzionalmente orientata, consente la risarcibilità dei pregiudizi non economici anche in assenza di un espresso riconoscimento normativo ma soltanto sia stato leso un diritto inviolabile della persona¹⁵².

Questa ricostruzione ha il pregio di ricondurre a coerenza un settore complesso come quello dei danni non patrimoniali; pur tuttavia, si presta a due rilievi critici: e cioè, da un lato, la questione conseguente all'applicabilità o meno degli altri requisiti necessari per la risarcibilità dei danni non patrimoniali in assenza di un'espressa previsione normativa, ossia quelli della gravità della lesione e della non futilità del danno, e, dall'altro, la problematica concernente all'applicabilità dell'art.2059 c.c. alla disciplina della responsabilità contrattuale.

Il primo rilievo critico è una logica conseguenza dell'impostazione che sarebbe stata implicitamente seguita dalla Cassazione, atteso che un ipotetico rinvio all'art.2059 c.c., nella sua interpretazione costituzionalmente orientata, dovrebbe subordinare la risarcibilità dei danni non patrimoniali da inadempimento anche agli altri due requisiti che sarebbero necessari in assenza di un'espressa previsione normativa, non essendo sufficiente la sola lesione dei diritti inviolabili della persona: e cioè la gravità della lesione, che si traduce nella gravità dell'offesa arrecata al diritto inviolabile, e la non futilità del danno arrecato alla vittima dell'inadempimento, ossia, al creditore.

Senonché, le Sezioni Unite nulla hanno precisato al riguardo nella parte motiva della decisione dedicata al tema che qui interessa, serbandolo un silenzio

¹⁵² GAZZARRA, *Danno non patrimoniale da inadempimento: le Sezioni Unite e le prime applicazioni della giurisprudenza di merito*, in *Danno e responsabilità*, 2009, III, p.279: "La sentenza in commento, che giunge carica di attese perché destinata a costituire una pietra miliare nella controversa storia del danno esistenziale, affronta incidentalmente, ma in modo sufficientemente approfondito, anche il tema del danno non patrimoniale da inadempimento, che necessita oggi di essere rivisitato alla luce della lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., norma che le Sezioni unite considerano pacificamente applicabile anche alla responsabilità contrattuale".

che potrebbe essere interpretato in una duplicità di sensi, ossia, tanto come implicito richiamo anche agli altri due requisiti suddetti, tanto come considerazione di sufficienza della sola lesione di un diritto inviolabile della persona.

La soluzione del quesito dipende dalla risposta alla seconda questione problematica conseguente alla ricostruzione in esame, cioè, quella concernente l'applicabilità dell'art.2059 c.c. alla disciplina della responsabilità contrattuale.

Sarebbe preferibile propendere per la prospettiva ermeneutica che esclude siffatta possibilità, non soltanto in base alle molteplici argomentazioni che una parte della dottrina ha già da tempo esposto sul punto, ma soprattutto in quanto le Sezioni Unite non menzionano affatto l'art.2059 c.c. nella parte ove si occupano del danno non patrimoniale da inadempimento, limitandosi, invece, esclusivamente a giustificare l'indirizzo favorevole alla risarcibilità in forza di una generica interpretazione costituzionalmente orientata degli artt.1218 e ss. c.c.

Ragione, questa, per la quale si dovrebbe escludere non soltanto un richiamo implicito ai requisiti della gravità della lesione e della non futilità del danno, ma anche all'applicabilità stessa dell'art.2059 c.c. financo in via analogica.

Quindi, la limitazione del risarcimento dei danni non patrimoniali da inadempimento alla sola ipotesi di lesione di un diritto inviolabile della persona dovrebbe essere considerata la conclusione di un procedimento ermeneutico volto ad interpretare in senso costituzionalmente orientato la disciplina della responsabilità contrattuale.

In tal senso si esprime quella parte della dottrina che rivaluta i passaggi della decisione delle Sezioni Unite nella parte ove riconducono all'art.1223 c.c. ed al significato onnicomprensivo che si dovrebbe conseguentemente ascrivere alla nozione di danno ivi richiamata, atteso che sarebbe proprio questa la norma dalla quale desumere in concreto la risarcibilità dei danni non patrimoniali da inadempimento¹⁵³.

¹⁵³ M. FRANZONI, *Il danno non patrimoniale del diritto vivente*, cit.: "La logica seguita è lineare, tecnicamente non poggia sulle norme che ci si sarebbe aspettato di trovare scritte (l'art. 2059, forse anche l'art. 2056 c.c.), è impiegata per effettuare una riforma in senso sostanziale, senza poterne avere la forma. Il punto forte è il richiamo all'art. 1174 c.c., secondo cui la prestazione oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere ad un interesse, anche non patrimoniale, del creditore. Da questa norma fa

discendere la risarcibilità del danno non patrimoniale, senza porsi il tema della collocazione sistematica dell'art. 2059 c.c., anzi, in un passo successivo, l'estensore rende inutile il richiamo proprio a questa norma, in favore della onnicomprensività dell'art. 1223 c.c. (§ 4.7). [...] A questo punto incomincia la vera e propria parte costruttiva: «nell'ambito della responsabilità contrattuale il risarcimento sarà regolato dalle norme dettate in materia, da leggere in senso costituzionalmente orientato» (§ 4.7, in premessa). La conseguenza è una grande innovazione, che molti interpreti avevano prefigurato, senza azzardare di promuoverla con forza: «l'art. 1218 c.c., nella parte in cui dispone che il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, non può quindi essere riferito al solo danno patrimoniale, ma deve ritenersi comprensivo del danno non patrimoniale, qualora l'inadempimento abbia determinato lesione di diritti inviolabili della persona. Ed eguale più ampio contenuto va individuato nell'art. 1223 c.c., secondo cui il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta, riconducendo tra le perdite e le mancate utilità anche i pregiudizi non patrimoniali determinati dalla lesione dei menzionati diritti» (§ 4.7).

Il risultato che si ottiene è una sostanziale riduzione del ruolo e della portata che la tradizione ha assegnato all'art. 2059 c.c., poiché, questa è la vera innovazione, il danno non patrimoniale è contenuto nell'art. 1223 c.c., al pari del danno patrimoniale. Con la precisazione che, anche al danno non patrimoniale, risulta applicabile l'art. 1225 c.c., mentre «il rango costituzionale dei diritti suscettivi di lesione rende nulli i patti di esonero o limitazione della responsabilità, ai sensi dell'art. 1229, comma 2, c.c.» (§ 4.7): così non è quando il danno è patrimoniale”.

Ancora più critico MAZZAMUTO, Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. e l'ambiguità delle Sezioni unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale, cit.: “A tale proposito, va ricordato innanzitutto che la categoria dell'ingiustizia del danno è addirittura inconcepibile al di fuori del perimetro della responsabilità extracontrattuale (114) e l'uso che se ne propone è per l'appunto il frutto dell'improprio richiamo dell'art. 2059 C.C. per legittimare la risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento.

*Il requisito dell'ingiustizia del danno dà luogo, infatti, ad un ordine di valutazioni del pregiudizio per così dire estrinseco rispetto al piano dell'obbligazione o, più in generale, della *lex contractus* cui solo invece si riferisce l'art. 1218 C.C. collegando il danno all'inadempimento secondo un relazione di effetto a causa. Ne discende che il danno da inadempimento viene alla luce di per sé giuridicizzato e rilevante ai fini del risarcimento, proprio perché rappresenta l'epilogo di un rapporto giuridico preesistente tra il danneggiato e il danneggiante, sicché e fuor di luogo ricercarne altrove nel sistema la fonte della risarcibilità (116). Ciò vale con riguardo al danno patrimoniale, tant'è che la responsabilità da inadempimento è la sede naturale del risarcimento del danno meramente patrimoniale (117); ma vale nella stessa misura anche con riguardo al danno non patrimoniale.*

Non si vuol dire che l'obbligazione e il contratto restino insensibili alle istanze di tutela della persona che provengono dall'ordinamento nel suo complesso e, in particolare, dalla Carta fondamentale; ma soltanto che il meccanismo deputato alla bisogna fuori dall'espressa volontà delle parti è ben diverso dall'immediata rilevanza sul piano risarcitorio ed opera per altre vie: l'una è la previsione di legge - il caso emblematico è l'art. 2087 C.C. in tema di obbligo di sicurezza del datore di lavoro - e l'altra è la concretizzazione della clausola generale di buona fede e correttezza”.

*Particolarmente critico nei riguardi dell'indirizzo delineato dalle Sezioni Unite anche C. SCOGNAMIGLIO, Il sistema del danno non patrimoniale dopo le decisioni delle Sezioni Unite, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, II, p.261: “[...]Il riconoscimento da parte delle Sezioni Unite della risarcibilità del danno non patrimoniale contrattuale potrebbe dirsi non utilmente affidato al criterio di selezione della lesione del diritto della persona costituzionalmente garantito: criterio che ha un senso sul versante della responsabilità extracontrattuale, a livello normativo per la presenza dell'art. 2059 c.c. e sul piano della razionalità pratica perché in quest'ambito si tratta di governare un contatto sociale non mediato da un preventivo progetto, ma che non pare invece idoneo ad escludere la tutela risarcitoria di pregiudizi non patrimoniali derivanti dalla lesione di interessi che le parti del rapporto hanno inteso comunque dedurre in obbligazione.*

Ci si può allora domandare se non sia più coerente una regola che escluda la risarcibilità del danno non patrimoniale contrattuale quando la perdita di valori personali lamentata dal creditore insoddisfatto non corrisponda a quello che potremmo definire, mutuando anche qui un concetto dalla disciplina della responsabilità extracontrattuale, "scopo di protezione" del

Un'ulteriore critica all'indirizzo delineato dalla Suprema Corte è stata sollevata in relazione al profilo concernente la modalità di rilevanza dell'interesse non patrimoniale in ambito contrattuale, atteso che il contratto avente per oggetto un diritto della personalità potrebbe anche regolamentarlo in modo tale da restringerne l'ambito di tutela, ovviamente nei limiti in cui ciò sia consentito al titolare dall'ordinamento¹⁵⁴.

Ed, infatti, il contratto, così come può ascrivere rilevanza ad interessi non patrimoniali non costituzionalmente rilevanti, si pensi all'ipotesi dell'abito nuziale commissionato dalla sposa al sarto e mai consegnato ovvero realizzato non a regola d'arte¹⁵⁵, dall'altro, potrebbe financo limitare diritti fondamentali della persona, si pensi alla frequenza di un corso di insegnamento contraddistinto da metodi di apprendimento particolarmente severi ed implicanti

comportamento dedotto in obbligazione (come obbligo di prestazione o come obbligo di protezione).

Risulterebbe, in questo caso, decisiva l'interpretazione del contratto secondo buona fede, che potrebbe condurre a qualificare come danno non patrimoniale da inadempimento risarcibile anche il danno derivante dalla violazione di una convenzione di rilascio di cambiali, sotto il profilo della lesione della reputazione e dell'immagine personale del creditore di questa peculiare prestazione; e ad analogo risultato potrebbe, del resto, condurre il criterio interpretativo, basato sulla individuazione della causa del contratto, intesa come "sintesi degli effetti reali che il contratto stesso è diretto a realizzare", proposto dalle Sezioni Unite".

¹⁵⁴ MAZZAMUTO, *Il rapporto tra gli artt.2059 e 2043 c.c. e l'ambiguità delle Sezioni unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, in *Contratto e impresa*, 2009, III, p.619-620.: "Un accenno infine alla responsabilità contrattuale. Le Sezioni unite sul punto non sono conseguenti giacché muovono dalla premessa, fuori segno, secondo cui l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art.2059 C.C. consente ora di affermare che anche nella materia della responsabilità contrattuale è dato il risarcimento dei danni non patrimoniali e svolgono poi un ampio ragionamento - ben più corretto - che lega la risarcibilità dei valori della persona secondo le regole della responsabilità da inadempimento all'accertamento che tali valori siano ricompresi nel piano dell'obbligazione o per previsione di legge o per opzione delle parti, in quanto inclusi nella causa in concreto del contratto. Il Supremo collegio recepisce, dunque, le indicazioni offerte dal dibattito dottrinale degli ultimi decenni, ma le colloca in una cornice fuorviante per due ragioni: a) perché nessun conforto in ordine all'ampiezza del danno risarcibile ex art. 1218 C.C. si può trarre dal distinto campo della responsabilità aquiliana; b) perché così si trascura che il contratto dà vita ad un piano della rilevanza giuridica autonomo, anche se ovviamente coordinato con lo *iuspositum*, che è in grado di conferire rilievo anche ad interessi non espressamente previsti né dalla Carta fondamentale né dalla legislazione ordinaria, ma al contempo può persino attenuarne la tutela, ma non certamente sino a compromettere la dignità o la libertà, sicché il moto tra contratto e legge in questo caso procede in senso esattamente inverso rispetto a quello prospettato dalle Sezioni unite".

¹⁵⁵ MAZZAMUTO, *Il rapporto tra gli artt.2059 e 2043 c.c. e l'ambiguità delle Sezioni unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, cit.: "Il contratto con il quale si commissiona ad un professionista la confezione dell'abito da nozze conferisce giuridica rilevanza a profili soggettivi - come la partecipazione emotiva legata alla circostanza che l'oggetto della prestazione professionale è funzionale ad un evento di speciale rilievo e per lo più irripetibile - rispetto ai quali si può certamente concepire una lesione a causa dell'inadempimento della prestazione principale, soprattutto se le modalità del mancato o inesatto adempimento si rivelino di particolare gravità, come, ad esempio, nel caso limite del dolo o dell'imperizia grave".

punizioni assai rigorose¹⁵⁶. In entrambe le ipotesi si dovrebbe ritenere iniquo desumere dall'art.2059 c.c. dei limiti alla risarcibilità del danno non patrimoniale, in quanto, da un lato, se dalla disciplina della responsabilità extracontrattuale non possono desumersi indici per la risarcibilità dei danni non patrimoniali allo stesso modo non se ne potrebbero desumere nemmeno delle limitazioni, essendo, infatti, la responsabilità extracontrattuale a mutuare parte della propria disciplina da quella contrattuale in forza rinvio contemplato dall'art.2056 c.c. e non viceversa; dall'altro lato, la rilevanza dell'interesse non patrimoniale andrebbe valutato alla stregua dell'obbligazione e della sua fonte, ossia, nei casi citati, il contratto, potendosi giungere in entrambi gli esempi financo alla risarcibilità del patema d'animo ossia del c.d. danno morale¹⁵⁷.

In conclusione, poi, non manca chi in dottrina dubita della idoneità processuale della sentenza delle Sezioni Unite nella parte ove si occupa della questione in esame ad assolvere ad una effettiva funzione nomofilattica, poiché in nessuna delle cause in concreto decise con la pronuncia *de qua* si rinviene una *causa petendi* o un *petitum* tale da richiedere un *dictum* in tema di danni non patrimoniali da inadempimento, sebbene fosse stato comunque formulato un espresso quesito nell'ordinanza di rimessione. Tuttavia, l'intento di voler fornire un orientamento interpretativo univoco in un settore così complesso

¹⁵⁶ MAZZAMUTO, *Il rapporto tra gli artt.2059 e 2043 c.c. e l'ambiguità delle Sezioni unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, cit.: "La *lex contractus* può essere però anche il luogo in cui taluni valori personalistici subiscono un'attenuazione della tutela rispetto alla loro normale rilevanza, come potrebbe accadere nel caso di un contratto di insegnamento improntato ad un metodo didattico particolarmente ruvido che contempra la possibilità di pubbliche umiliazioni dello scolaro neghittoso: è evidente che in un'ipotesi del genere la *lex contractus* consente lesioni della dignità personale che altrimenti ammonterebbero ad inadempimento per violazione dell'art. 1175 C.C., quale fonte dell'obbligo del debitore di proteggere la dignità del creditore in ossequio dell'art. 2 Cost., sempreché una siffatta limitazione rientri in quel margine di disponibilità riservato ai soggetti privati in materia di valori personalistici (come accade per la privacy; per il nome, per l'immagine ecc.)".

¹⁵⁷ MAZZAMUTO, *Il rapporto tra gli artt.2059 e 2043 c.c. e l'ambiguità delle Sezioni unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, cit.: "Sotto questo profilo, non sarebbe condivisibile l'opinione che neghi la risarcibilità ex artt. 1218 ss. C.C. del danno morale se non nei limiti imposti dall'art. 2059 C.C., ossia nei casi di espressa previsione legislativa. E la ragione è duplice.

Per un verso, v'è un rischio di incoerenza e, come si ritiene di non poter trarre dal sistema della responsabilità extracontrattuale indici della rilevanza del danno non patrimoniale nel diverso settore della responsabilità contrattuale, così non se ne possono ricavare limitazioni. Per altro verso, la rilevanza o meno del patimento va desunta anch'essa dal piano dell'obbligazione e, se si tratta di obbligazione nascente da contratto, dalla causa negoziale, entrambi conformati dalla legge e/o dalla privata autonomia sicché, se da tali indici si desume l'inclusione nella prestazione o negli obblighi accessori della godibilità del bene dovuto o della serenità del creditore, l'eventuale regola di responsabilità non potrà che stendere la propria ala anche sul patimento o sul disagio d'animo, come nel caso emblematico del pregiudizio per vacanza rovinata a proposito del contratto di pacchetto turistico, su cui si sono pure pronunziate la Corte europea di giustizia e la Corte di Cassazione".

come quello in esame giustificerebbe il riconoscimento al capo 4 della stessa forza vincolante sul piano interpretativo propria degli altri capi della decisione¹⁵⁸.

Ci si chiede se l'indirizzo delineato dalle Sezioni Unite con riguardo alla risarcibilità dei danni non patrimoniali da inadempimento possa essere superato dai profili critici sovra riportati.

La questione è di particolare momento poiché al suddetto superamento si frappone un ostacolo di ordine processuale di non poco rilievo; si tratta del nuovo testo dell'art.360bis¹⁵⁹ c.p.c., come introdotto dalla legge 18 giugno 2009 n°49, che, infatti, statuisce l'inammissibilità del ricorso in cassazione laddove i motivi di illegittimità contestati dal ricorrente attengano a questioni di diritto sulle quali la Suprema Corte si è già pronunciata enunciando degli indirizzi ai quali il provvedimento impugnato si è uniformato, sempreché l'esame dei motivi non offra elementi per confermare o mutare l'orientamento precedente¹⁶⁰.

¹⁵⁸ M. FRANZONI, *Il danno non patrimoniale del diritto vivente*, cit.: *“Questo capo della decisione è davvero quello più innovativo in questa serie di pronunce. Non è certo se si tratti una vera e propria ratio decidendi, poiché in nessuna delle cause c’era una causa petendi e neppure un petitum che richiedesse un dictum come quello appena riportato. Ad ogni buon conto, l’intento sistematico perseguito con queste decisioni va ben al di là del rinvio alle controversie pendenti, sicché si può ipotizzare che la capacità di convincimento di questo capo sia pari a quello proprio di un altro che, nella medesima decisione, presenti il carattere della ratio decidendi”*.

¹⁵⁹ Art. 360-bis c.p.c. (Inammissibilità del ricorso) «Il ricorso è inammissibile:

- 1) quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa;
- 2) quando è manifestamente infondata la censura relativa alla violazione dei principi regolatori del giusto processo».

¹⁶⁰ Al di là delle perplessità che la norma in esame ha destato in dottrina ed in Giurisprudenza in relazione al significato da ascrivere alla locuzione “principi regolatori del giusto processo” ivi richiamata al punto 2), con riguardo all’ipotesi del punto 1) si potrebbero muovere delle critiche nella parte ove si limita la possibilità per la Corte di Cassazione di rivedere i propri precedenti orientamenti. Sebbene, infatti, da un lato, la finalità deflattiva della previsione di inammissibilità di cui al punto 1) sia, senza ombra di dubbio, di grande utilità laddove introduce, di fatto, un filtro preordinato ad evitare un’eccessiva mole di ricorsi aventi per oggetto la medesima questione di diritto, dall’altro, non si può trascurare la circostanza inerente alla opportunità, se non addirittura in taluni casi alla necessità, che la Suprema Corte riveda alcuni indirizzi precedentemente delineati. La bontà di siffatta affermazione può agevolmente essere riscontrata laddove ci si soffermi sull’esame delle decisioni della Cassazione concernenti questioni di diritto particolarmente dibattute. Una per tutte, ad esempio, quella inerente la risarcibilità del danno non patrimoniale. Se, infatti, l’art.360bis c.p.c. fosse stato in vigore nel nostro ordinamento processual-civiltistico sin dagli anni ottanta, non vi sarebbe stata quella evoluzione del pensiero giurisprudenziale che si è avuta con particolare riguardo al danno biologico, che, infatti, la Suprema Corte aveva in un primo momento ritenuto risarcibile ai sensi del combinato disposto degli artt.32 Cost. e 2043 c.c., per poi affermarne la risarcibilità ai sensi dell’art.2059 c.c. interpretando siffatta disposizione nel senso costituzionalmente orientato che le Sezioni Unite n°8827 e 8828 del 2003 hanno successivamente delineato. Qualora, infatti, l’art.360bis

Per poter stimolare una nuova pronuncia delle Sezioni Unite occorrerebbe, infatti, riformulare la questione in maniera diversa rispetto al passato, sebbene, in tal senso, non aiuta di certo la particolare genericità del quesito sollevato nell'ordinanza di rimessione (ord. rim. n°4712/2008).

Concentrando l'attenzione sulla pronuncia della Suprema Corte si potrebbe sottolineare che, a fronte del generico riconoscimento dell'idoneità del contratto alla tutela degli interessi non patrimoniali, la successiva limitazione rappresentata dalla necessaria lesione di un diritto inviolabile della persona sia la conseguenza logica dell'interpretazione costituzionalmente orientata degli artt.1218 e ss. c.c., atteso che essendo stata richiamata la Costituzione quale parametro interpretativo di riferimento, era ovviamente ai valori ivi espressi che si sarebbe dovuto avere riguardo. Donde il limite dei diritti inviolabili della personalità che sono espressamente o implicitamente sanciti e riconosciuti dalla nostra Carta Fondamentale.

Senonché a differente conclusione si dovrebbe pervenire laddove il parametro di riferimento interpretativo non sia più quello costituzionale, ma soltanto quello rappresentato dalle norme del Codice Civile, nel loro significato più ampio e prossimo a quel processo di de-patrimonializzazione che nel nostro ordinamento ha interessato il diritto privato ormai da decenni sul piano normativo ed ermeneutico.

In tal modo si potrebbe affermare la possibilità che l'obbligazione risarcitoria si configuri anche ogniqualvolta l'inadempimento abbia leso un interesse non patrimoniale, anche non di rilievo costituzionale, purché meritevole di tutela e debitamente dedotto nel contratto dalle parti.

Un ulteriore profilo, poi, si potrebbe rilevare in ordine agli influssi prodotti dal diritto comunitario nell'ordinamento interno.

c.p.c. fosse stato in auge prima del 2003, le Sezioni Unite difficilmente avrebbero potuto fornire quell'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art.2059 c.c. che ha ricondotto il risarcimento di tutti i danni non patrimoniali in siffatta norma, rinvenendo nell'art.2043 c.c. la disposizione disciplinante il risarcimento soltanto dei danni propriamente patrimoniali.

Sul punto le Sezioni Unite¹⁶¹ si sono già espresse prevedendo la possibilità che la disciplina contemplata dall'art.2059 c.c., nella sua interpretazione costituzionalmente orientata, possa essere superata da una norma comunitaria che “*preveda il risarcimento del danno non patrimoniale senza limiti*”. Tuttavia nulla è detto con riguardo al diverso settore della responsabilità contrattuale. Donde l'opinione preferibile, secondo la dottrina, volta a non estendere alla disciplina dell'inadempimento i limiti dell'art.2059 c.c.

Se questo è l'indirizzo da seguire si potrebbero prospettare nuove questioni alle Sezioni Unite quali, in particolare: *a)* l'ipotesi in cui la normativa comunitaria disciplinante i rapporti contrattuali in determinato settore stabilisca in generale la risarcibilità piena del nocimento sofferto, senza specificare la tipologia di danni risarcibili; *b)* l'ipotesi in cui alla risarcibilità dei danni non patrimoniali si possa pervenire in applicazione di quel generale principio immanente nell'ordinamento comunitario secondo il quale la lesione di un interesse comunitariamente rilevante legittimerebbe il relativo titolare a domandare ed ottenere il pieno ristoro dei pregiudizi sofferti, tanto se patrimoniali quanto se non patrimoniali.

Insomma, si tratta di capire se in assenza di un espresso riconoscimento normativo si possa implicitamente desumere dalla disciplina comunitaria di settore o dai principi generali la risarcibilità dei danni non patrimoniali in ambito contrattuale. Si tratta di un profilo giuridico di non poco momento atteso che la disciplina concernente il risarcimento dei pregiudizi non economici non è affatto uniforme negli ordinamenti dei vari Stati membri, come testimonia l'esperienza del danno da vacanza rovinata, essendo possibile distinguere due tipologie di discipline: e cioè da un lato quella ove la risarcibilità non è soggetta a limiti particolari, e, dall'altro, quella ove la risarcibilità è subordinata ad un'espressa previsione normativa che l'affermi con riguardo alla specifica fattispecie del caso.

¹⁶¹ Cass. Sez. Unite, n. 26972, del 11/11/2008: “3.7 Il superamento dei limiti alla tutela risarcitoria dei danni non patrimoniali, che permangono, nei termini suesposti, anche dopo la rilettura conforme a Costituzione dell'art. 2059 c.c., può derivare da una norma comunitaria che preveda il risarcimento del danno non patrimoniale senza porre limiti, in ragione della prevalenza del diritto comunitario sul diritto interno. Va ricordato che l'effetto connesso alla vigenza di norma comunitaria è quello non già di caducare, nell'accezione propria del termine, la norma interna incompatibile, bensì di impedire che tale norma venga in rilievo per la definizione della controversia innanzi al giudice nazionale (Corte cost. n. 170/1984; S.U. n. 1512/1998; Cass. n. 4466/2005)”.

È una questione di particolare complessità, con risvolti pratici di non poco momento non solo per il diritto ma anche per l'economia ed i difficili equilibri che le Istituzioni Comunitarie tentano di assicurare per favorire l'unità del mercato unico europeo.

Tuttavia, sarebbe possibile ritenere che la questione giuridica formulata nei modi riportati possa ugualmente stimolare una nuova pronuncia delle Sezioni Unite superando gli ostacoli frapposti dall'art. 360bis c.p.c. all'ammissibilità del ricorso in cassazione.

La soluzione ai quesiti predetti, comunque, potrebbe essere positiva laddove si rilevi la natura non patrimoniale dell'interesse comunitariamente rilevante leso dall'inadempimento e laddove l'eventuale disparità di disciplina prevista dal diritto interno dei vari Stati membri possa essere risolta condividendo a livello europeo l'indirizzo più favorevole alla pretesa risarcitoria del creditore sempreché ciò non pregiudichi l'unità del mercato comunitario. Siffatta prospettiva sarebbe praticabile nel nostro Paese in forza di un'interpretazione comunitariamente orientata dell'art.1174 c.c.

6. La giurisprudenza successiva alla pronuncia delle Sezioni Unite

Le pronunce della giurisprudenza di merito successive alla decisione delle Sezioni Unite sembrano essere aderenti all'indirizzo ermeneutico delineato dalla Suprema Corte in tema di danni non patrimoniali da inadempimento, atteso che, da un lato, non si ricorre più alla teoria del cumulo, e, dall'altro, si limita il risarcimento alle ipotesi di lesione di diritti inviolabili della persona.

Senonché, in alcune decisioni si coglie una certa elasticità nel giudicare l'inadempimento contrattuale quale fatto lesivo dei suddetti diritti, a siffatto esito pervenendosi sulla base della genericità del dettato normativo dell'art.2 Cost. che, infatti, consente all'interprete il riconoscimento di sempre nuovi diritti ascrivibili alla sfera della personalità. Più precisamente i Giudici sembrano propensi ad ampliare l'ambito di operatività dei diritti fondamentali della persona, qualificando come tali anche interessi che sebbene riconducibili alla sfera a-reddituale di ciascun individuo non paiono potersi propriamente ritenere fondamentali in assenza di un espresso riconoscimento normativo a livello costituzionale. Si tratta, per vero, della medesima tendenza interpretativa estensiva che la Giurisprudenza di merito aveva mostrato già in precedenza in

sede di applicazione della teoria del concorso di responsabilità spingendosi al punto da riconoscere diritti assoluti di nuova affermazione, come ad esempio quello all'integrità patrimoniale, al fine di qualificare l'inadempimento quale causa di un danno ingiusto per così ammettere la risarcibilità anche dei danni non patrimoniali.

Il profilo problematico esposto potrebbe rinvenirsi con riguardo alle ipotesi in cui l'inadempimento sia reputato lesivo dell'onore e della dignità personale. In tal senso si può citare la pronuncia con le quali il Tribunale di Bari¹⁶² ha riconosciuto il diritto al risarcimento del danno non patrimoniale al correntista cui la banca aveva addebitato, in virtù in grossolano ed reiterato errore, l'emissione di alcuni assegni a vuoto. Il correntista, infatti, pur essendo stato pienamente assolto nel processo penale intentato nei suoi confronti, era stato lesa nella propria reputazione a causa della pubblicità negativa conseguente all'episodio nel quale incolpevolmente era incorso; donde, il suo diritto al risarcimento del danno non patrimoniale in quanto la condotta della banca era stata ritenuta fonte di stress ed ansia per il correntista, con pregiudizio per il suo diritto alla salute. Ancora più singolare, poi, è il caso deciso dal Tribunale di Lecce, atteso che il diritto al risarcimento dei danni non patrimoniali si desume alla lesione soltanto dell'onore e della reputazione (e, quindi, non anche della salute) conseguente alla pubblicità dell'insolvenza derivante dal protesto illegittimamente levato dalla banca nei confronti del proprio correntista¹⁶³.

Ancora in questo filone giurisprudenziale si può citare la decisione del Tribunale di Roma che, giudicando sul caso della responsabilità del ristoratore per aver perpetrato un inadempimento in occasione di un banchetto nuziale, ha ritenuto che la categoria dei diritti inviolabili ai quali rinviano le Sezioni Unite sia da intendere in senso ampio, essendo sufficiente per la risarcibilità del danno non patrimoniale la lesione di un diritto della personalità in generale, in virtù dell'ampia portata ascrivibile al dettato normativo dell'art.2 Cost.¹⁶⁴.

¹⁶² Trib. Bari, 20 gennaio 2009, in *Danno resp.*, 2009, 687.

¹⁶³ Trib. Lecce, Sez. dist. Maglie, 11 febbraio 2009, in *www.personaedanno.it*. Il Tribunale, in questo caso, ha reputato che il fatto abbia determinato un danno esistenziale.

¹⁶⁴ Trib. Roma, 21 luglio 2009, Rel. Thellung de Courtelary, in *www.personaedanno.it*. Per un esame più approfondito vedi DI MARZIO, *Danno non patrimoniale da inadempimento: le prime pronunce di merito dopo le Sezioni Unite*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, XII, ove in nota si afferma che: "Secondo la pronuncia il risarcimento del danno non patrimoniale determinato da inadempimento contrattuale non richiede che l'inadempimento abbia comportato la lesione di

Si riscontrano, peraltro, anche pronunce in cui i Giudici correttamente applicando gli indirizzi delle Sezioni Unite rigettano le istanze risarcitorie presentate dai creditori, ritenendole infondate perché non lesive di un diritto inviolabile della persona. In tal senso si possono citare le pronunce con le quali è stato escluso il diritto al risarcimento dei danni non patrimoniali conseguenti dalla mancata consegna della documentazione concernente la completa agibilità, regolarità amministrativa e collaudo di un ascensore costituente unico accesso ai box¹⁶⁵, ovvero dalla mancata realizzazione della “casa dei propri sogni” progettata da un architetto e del tutto irrealizzabile in quanto in contrasto con normativa edilizia locale¹⁶⁶, ecc...

Particolarmente copiosa è, poi, la giurisprudenza in tema di risarcimento del danno da distacco del servizio telefonico, anche se non sembra ancora che i Giudici di merito seguano un orientamento univoco. Infatti, se per il Tribunale di Montepulciano¹⁶⁷ il fatto in esame è certamente fonte di responsabilità per la compagnia telefonica poiché pregiudizievole della possibilità di esplicare un’attività abituale rilevante nella quotidianità della vita della persona (soprattutto in considerazione della circostanza che il distacco si era protratto per circa un anno), il Tribunale di Roma¹⁶⁸ esclude che, in astratto, il distacco per servizio telefonico possa ritenersi fonte di un danno esistenziale sempre, poiché al disagio che ne consegue l’utente potrebbe ovviare con poche decine di Euro munendosi di un telefono cellulare. In questa pronuncia, infatti, il

un diritto inviolabile o, comunque, costituzionalmente protetto e, in concorso col requisito della prevedibilità del danno, trova il suo fondamento giuridico nell'art. 1223 c.c., dovendosi interpretare la nozione di "perdita" ivi prevista come perdita patrimoniale e non patrimoniale. Determina pertanto pregiudizio morale ed esistenziale risarcibile la qualità particolarmente scadente del banchetto nuziale, dovuta alla scarsità del cibo, alla lentezza del servizio ed alla scortesia ed impreparazione dei camerieri”.

¹⁶⁵ Trib. Lodi, 27 gennaio 2009, in www.lex24.ilsole24ore.com.

¹⁶⁶ Trib. Trieste, 8 gennaio 2009, in *Danno resp.*, 2006, 439. Per un esame più puntuale si veda DI MARZIO, *Danno non patrimoniale da inadempimento: le prime pronunce di merito dopo le Sezioni Unite*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, XII: “È stato così affermato che, sebbene l'esecuzione di un progetto non realizzabile perché contrario alla locale normativa edilizia, da parte dell'architetto che abbia ricevuto incarico di progettazione della casa di abitazione del committente, costituisca inadempimento contrattuale, tale inadempimento non genera un pregiudizio esistenziale risarcibile, giacché il diritto a realizzare "il sogno della propria vita", attraverso l'edificazione della propria casa, non è seriamente qualificabile come diritto di rilevanza costituzionale. Secondo la stessa pronuncia, poiché il contratto d'opera intellettuale avente ad oggetto la progettazione, da parte di un architetto, della casa di abitazione del committente non corrisponde ad un interesse anche non patrimoniale del creditore, non è risarcibile il danno biologico cagionato al committente medesimo dall'inadempimento menzionato”.

¹⁶⁷ Trib. Montepulciano, 20 febbraio 2009, in questa *Rivista*, 2009, 1128; in www.personaedanno.it.

¹⁶⁸ Trib. Roma, 12 maggio 2009, Rel. Thellung de Courtelary, inedita.

Tribunale di Roma applica l'art.1227 c.2 c.c. nella parte ove si limita la responsabilità civile del danneggiante soltanto ai danni che il debitore non avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza.

7. Cenni di diritto comparato

Il dibattito intorno alla risarcibilità dei danni non patrimoniali da inadempimento assume particolare rilievo anche in ambito sovranazionale perché, essendo riconducibile al più ampio tema della responsabilità contrattuale, può avere una certa influenza sui rapporti commerciali ed economici comunitari ed internazionali.

L'esigenza di uniformazione delle discipline nazionali con riguardo al diritto contrattuale, in generale, infatti, è stata da sempre avvertita in ambito internazionale e comunitario.

Non a caso la Commissione, con una Comunicazione dell'11 luglio 2001, aveva sottolineato l'importanza della problematica in esame, sottolineando la necessità di uniformare il diritto contrattuale europeo in quanto le differenze rinvenibili nella disciplina della responsabilità civile da inadempimento degli Stati membri erano ritenute potenzialmente idonee a pregiudicare quel processo di armonizzazione e riavvicinamento degli ordinamenti nazionali che le Istituzioni Comunitarie da tempo tendono di realizzare, con conseguente possibilità di squilibri concorrenziali consistenti.

Alcuni significativi tentativi sono stati compiuti con l'elaborazione dei c.d. *Principi Unidroit* e con i *Principi di diritto europeo dei contratti* (PDEC), i quali, rispettivamente in ambito internazionale ed in ambito comunitario, hanno concepito delle regole uniformi per la disciplina dei rapporti contrattuali contraddistinti da elementi di estraneità rispetto al diritto interno.

Con riguardo ai primi, l'ambito di applicazione è definito nel preambolo laddove si precisa che i suddetti Principi saranno applicabili *a)* quando le parti hanno convenuto che il loro contratto sia da essi disciplinato; *b)* ovvero quando le parti hanno convenuto che il loro contratto sia regolato dai "principi generali del diritto", dalla "*lex mercatoria*", o simili; *c)* nonché quando le parti non scelto il diritto applicabile al loro contratto¹⁶⁹.

¹⁶⁹ Nel preambolo si specificano poi le ulteriori funzioni che possono essere assolte dai Principi, atteso che essi possono essere utilizzati per l'interpretazione o l'integrazione degli strumenti di diritto internazionale uniforme (si pensi ad esempio alla Convenzione di Vienna del 1980,

Per quanto di nostro interesse i *Principi Unidroit*, disciplinando al Capitolo 7 l'inadempimento, con specifico riguardo al risarcimento del danno stabiliscono all'art.2 della Sezione 4 la regola secondo cui il creditore ha diritto ad ottenere un ristoro integrale dei pregiudizi sofferti¹⁷⁰. Gli aspetti più significativi si colgono, da un lato, nell'affermazione, tanto nella rubrica quanto nel testo dell'art. 7.4.2, del principio di risarcibilità integrale del danno che di per sé sarebbe stato forse sufficiente ad ammettere il risarcimento anche dei danni non patrimoniali, e, dall'altro, la specificazione al c.2 che il danno risarcibile potrebbe essere anche di natura non patrimoniale e comprendere, ad esempio, la mera sofferenza fisica e morale.

La locuzione adoperata nella disposizione del c.2 è indicativa della volontà di estendere il risarcimento non soltanto ai danni alla salute bensì anche a quei pregiudizi che potrebbero incidere su aspetti differenti, come la lesione all'onore o alla reputazione, ecc... Ne consegue la necessità che sia il Giudice a dover caso per caso valutare quale pregiudizio non patrimoniale risarcire affinché il ristoro del pregiudizio subito dal creditore a causa dell'inadempimento del debitore sia integrale. Tuttavia, si coglie anche un'ulteriore precisazione nella parte ove all'art. 7.4.4 si limita il risarcimento al danno prevedibile al tempo della conclusione del contratto¹⁷¹. Siffatta previsione sembra in armonia con quanto previsto nel nostro ordinamento dall'art.1225 c.c.¹⁷², così come in Francia dal *Code civil* all'art.1150, sebbene nei *Principi Unidroit* non vi sia menzione alcuna alla possibile estensione del risarcimento anche ai danni prevedibili in caso di inadempimento doloso del debitore, in ciò sembrando volersi attenere su posizioni prudenti volti a non

concernente la vendita internazionale di beni mobili), nonché del diritto nazionale applicabile, oppure come modello per i legislatori nazionali ed internazionali (come sembra sia avvenuto nell'ambito dei lavori di preparazione della riforma del BGB tedesco, riguardante il diritto delle obbligazioni, entrata in vigore nel 2002).

¹⁷⁰ *Principio Unidroit 7.4.2.* (Risarcimento integrale): «1. Il creditore ha diritto al risarcimento integrale del danno subito in conseguenza dell'inadempimento. Il danno comprende sia ogni perdita sofferta che ogni mancato guadagno, tenuto conto dei vantaggi economici che il creditore ha ottenuto evitando spese e danni».

«2. Il danno può essere di natura non patrimoniale e comprende, per esempio, la sofferenza fisica e morale».

¹⁷¹ *Principio Unidroit 7.4.4.* (Prevedibilità del danno): «La parte inadempiente è responsabile solo per il danno che ha previsto o poteva prevedere al momento della conclusione del contratto come possibile conseguenza dell'inadempimento».

¹⁷² Così come in Francia ove il *Code civil* prevede all'art.1150 che: «Il debitore è tenuto solo al risarcimento dei danni che sono stati previsti o che si è potuto prevedere al momento del contratto quando non è per suo dolo che l'obbligazione non è adempiuta».

estendere indiscriminatamente la pretesa risarcitoria a qualsiasi pregiudizio, stante, peraltro, l'espressa apertura ai danni non patrimoniali.

Con riguardo, poi, ai Principi di diritto europeo dei contratti (PDEC), noti anche come Codice Lando, occorre precisare che la loro applicazione dipende ancora una volta dalla volontà parti, in quanto essi si applicano: *a)* anzitutto quando i contraenti hanno convenuto di inserirli nel contenuto del contratto o hanno convenuto che il contratto sia regolato da essi; *b)* quando le parti hanno convenuto che il contratto sia regolato dai "principi generali del diritto", dalla "*lex mercatoria*" o hanno usato espressione analoga; *c)* quando le parti non hanno scelto altro sistema di regole o altre norme di diritto per disciplinare il contratto¹⁷³. Anche in questi casi, come per i *Principi Unidroit*, l'applicazione delle regole di diritto previste per la disciplina dei rapporti contrattuali dipende in larga misura dalla volontà delle parti. È necessario tuttavia precisare che l'ambito di operatività dei PDEC è più contenuto rispetto a quello dei *Principi Unidroit*, in quanto, essendo una convenzione conclusa tra i Paesi membri dell'Unione Europea, è destinata ad esplicare effetti soltanto nei rapporti contrattuali all'interno dello spazio economico europeo, come più esattamente precisa l'art. 1:101 nella parte ove sancisce che: "*I Principi sono destinati ad essere applicati come norme generali di diritto dei contratti nell'Unione Europea*".

La disciplina ivi prevista nella parte ove all'art.8:108, rubricato "Esonero da responsabilità dovuto a impedimento", precisa che "*1. Il debitore non risponde dell'inadempimento se prova che esso è dovuto a un impedimento al di là della propria sfera di controllo e del quale non ci si poteva ragionevolmente aspettare che egli tenesse conto al momento della conclusione del contratto né che dovesse evitare o superare l'impedimento o le sue conseguenze*" sembra aderente il linea generale con quella stabilita nel nostro ordinamento dall'art.1218 c.c., nonché dall'art.1147 del *Code Civil* francese e dal §280 del BGB tedesco¹⁷⁴.

¹⁷³ Lo stabilisce l'art.1:101 dei PDEC che peraltro aggiunge al c.4 la possibilità che i principi suddetti possano fornire una soluzione alla controversia da decidere quando il sistema o le norme della legge applicabile non vi provvedano.

¹⁷⁴ L'art.1174 del *Code Civil* francese prevede che: "il debitore è condannato, se necessario, al pagamento del risarcimento dei danni, sia in ragione dell'inadempimento dell'obbligazione, sia in ragione del ritardo nell'adempimento, tutte le volte che non prova che l'inadempimento proviene da una causa estranea che non può essergli imputata, anche quando non vi sia mala fede da parte sua".

Ma la disposizione che più rileva in questa sede perché di nostro maggiore interesse è senza dubbio quella contemplata dall'art.9:501 che infatti, dopo avere al c.1 sancito il diritto del creditore al risarcimento ogniqualvolta l'inadempimento non sia dovuto ad una delle cause di esonero della responsabilità indicate nell'art.8:108, al c.2 espressamente chiarisce che il pregiudizio risarcibile comprende sia la perdita futura ragionevolmente prevedibile, sia, soprattutto, il danno non patrimoniale¹⁷⁵. Da questo esplicito riconoscimento si desume la possibilità di ascrivere rilievo non soltanto ai danni fisicamente subiti dalla persona del creditore ma anche a quelli più propriamente morali, stante la genericità della locuzione di danno non patrimoniale ivi adoperata. Per cui tra l'art.9:501 dei PDEC e l'art. 7.4.2 dei *Principi Unidroit* non si colgono divergenze di rilievo nonostante il primo rinvii genericamente alla nozione di danno non patrimoniale, mentre il secondo specifici a titolo meramente esemplificativo che i danni non patrimoniali possono essere fisici e morali.

Una lieve differenza di disciplina, invece, si coglie con riguardo al limite della prevedibilità dei danni risarcibili, atteso che l'art.7.4.4 dei *Principi Unidroit* lo afferma senza deroghe, mentre l'art. 9:503 dei PDEC ne prevede

Il BGB tedesco, invece, prede al § 280 che "1. Se il debitore viola un obbligo derivante dall'obbligazione, il creditore può richiedere il risarcimento del danno che ne è derivato. Ciò non vale se la violazione dell'obbligo non è imputabile al debitore.

2. Il creditore può pretendere il risarcimento del danno per ritardo della prestazione solamente se sussistono gli ulteriori presupposti del § 286.

3. Il creditore può richiedere il risarcimento in luogo della prestazione solo quando sussistono gli ulteriori presupposti del § 281 o del § 283".

¹⁷⁵ M. FRANZONI, *Il danno non patrimoniale del diritto vivente*, cit.: "Sulla falsariga si pongono i «Principi di diritto europeo della responsabilità civile» i quali, dopo aver previsto che «il danno postula una lesione materiale o immateriale ad un interesse giuridicamente protetto» (art. 2:101), definendo il danno non patrimoniale, impiega una fattispecie a tal punto ampia da non escludere che la sua fonte possa essere un inadempimento.

In Italia pare che l'intervento del legislatore sia superato dal fatto che l'interprete si rende protagonista del mutamento del precetto attraverso l'interpretazione. Il punto decisivo è l'apertura dell'art. 1223 c.c., tradizionalmente ritagliato a misura del danno non patrimoniale. Il richiamo all'art. 1174 c.c., sul punto dell'interesse del creditore, il riferimento alla rilettura costituzionale dell'intera vicenda porta a ritenere che nel 1223 c.c. è come se ci fosse anche l'art. 2059 c.c.".

Un cenno merita anche l'art. 3.701 del Draft Common Frame of Reference nei «*Principles Definitions and Model Rules of European private Law*», che, con riguardo al *right to damages*, al comma 3, afferma che: «"Loss" includes economic and non-economic loss. "Economic loss" includes loss of income or profit, burdens incurred and a reduction in the value of property. "Non economic loss" includes pain and suffering and impairment of the quality of life». Si tratta di una disposizione inserita nell'ambito di un Progetto Quadro Comune di Riferimento affidato dalla Commissione Europea ad un gruppo di studiosi al fine di elaborare un quadro comune di riferimento per il diritto dei contratti. Per maggiori chiarimenti si vedano gli atti del convegno "Il Draft Common Frame of Reference del diritto privato europeo", Roma 23-24 settembre 2008, a cura del Consiglio Nazionale Forense, Scuola Superiore dell'Avvocatura.

l'inoperatività laddove l'inadempimento sia dipeso da dolo, nonché (e in ciò si ravvisa la portata innovativa rispetto a quanto previsto dall'art.1225 c.c. così come dall'art.1150 del *Code Civil*) da colpa grave¹⁷⁶.

Da quanto riportato emerge chiaramente il riconoscimento della risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento quale regola generalmente accolta a livello sovranazionale, in quanto costituirebbe una proiezione applicativa del principio di integralità del risarcimento immanente nella comunità europea ed internazionale.

Che poi i Principi in esame siano stati previsti al fine di uniformare per quanto possibile le legislazioni interne ai vari Stati è evidente laddove si consideri che ai medesimi si riconosce il rango di parametri di riferimento per l'interpretazione del diritto nazionale applicabile nonché per la risoluzione delle controversie contrattuali.

Infatti, le discipline nazionali in tema di risarcibilità dei danni non patrimoniali da inadempimento sono assai differenti fra loro, anche se ormai si tratta di un principio comunemente riconosciuto in molti ordinamenti.

Così, esaminando dapprima i Paesi di *common law*, possiamo precisare che in Gran Bretagna la giurisprudenza ha affermato questo principio superando l'orientamento precedente che lo ammetteva soltanto laddove l'inadempimento contrattuale (*breach of contract*) avesse cagionato al creditore danni fisici (*physical inconvenience*), non essendo il risarcimento dei danni non patrimoniali (*non pecuniary losses*) in alcuno modo possibile a fronte di pregiudizi meramente morali. In tal senso, infatti, si esprimeva la Giurisprudenza inglese sin dall'ottocento allorché la risarcibilità del danno da mero disagio morale del creditore derivante dall'inadempimento (*disappointment of mind occasioned by the breach of contract*) era costantemente esclusa¹⁷⁷.

Il mutamento di indirizzo è avvenuto nel 1973 con una decisione avuta per oggetto una causa concernente il risarcimento del danno da vacanza

¹⁷⁶ Articolo 9:503: Prevedibilità del danno: "il debitore inadempiente risponde soltanto dei danni che al momento della conclusione del contratto ha preveduti o avrebbe potuto ragionevolmente prevedere come conseguenza probabile dell'inadempimento, salvo che l'inadempimento dipenda da dolo o colpa grave".

¹⁷⁷ *Hamlin v. Great Northern Railway Co.* [1856] 1 H.N. 408; *Hobbs v. South Western Railway Co.* [1875] L.R. 10 Q.B. 111: «*for the mere inconvenience, such as annoyance and loss of temper, or vexation, or for being disappointed in a particular thing which you have set your mind upon, without a real physical inconvenience resulting, you cannot recover damages*»; *Grant v. Australian Knitting Mills Ltd* [1936] A.C. 85.

rovinata. In questa pronuncia, infatti, i giudici inglesi riconoscono la risarcibilità del pregiudizio derivante dallo stress e dal disagio sofferto dal turista a causa dell'inadempimento contrattuale dell'organizzatore del viaggio¹⁷⁸. Successivamente, la giurisprudenza inglese ha riconosciuto sempre più frequentemente il diritto del creditore al ristoro dei pregiudizi non patrimoniali, soprattutto laddove il contratto sia preordinato ad assicurare ad una delle parti il rilassamento, la serenità mentale, la tutela dal subire molestie¹⁷⁹ ed ossia laddove l'interesse non patrimoniale è dedotto nel contratto quale componente fondamentale della causa, ovvero qualora costituisca un elemento importante del regolamento contrattuale sebbene non decisivo¹⁸⁰. Infine emblematico sembra il caso del committente che lamentava il danno conseguente alla costruzione nella propria villa di una piscina di profondità (di poco) inferiore rispetto a quella richiesta; infatti, i giudici inglesi hanno ritenuto risarcibile il danno non patrimoniale in quanto l'inadempimento dell'imprenditore aveva determinato una sofferenza morale identificabile nella c.d. *loss of amenity*, ossia in quel mancato godimento che si coglie nel trarre dalla piscina un'utilità inferiore rispetto a quella in concreto desiderata¹⁸¹.

Negli Stati Uniti, invece, la risarcibilità dei danni non patrimoniali da inadempimento è in linea di principio esclusa, in quanto spesso si tende a considerarli imprevedibili e, dunque, non risarcibili secondo quanto previsto dall'art. 351 *Restatement (second) of contracts*.

Senonché, il successivo art. 353 *Restatement (second) of contracts* prevede il risarcimento dei danni non patrimoniali, identificabili proprio nella sofferenza morale (*pain and suffering, mental distress*), allorché l'inadempimento cagioni danni l'integrità fisica ovvero sia tale natura da implicare la ragionevole probabilità di pregiudizi morali particolarmente significativi.

Inoltre, il risarcimento del danno non patrimoniale è anche ammesso allorché ricorra una ipotesi di concorso di responsabilità, ed ossia qualora

¹⁷⁸ *Jarvis v. Swan Tours Ltd.* [1973], Q.B. 233 laddove si risarcisce "the disappointment, the distress, the upset and frustration caused by the breach".

¹⁷⁹ *Watts v. Morrow* [1991] 1 WLR 1421, ove si afferma che qualora "the very object of the contract is to provide pleasure, relaxation, peace of mind or freedom from molestation, damages will be awarded if the fruit of the contract is not provided".

¹⁸⁰ *Farley v. Skinner* [2001] 3 WLR 889.

¹⁸¹ *Ruxley Electronics and Construction v. Forsyth* [1995] ABC.L.R. 06/29.

l'inadempimento, *breach of contract*, costituisca anche *tort*, ossia illecito extracontrattuale.

Con riguardo, poi, ai Paesi di *civil law*, possiamo affermare che in Francia la risarcibilità dei danni non patrimoniali, invece, è ammessa sulla base della onnicomprensività che si suole ascrivere alla nozione di danno richiamata nel *Code Civil*. Infatti, mancando una norma simile a quella prevista nel nostro ordinamento dall'art.2059 c.c., il fondamento normativo si dovrebbe rinviene in quelle stesse norme che disciplinano la responsabilità civile in generale, ed ossia, nell'art.1382¹⁸², secondo il quale “*Ogni fatto dell'uomo che causa danno ad altri, obbliga colui per la cui colpa si è verificato, a risarcirlo*”, nonché nell'art.1149¹⁸³ secondo cui “*Il risarcimento dei danni dovuto al creditore è, in generale, la perdita che ha subito ed il guadagno di cui è stato privato*”, atteso che, non essendo specificata la tipologia di danno risarcibile in nessuna delle due disposizioni, andrebbe preferita l'interpretazione estensiva che ammette la risarcibilità dei pregiudizi anche non patrimoniali¹⁸⁴.

In Spagna¹⁸⁵ il risarcimento del danno non patrimoniale da inadempimento è genericamente ammesso alla stessa stregua di quanto è dato riscontrare in Francia.

In Germania la questione è un po' più complessa poiché il risarcimento del danno è disciplinato nella parte del BGB dedicata alle obbligazioni in generale ed esattamente nei §§ 249 e ss. che si occupano delle obbligazioni risarcitorie tanto derivanti da illecito extracontrattuale, tanto conseguenti ad un inadempimento contrattuale. Rileva, in particolare, il dettato del § 253 c.2 BGB,

¹⁸² *Code Civil* art.1382: « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ».

¹⁸³ *Code Civil* art.1149: « Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé ».

¹⁸⁴ Per un esame delle più significative pronunce si veda: Cass., Ch. Reun., 15 giugno 1833, *S*, 1, 458 che ha inaugurato questo indirizzo, e Cass., 13 febbraio 1923, *DC*, I, 52, che lo ha poi ribadito;

Cour d'Appel Paris, 25 maggio 1950, in *Rev. trim. dir. civ.*, 1950, 495; Cour d'Appel Paris, 23 febbraio 2004, in *Juris-Data* n. 237.382; Cour d'Appel Paris, 24 ottobre 2001, in *Dalloz*, 2001, IR, 3333.

¹⁸⁵ SSTS, 3 maggio 2006, in *RJ*, 2006, 4070 con la quale il Tribunale Supremo ha chiarito che il risarcimento dei danni non patrimoniali, pur essendosi affermato dapprima in ambito extracontrattuale, “*se ampliò su àmbito al contractual, adoptàndose una orientaciòn cada vez màs amplia, con clara superaciòn de los criterios restrictivos que limitaban su aplicaciòn a la concepciòn clàsica del pretium doloris y los ataques a los derechos de la personalidad*”; STS, 27 luglio 2006, in *RJ*, 2006, 6548; STS, 10 giugno 2002, in *RJ*, 2002, 4982; STS, 18 luglio 2000, in *RJ*, 2000, 5952; STS, 14 luglio 2005, in *RJ*, 2005, 6532; STS, 15 febbraio 2008, in *RJ*, 2008, 2670; STS, 21 ottobre 1996, in *RJ*, 1996, 7235; STS, 26 novembre 2001, in *RJ*, 2001, 9524; STS, 28 maggio 2001, in *RJ*, 2001, 3437; STS, 11 marzo 2002, in *RJ*, 2002, 5691.

che, dopo la riforma intervenuta nel 2002, così recita: “*Se si deve risarcire un danno causato da una lesione all'integrità fisica, alla salute, alla libertà o all'autodeterminazione sessuale, si può richiedere un ragionevole risarcimento pecuniario anche per i danni non patrimoniali sofferti*”.

Ne consegue che il danno non patrimoniale da inadempimento nell'ordinamento tedesco è risarcibile soltanto laddove sia stato leso uno dei suddetti interessi. Il che, forse, potrebbe essere la logica conseguenza di un sistema ove la responsabilità extracontrattuale è improntata alla tipicità delle fattispecie (dove l'elaborazione della teoria degli obblighi di protezione); infatti, nella norma citata si richiama ancora un volta la tipicità, sebbene con riguardo agli interessi dalla cui lesione possono promanare danni non patrimoniali risarcibili. La giurisprudenza tedesca¹⁸⁶, pertanto, esclude che il mero turbamento psichico possa legittimare la pretesa risarcitoria di danni non patrimoniali, non rientrando l'interesse correlativo alla serenità mentale tra quelli contemplati nel § 253 c.2 BGB come modificato nel 2002.

Per converso i giudici tedeschi sono soliti attribuire notevole importanza alla personalità in tutti i suoi riflessi, tanto statici quanto dinamici. Infatti, dagli artt. 1 e 2 della Legge Fondamentale si desume un diritto generale della personalità preordinato alla tutela dei diritti della persona in tutti i suoi aspetti, ivi inclusi quelli dinamico-relazionali. Ne consegue la possibilità di estendere la risarcibilità dei danni non patrimoniali da inadempimento ogniqualvolta si rinvenga nella mancata o inesatta esecuzione dell'obbligazione contrattuale la lesione di un diritto della personalità.

Un cenno, infine, merita quell'opinione dottrinale secondo la quale le Sezioni Unite della nostra Corte di Cassazione, nel limitare la risarcibilità dei danni non patrimoniali da inadempimento alla lesione di un diritto inviolabile della persona, si sarebbe ispirata a quel principio di tipicità sancito nell'ordinamento tedesco dal § 253 c.2 BGB¹⁸⁷.

¹⁸⁶ OLG Saarbrücken cit. in SOLÉ FELIU, *op. cit.*, 16; BGH, 16 marzo 1999, in *BGHZ*, 141, 127.

¹⁸⁷ M. FRANZONI, *Il danno non patrimoniale del diritto vivente*, cit.: “*Il senso profondo della vicenda è che in Italia si procede in modo corrispondente a come è accaduto in Germania, dove il riconoscimento del danno non patrimoniale da inadempimento è avvenuto mediante la modifica della parte generale sulle obbligazioni: il § 253 B.G.B., nella parte generale delle obbligazioni, ha abrogato la norma corrispondente che in precedenza era nell'ambito del fatto illecito § 847 B.G.B.*”. Per una critica alle Sezioni Unite si veda anche MAZZAMUTO, *Il rapporto tra gli artt.2059 e 2043 c.c. e l'ambiguità delle Sezioni unite a proposito della*

In Austria la risarcibilità del danno non patrimoniale è disciplinata dai §§ 1325 e 1331 ABGB, secondo cui in caso di dolo o colpa grave il risarcimento è riconosciuto anche a titolo di responsabilità contrattuale.

risarcibilità del danno non patrimoniale, cit.: “Non si può, dunque, accogliere l'idea della Drittwirkung in materia di responsabilità contrattuale allo scopo di ampliare l'area della risarcibilità sul fronte degli interessi della persona: come si è esclusa la diretta invocazione delle norme costituzionali per riempire di contenuto il sintagma «casi determinati dalla legge» perché in tal modo si aggira il filtro dell'ingiustizia dal quale anche i diritti costituzionalmente protetti devono transitare per spiegare i propri effetti nel settore della responsabilità extracontrattuale, così la diretta invocazione dei profili della personalità di rango costituzionale va esclusa dall'area del contratto o, in chiave più generale, dell'obbligazione, poiché anche qui opera, oltre all'eventuale previsione di legge, un filtro consistente nel canone della correttezza e buona fede costituzionalmente coniugato che veicola i valori della persona protetti dalla Carta fondamentale nel regolamento contrattuale o nel piano dell'obbligazione sotto forma di obblighi di comportamento preposti alla salvaguardia dei valori personalistici: il congegno tecnico tramite cui l'innesto avviene è, dunque, rappresentato dalla «struttura dogmatica assiologicamente orientata» degli obblighi di protezione”.

Capitolo III

Rilevanza, quantificazione e prova del danno non patrimoniale da inadempimento

1. Modalità di rilevanza dell'interesse non patrimoniale nel contratto:

a) la causa

Una volta individuato il riferimento normativo idoneo a giustificare in astratto la risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento, occorre adesso comprendere quando tali pregiudizi siano in concreto riparabili.

Come precedentemente accennato¹⁸⁸, l'indagine presuppone la rilevanza contrattuale di un interesse non

patrimoniale, atteso che occorre a monte un danno evento consistente nella lesione di interesse di tale tipo per affermare la risarcibilità a valle dei danni conseguenza non suscettibili di valutazione economica.

Ne consegue la necessità di procedere all'esame delle modalità tramite le quali le parti possono dedurre in contratto interessi non patrimoniali.

In primo luogo, tale obiettivo è perseguibile mediante l'inclusione di interessi non economici nella causa del contratto.

Occorre precisare che la causa, però, non sempre è stata concepita allo stesso modo; infatti, si sono delineate in dottrina due modalità di concepimento, ed esattamente una astratta e l'altra in concreto.

La prima, identificando la causa nella funzione economico-sociale del contratto, rendeva particolarmente difficile ascrivere rilevanza agli interessi propriamente individuali perseguiti dalle parti; e ciò non soltanto laddove tali interessi specifici fossero stati di natura economica, ma anche (per non dire soprattutto) laddove si fosse trattato di interessi non patrimoniali, in quanto la concezione squisitamente patrimonialistica del contratto, allora imperante, influiva inevitabilmente su tutti gli elementi costitutivi richiamati dall'art.1325 c.c., ivi inclusa la causa. Per cui se il contratto assolve ad una funzione sociale e regolamenta soltanto determinati tipi di interesse, dovendosi quest'ultimi identificare con quelli predeterminati dal legislatore nei contratti tipici ovvero con quelli ritenuti dal Giudice meritevoli di tutela nei contratti atipici, l'ambito di operatività dell'autonomia privata risulta significativamente ristretta. Se,

¹⁸⁸ Vedi, Cap.I par.5

inoltre, si aggiunge che il contratto è definito dall'art.1321 c.c. quale strumento deputato al soddisfacimento di interessi esclusivamente economici, appare evidente che la deducibilità di interessi non patrimoniali rappresentava una prospettiva inammissibile perché estranea alla funzione propriamente economica assolta dal contratto su di un piano sociale prima ancora che giuridico.

Sennonché, la concezione economico-sociale della causa è stata criticata dalla dottrina prevalente in relazione ai seguenti profili: in primo luogo, poiché la nozione di funzione economico-sociale risulta essere descrittiva dell'intero contratto, mentre la causa ne è soltanto uno degli elementi costitutivi, per cui tale concezione sarebbe inappropriata; in secondo luogo, poiché la teoria in esame identificherebbe la causa nel tipo, ossia nello schema astratto con il quale la legge descrive l'operazione negoziale che si compie con la stipula di un determinato contratto, donde la sua non applicabilità ai contratti atipici; infine, poiché identificando la causa nel tipo, la teoria in esame non ammetterebbe la configurabilità di contratti tipici illeciti, atteso che per tali contratti la causa è già prestabilita dal legislatore, donde la conseguente (ed inaccettabile) ammissibilità dell'illiceità della causa soltanto con riguardo ai contratti atipici¹⁸⁹.

Tali critiche hanno indotto una parte della dottrina ad elaborare nuove concezioni di causa prodromiche alla rivalutazione in chiave soggettiva dell'interesse concretamente perseguito dalle parti. Si giunge così alla teoria della c.d. doppia causa, secondo la quale ogni contratto se tipico avrebbe una causa astratta identificabile nel tipo ed una causa in concreto rinvenibile nell'interesse pratico perseguito dalle parti, laddove, invece, se atipico avrebbe soltanto una causa in concreto da valutarsi alla stregua del parametro di meritevolezza richiamato dall'art.1322 c.2 c.c.

Tuttavia, a prevalere nella dottrina è stata la teoria della causa c.d. in concreto, ossia quale funzione economico-individuale del contratto. Si tratta di una concezione unitaria di causa (e non duplice come quella poc'anzi descritta) che si distingue nettamente dal tipo. L'affermazione di tale teoria implica

¹⁸⁹ Sebbene a questa critica si soleva rispondere che l'illiceità della causa nei contratti atipici sarebbe stata ugualmente configurabile per quanto in via indiretta, tramite il ricorso all'istituto della frode alla legge disciplinato dall'art.1344 c.c., laddove precisa che la causa è altresì illecita qualora il contratto sia utilizzato dalle parti come strumento per eludere l'applicazione di una norma imperativa.

l'identificazione della causa, tanto nei contratti tipici quanto in quelli atipici, con la ragione pratica dell'affare¹⁹⁰, ossia con l'interesse concretamente perseguito dai contraenti¹⁹¹.

Anche la Corte di Cassazione¹⁹², recentemente, ha condiviso la concezione della causa in concreto, superando un orientamento particolarmente consolidato e favorevole alla considerazione della causa quale funzione economico-sociale.

Appare evidente che il nuovo orientamento interpretativo implica alcuni riflessi in punto di disciplina, soprattutto per quanto concerne l'identificazione dell'ambito di operatività di alcuni istituti connessi alla causa, quali, in particolare, la frode alla legge di cui all'art.1344 c.c., il motivo di cui all'art.1345 c.c. Infatti, estendendo la nozione di causa agli interessi in concreto perseguiti dalle parti, si restringe automaticamente la rilevanza del motivo illecito, nonché dell'intento di aggirare l'applicazione di norme imperative mediante la stipula di taluni negozi che, singolarmente oppure fra loro collegati, consentono alle parti il raggiungimento dello scopo loro vietato dall'ordinamento¹⁹³.

Tra le ricadute conseguenti all'avvento della nuova concezione di causa, possiamo annoverare anche l'accresciuta rilevanza degli interessi non patrimoniali nel contratto, atteso che ascrivendo rilievo agli scopi concretamente perseguiti dalle parti ben è possibile rinvenire interessi non economici all'interno di un negozio giuridico per definizione preordinato alla regolamentazione di interessi patrimoniali (anche se non in via esclusiva, come dimostrato nei paragrafi precedenti).

Ragione per la quale è possibile affermare che occorrerà valutare di volta in volta se le parti abbiano in concreto inteso soddisfare interessi non patrimoniali ed, in caso di risposta affermativa, in quale misura, onde comprendere quali beni giuridici siano stati o meno lesi dall'inadempimento del debitore. Il che sarà particolarmente semplice in alcuni contratti tipici in cui

¹⁹⁰ BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit.

¹⁹¹ GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit.

¹⁹² Cass. 8 maggio 2006, n°10490: "La causa è la sintesi degli interessi reali che il contratto è diretto a realizzare e, dunque, è la ragione concreta della dinamica contrattuale".

¹⁹³ Peraltro, secondo una certa dottrina con l'avvento della teoria della causa in concreto l'art.1344 c.c. sarebbe oggetto di un'*interpretatio abrogans*, mentre secondo altri residuerebbe un suo ambito di applicazione laddove la frode alla legge sia perpetrata mediante il ricorso a più contratti tra loro causalmente collegati.

l'interesse non patrimoniale è parte costitutiva della causa, come ad esempio quello di lavoro subordinato; mentre, implicherà un'indagine ermeneutica più penetrante in altri casi, con la doverosa precisazione, però, che la possibile inclusione di interessi non patrimoniali nei contratti atipici non costituisce l'unica prospettiva possibile per l'interprete, ben potendo anche tali interessi, tramite la suddetta teoria della causa in concreto, essere dedotti all'interno di contratti tipicamente deputati al soddisfacimento di rapporti propriamente economici come ad esempio la vendita.

Un riconoscimento della correttezza dell'impostazione sin qui delineata si coglie anche nella pronuncia delle Sezioni Unite n°26972 del 2008, già esaminata, nella parte ove si rinvia all'esame della causa, nella sua accezione concreta, l'indagine in ordine alla possibile rilevanza di interessi non patrimoniali in ambito contrattuale.

1.1 L'interesse non patrimoniale del debitore all'adempimento della prestazione

Non manca poi, in dottrina¹⁹⁴, chi sostiene la necessità di valutare anche l'ipotetico interesse non patrimoniale del debitore. Coloro i quali condividono questo orientamento muovono le loro riflessioni nell'ambito di un contesto estraneo a quello inerente al concetto di causa, in ordine al quale il parametro di riferimento è costituito dall'interesse del creditore e non da quello del debitore.

L'interesse del debitore, invece, al quale si allude allorché si intende rivalutare la posizione debitoria è quello all'adempimento della prestazione; ossia, la pretesa di liberarsi dall'obbligazione tramite l'adempimento, o più precisamente, l'interesse a dimostrare la propria solvibilità mediante l'adempimento della prestazione dovuta. Siffatto comportamento, infatti, può soddisfare o l'interesse patrimoniale a dimostrare la disponibilità di risorse economiche tali da poter garantire sicurezza ai propri creditori (così da poter in futuro accedere a nuovi crediti o concludere nuovi affari nel settore del mercato ove si opera), ovvero, più semplicemente, l'interesse non patrimoniale della propria onorabilità, con l'adempimento volendo dimostrare di essere persona capace di rispettare gli impegni assunti.

¹⁹⁴ LIBERATI, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, cit., p.91-94.

Si tratta di un tema molto dibattuto in dottrina poiché sembra dubbio che la predetta pretesa debitoria possa costituire l'oggetto di un corrispondente diritto. Sul punto molti autori¹⁹⁵ si sono espressi in senso non favorevole, escludendo la possibile configurazione nel nostro ordinamento di un corrispondente diritto in capo al debitore, atteso che ne mancherebbe un presupposto fondamentale, ossia un sicuro riferimento normativo, non potendo lo stesso rinvenirsi nelle norme disciplinanti la mora del creditore, essendo le medesime soltanto preordinate a consentire la liberazione del debitore in caso di mancata collaborazione del creditore. Rilievo, questo, decisivo perché l'adempimento presuppone inevitabilmente la collaborazione del creditore, cioè una precisa condotta che non può essere coattivamente imposta se non direttamente dalla legge, in ossequio anche al combinato disposto degli artt.13 e 23 Cost. nella parte ove prevedono la riserva di legge a tutela della libertà personale. Infatti, l'art.13 Cost. attiene alla libertà di movimento e, dunque, alla libertà in senso fisico, riferibile, pertanto, anche alla condotta materiale dovuta dal creditore in sede di adempimento consistente in quel comportamento genericamente collaborativo dovuto col rendersi disponibile a ricevere la prestazione; l'art.23 Cost., attiene alla libertà in senso giuridico, atteso che soltanto la legge può imporre prestazioni personali o patrimoniali costituenti l'oggetto di determinati obblighi, con la conseguenza che in assenza di un'esplicita previsione legislativa non può rinvenirsi in capo al creditore un'obbligazione specifica la cui prestazione sarebbe costituita dal dovere di ricevere l'adempimento da parte del debitore. Ragione per la quale, mancando siffatta previsione normativa, si deve desumere la sussistenza in capo al creditore di una libertà. D'altronde, è proprio a fronte di tale libertà che il legislatore del 1942 ha predisposto un apposito istituto (cioè la mora *credendi*) al fine di consentire la liberazione del debitore in caso di illegittimo rifiuto a ricevere la prestazione opposto dal creditore.

Senonché, la tesi favorevole al riconoscimento in capo al debitore di un diritto all'adempimento è giustificata, da coloro i quali la sostengono, alla stregua di ragioni esistenzialiste connesse ai diritti costituzionali tramite i quali si svilupperebbe la personalità del singolo individuo¹⁹⁶. In tal senso si esprime LIBERATI laddove precisa che: “*Talvolta, infatti, la prestazione*

¹⁹⁵ GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p.551 e 552.

¹⁹⁶ LIBERATI, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, cit., p.94.

contrattualmente prevista, a causa della sua natura costituisce per il debitore un evidente ipotesi di interesse personale alla effettività della prestazione. Si pensi, ad esempio, all'attore che abbia un accordo per la recita di una determinata parte in un'opera teatrale. La prestazione non costituisce un mero interesse patrimoniale per il debitore, ma anzi, rappresenta – eventualmente anche in considerazione dell'importanza dell'evento culturale – un'occasione di soddisfazione personale. L'impossibilità di conseguire il proprio desiderio di realizzazione professionale, il quale, magari, può essere stato accompagnato dalla rinuncia ad altre parti prestigiose o, comunque, necessarie per la crescita professionale, può dunque costituire un danno per il debitore. Il debitore, perciò, avrà un interesse personale allo svolgimento effettivo della prestazione e, laddove tale interesse venga compromesso, egli subirà un danno di natura esistenziale consistente nella compromissione della propria attività (realizzatrice) professionale di attore”.

Tuttavia, tali argomentazioni non sembrano condivisibili.

Anzitutto, occorre sottolineare che l'interesse in questione può trovare soddisfazione soltanto laddove il creditore collabori a tal fine, e poiché tale risultato non può essere coattivamente perseguito, è inutile discutere di un diritto avente per oggetto la liberazione tramite l'adempimento.

In secondo luogo, il riferimento all'art.2 Cost. non è di per sé sufficiente a limitare la libertà personale del creditore, in quanto la norma citata, essendo contraddistinta da un'accentuata genericità, non può comportare la compressione di libertà espressamente sancite dalla Costituzione in specifiche norme fondamentali di riferimento, soprattutto laddove quest'ultime, espressamente riconoscendo diritti garantiti dalla previsione di apposite riserve di legge, ammettono limitazioni soltanto nelle ipotesi tassativamente individuate dal legislatore ordinario.

Infine, occorre rilevare che la fonte dell'obbligazione assume un ruolo fondamentale nel dipanare alcuni dubbi interpretativi in relazione alla rilevanza o meno di taluni interessi. In tal senso, riprendendo l'esempio riportato da coloro i quali propendono per la soluzione favorevole al riconoscimento del suddetto diritto all'adempimento, il contratto con il quale l'artista si impegna ad eseguire una prestazione professionale, sia se oneroso sia se gratuito, comprende già nella causa l'interesse ad eseguire la prestazione, poiché tramite

l'esibizione l'artista soddisfa quanto meno due interessi: quello patrimoniale, identificabile nel mostrare al pubblico la propria abilità e così pubblicizzare le proprie capacità artistiche, e quello non patrimoniale avente per oggetto l'appagamento conseguente alla soddisfazione personale di esibirsi. Oppure si pensi all'ipotesi dell'artista che accetta di esibirsi per un prezzo notevolmente inferiore rispetto a quello che sarebbe giusto pagargli secondo il mercato. In entrambi i casi si tratta di interessi rilevanti perché funzionalmente connessi alla ragione pratica dell'affare.

Dall'altro lato, però, se un diritto all'adempimento non esiste nel nostro ordinamento, non è vero che il correlativo interesse non sia meritevole di tutela; infatti, l'interesse del debitore a liberarsi, per qualsiasi ragione (patrimoniale o meno)¹⁹⁷, mediante l'adempimento dell'obbligazione è espressamente riconosciuto dal Codice Civile attuale nella parte ove consente il rifiuto della remissione del debito. È soltanto a questi fini che l'ordinamento tutela un simile interesse, sebbene occorre precisare trattarsi di un riconoscimento limitato al fine suddetto, atteso che il creditore rimane sempre libero di ricevere o meno la prestazione dovuta.

Un'ulteriore fattispecie nella quale è dato cogliere una certa rilevanza dell'interesse debitorio all'esecuzione della prestazione promessa si rinviene nella disciplina concernente l'adempimento del terzo. Come noto, l'art.1180 c.c. prevede che il creditore non possa opporsi all'adempimento offerto da un terzo a meno che non abbia uno specifico interesse all'esecuzione della prestazione da parte del debitore (fattispecie, questa, che ricorre nelle ipotesi in cui la prestazione abbia caratteri talmente personalistici da poter condizionare il soddisfacimento dell'interesse creditorio all'adempimento dell'obbligazione da parte della persona del debitore e soltanto da costui, non essendo l'attività di quest'ultimo fungibile con quella di altro; si pensi alle prestazioni artistiche). Senonché, il comma 2 della disposizione citata prevede, inoltre, che il creditore possa rifiutare l'adempimento del terzo se il debitore gli abbia manifestato la sua opposizione. Ed infatti l'interesse del debitore, in questi casi, potrebbe essere duplice, atteso che egli opponendosi all'adempimento del terzo

¹⁹⁷ Ragioni patrimoniali potrebbero rinvenirsi nell'interesse a dimostrare la propria solvibilità in modo da non pregiudicarsi la conclusione di futuri affari a seguito della pubblicità non positiva conseguente all'accettazione della suddetta modalità estintiva non soddisfattiva dell'obbligazione. Ragioni non patrimoniali, invece, potrebbero essere costituite dall'intento di tutelare la propria onorabilità e reputazione.

potrebbe intendere evitare una novazione soggettiva della posizione creditoria – prospettiva, questa, possibile tramite la surrogazione del terzo nei diritti vantati dal creditore nei riguardi del debitore – nonché, per quanto di più specifica pertinenza in questa sede, il suo interesse a liberarsi dall’obbligazione tramite l’adempimento. Tuttavia, anche con riguardo a quest’ultimo profilo non si ravvisano elementi sufficienti a configurare un vero e proprio diritto in capo al debitore, atteso che la sua opposizione determina l’unico effetto di rimettere al potere discrezionale del creditore l’accettazione o meno dell’adempimento offerto dal terzo.

1.2 “Ingiustizia del danno” e “meritevolezza degli interessi”

Secondo una parte della dottrina¹⁹⁸, il giudizio sull’ingiustizia del danno sancito dall’art.2043 c.c. per le fattispecie aquiliane, sarebbe sostituito in ambito contrattuale dal giudizio di meritevolezza dell’interesse concretamente perseguito dai contraenti previsto dall’art.1322 c.2 c.c. per i contratti atipici, ovvero dalla stessa tipizzazione legislativa per i contratti tipici.

Ne conseguirebbe che la causa, dovendo costituire la sintesi di interessi meritevoli di tutela, sarebbe di per sé indicativa della meritevolezza dell’operazione negoziale posta in essere, nonché degli eventuali interessi non patrimoniali perseguiti; rilievo, questo, che in conseguenza dell’interpretazione costituzionalmente orientata degli artt.1218 e ss. c.c. consentirebbe la risarcibilità dei danni non patrimoniali da inadempimento.

Senonché, questo indirizzo si presta ad una critica fondamentale nella parte in cui presuppone la sussistenza di una relazione di specialità fra la responsabilità aquiliana e quella contrattuale che difficilmente appare sostenibile, soprattutto a fronte della fondamentale differenza che intercorre *tra le due discipline con riguardo al danno ingiusto*, essendo quest’ultimo, infatti, requisito imprescindibile per la responsabilità extracontrattuale ed, invece, requisito non richiesto per la configurabilità della responsabilità da inadempimento.

Ed, infatti, diversamente opinando si perverrebbe alla inaccettabile conseguenza di considerare sempre possibile il concorso di responsabilità sulla base della mera circostanza che l’inadempimento si tradurrebbe sempre in un

¹⁹⁸ LIBERATI, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, cit., p.106 e 107.

danno ingiusto in quanto lesivo di un diritto di credito e, quindi, dell'interesse sottostante, da considerare meritevole di tutela ex art.1322 c.c. in quanto elemento integrante la causa di un contratto valido per l'ordinamento.

Come noto, la Giurisprudenza si è orientata diversamente, richiedendo per l'applicazione della teoria del concorso di responsabilità che l'inadempimento abbia anche i caratteri del "danno ingiusto". Rilievo, questo, di per sé sufficiente a precisare che inadempimento ed ingiustizia del danno sono tra loro assolutamente distinti, in quanto caratterizzati da presupposti talmente differenti da escludere la sussistenza di una relazione di interdipendenza unilaterale, tale che laddove sussista il primo si possa e si debba considerare sempre ed automaticamente configurabile anche il secondo.

Il giudizio di meritevolezza, che secondo l'indirizzo riportato sarebbe esplicativo del medesimo giudizio che l'interprete è chiamato ad eseguire per la valutazione dell'ingiustizia del danno, sembra molto più complesso e articolato di quanto ad una prima considerazione non si possa ritenere. Al riguardo, basti pensare che a distanza di quasi settanta anni dall'entrata in vigore del codice ancora non si rinviene unanimità di opinioni in ordine alle valutazioni che il Giudice dovrebbe effettuare per sindacare la meritevolezza degli interessi concretamente perseguiti dalle parti con la conclusione del contratto.

Ed, infatti, nei primi anni successivi all'emanazione del Codice Civile vigente, l'ideologia dirigista imperante nel nostro Paese in epoca fascista induceva l'interprete a rinvenire nel giudizio di meritevolezza una valutazione della utilità sociale del contratto atipico. In tal senso deponeva anche la Relazione al Codice Civile nella parte ove precisa che la causa – intesa quale funzione economico-sociale del contratto – avrebbe dovuto consentire di verificare se il risultato che le parti intendono perseguire sia ammesso dalla coscienza civile e politica, dalla economia nazionale, dal buon costume e dall'ordine pubblico. Donde, la considerazione che l'ordine giuridico non appresta tutela al mero capriccio individuale, tutelando, invece, soltanto le funzioni utili, tali dovendosi ritenere quelle che garantiscono lo sfruttamento di una certa ricchezza in modo da trarre le maggiori utilità, e più in generale quelle capaci di assicurare il progresso e l'evoluzione dell'intera economia

nazionale¹⁹⁹. Con questa impostazione il legislatore del 1942 aveva inteso socializzare la causa, riconoscendo efficacia soltanto a quei contratti che si ponevano in aderenza e conformità con gli “*interessi corporativi*” del periodo fascista. Per cui, i contratti c.d. inutili, come ad esempio quelli aventi per oggetto l’astensione da una certa attività produttiva fonte di reddito ed in ultima analisi di ricchezza per l’economia nazionale, così come, più in generale, tutti i contratti preordinati al soddisfacimento della vanità di una delle parti, non erano produttivi di effetti giuridici, in quanto non meritevoli di tutela da parte dell’ordinamento²⁰⁰.

Con la caduta del fascismo e la conseguente eliminazione dell’ordinamento corporativo, è mutato il modo di concepire il giudizio di meritevolezza, anche in considerazione dei nuovi valori conseguenti all’avvento della Costituzione Repubblicana del 1948.

Un primo orientamento sostiene che il giudizio di meritevolezza coincida con quello di liceità²⁰¹. Quanti condividono siffatta affermazione ritengono che la coincidenza fra meritevolezza ed liceità si possa desumere dalla pratica negoziale in quanto un contratto inutile (come ad esempio un patto di non concorrenza, o di distruzione di una cosa, che arrechi pregiudizi per l’economia nazionale) è già da ritenersi nullo per contrarietà all’ordine pubblico.

Successivamente, intorno alla fine degli anni settanta del secolo scorso, si sono delineati ulteriori orientamenti, volti, però, a rivalutare il giudizio di meritevolezza al punto da considerarlo distinto ed autonomo da quello riguardante la liceità. Si sottolineava, cioè, che mentre la liceità si valuta sulla base di un giudizio negativo (identificabile nella non contrarietà dell’interesse a norme imperative, all’ordine pubblico e al buon costume, secondo quanto stabilito dall’art.1343 c.c.), la meritevolezza implicherebbe sempre un giudizio di tipo positivo, volto a rilevare quel *quid pluris* che l’interesse, già giudicato

¹⁹⁹ Diversamente, in un ordinamento liberale anche i contratti c.d. inutili sarebbero da considerarsi produttivi di effetti giuridici.

²⁰⁰ Secondo questa impostazione il controllo sull’utilità, ossia sulla conformità della funzione economico-sociale del contratto con gli interessi corporativi è stato già svolto dal legislatore con la “tipizzazione”, cioè con la previsione dei contratti tipici (dove la coincidenza della causa con il tipo), ma non anche in ordine ai contratti atipici (per i quali non esiste un tipo contrattuale). Per questa ragione il giudizio di meritevolezza ex art.1322 c.2 c.c. è riferito soltanto ai contratti atipici.

²⁰¹ G.B. FERRI, *Ancora in tema di meritevolezza dell’interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, I, p.8 ss.

lecito, deve soddisfare per essere ritenuto meritevole di tutela dall'ordinamento. Per cui sarebbe possibile che interessi leciti siano giudicati non meritevoli di tutela. Sennonché, mentre in passato siffatto giudizio si identificava nella corrispondenza dell'interesse contrattuale con quelli corporativi del settore in cui il contratto doveva esplicare la propria efficacia, con l'avvento dei nuovi principi sanciti dalla Costituzione anche le valutazioni in ordine alla meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti con i contratti atipici dovrebbero essere aderenti al nuovo assetto costituzionale del nostro ordinamento.

Tra le teorie più seguite in dottrina si possono citare senza dubbio quelle di Bianca e di Gazzoni.

Secondo Bianca il giudizio di meritevolezza coincide con l'*utilità sociale dell'art.41 c.2 Cost.* Infatti, l'art.41 Cost., tutelando l'attività economica in generale, sarebbe riferibile anche al contratto in quanto strumento di iniziativa economica²⁰². Donde, la nullità dei contratti preordinati al perseguimento di interessi in contrasto con l'utilità sociale.

Sennonché, una volta identificata la causa con la ragione pratica dell'affare e una volta considerato il sindacato sulla meritevolezza necessariamente ancorato a principi costituzionali e non più ad interessi politici propri di una ideologia (come quella fascista), non si potrebbe concludere nel senso di ritenere il giudizio ex art.1322 c.2 c.c. già compiuto dal legislatore per i contratti tipici.

Per cui il giudizio di meritevolezza (come inteso da Bianca) è riferibile ad ogni contratto, inclusi quelli tipici, essendo la causa ravvisata non più nel tipo ma negli interessi perseguiti dalle parti in concreto, in quanto non c'è nessuna valutazione preventiva della causa da parte del legislatore; donde, la mancanza di differenza fra contratti tipici e contratti atipici relativamente al profilo della meritevolezza degli interessi, atteso che in entrambi è necessario un accertamento in concreto.

La teoria di Gazzoni, invece, pur muovendo dalla condivisione della concezione della causa in concreto, previene a conclusioni diverse, sostenendo che il giudizio di meritevolezza debba essere riferito al *tipo* e non alla causa²⁰³.

²⁰² BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, cit., p.445 e ss.

²⁰³ GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p.796 ss.

Più precisamente, il giudizio ex art.1322 c.2 c.c. sarebbe preordinato ad accertare se lo strumento adoperato dalle parti sia idoneo ad assurgere a modello di regolamentazione di interessi giuridici (ossia se possa costituire un tipo). Donde, la conseguente applicazione del giudizio di meritevolezza esclusivamente ai contratti atipici e non anche a quelli tipici (come sostenuto da Bianca).

Il giudizio di meritevolezza, quindi, sarebbe preordinato all'accertamento di un contratto atipico giuridicamente vincolante per le parti, essendo funzionale a verificare la sussistenza del reale intento dei contraenti a vincolarsi, obbligandosi ad eseguire le prestazioni promesse. Siffatta volontà, infatti, potrebbe non ricorrere qualora le parti perseguano interessi futili o capricciosi: in questi casi il contratto sarebbe nullo non perché non sia preordinato al soddisfacimento di interessi sociali (come richiesto invece dalla ideologia fascista) ma perché non ricorre un tipo contrattuale, non avendo inteso le parti giuridicamente obbligarsi. Laddove si verifichi una situazione siffatta la prestazione eseguita o semplicemente promessa, dovrà essere ricondotta nell'ampia categoria dei rapporti di cortesia. Così ad esempio, si pensi a colui il quale si obbliga a spostare l'orologio altrui da una stanza all'altra. La nullità del contratto in questi casi sussiste non perché gli interessi perseguiti siano contrari a quelli della produttività nazionale, ma perché l'interesse soddisfatto potrebbe essere sintomatico della volontà di non obbligarsi.

In conclusione, Gazzoni ritiene che il giudizio ex art. 1322 c.2 c.c. sia strumento idoneo ad accertare la reale intenzione delle parti di obbligarsi e di stringere un accordo nel senso inteso dall'art. 1325 del c.c.

Con riguardo, quindi, all'orientamento dottrinario che identifica il giudizio di meritevolezza con quello di ingiustizia del danno, è possibile concludere nel senso di ritenere che si tratti di valutazioni tra loro troppo diverse per poterle ritenere assimilabili. Riprova della correttezza di quanto sostenuto sia, tra l'altro, la mancanza di univocità di opinioni intorno al giudizio previsto dall'art.1322 c.2 c.c.

Peraltro, non bisogna trascurare il dato che si desume dalla diversità processuale che contraddistingue sul piano della *causa petendi* le azioni di responsabilità extracontrattuale e contrattuale, atteso che mentre la domanda di

risarcimento ex art.2043 c.c. rinviene la fonte dell'obbligazione risarcitoria, in ultima analisi, nella legge, quella ex art.1218 c.c. da inadempimento propriamente contrattuale (escludendo, quindi, le ipotesi di obbligazione *ex lege*) presuppone l'esistenza di un contratto. Siffatta diversità, infatti, incide anche sul giudizio concernente la meritevolezza dell'interesse leso dal danneggiante, in quanto, se con riguardo alla responsabilità extracontrattuale il Giudice deve valutare l'ingiustizia del danno patito dal danneggiato utilizzando quale parametro di riferimento il diritto positivo e, financo, la Costituzione (secondo quanto precisato dalle S.U. n°500/1999) al fine di rinvenire un riconoscimento anche implicito da parte dell'ordinamento in ordine alla rilevanza giuridica dell'interesse leso ed alla correlativa esigenza di tutela dello stesso, in ambito contrattuale la meritevolezza presuppone una valutazione differente, dovendo il Giudice verificare che gli interessi in concreto perseguiti dai contraenti non soltanto non siano in contrasto con norme imperative con l'ordine pubblico o con il buon costume, ma che siano anche coerenti con i principi di solidarietà costituzionalmente sanciti, ovvero che siano idonei ad assurgere al rango di tipo per la regolamentazione di una molteplicità di rapporti futuri, ecc..., secondo le varie teorie.

In altre parole, la meritevolezza se in ambito aquiliano deve essere accertata in base alla legge, in ambito contrattuale dipende da una valutazione molto più complessa. Per cui, si deve ritenere non assimilabile in modo alcuno il giudizio di meritevolezza ex art. 2043 c.c. con quello richiamato dall'art.1322 c.2 c.c.

2. (segue): b) gli elementi accidentali del contratto

L'esame delle modalità tramite le quali gli interessi non patrimoniali possono assumere rilievo contrattuale non può prescindere da un richiamo alla disciplina degli elementi accidentali del contratto, e cioè, della condizione, del termine e dell'onere, poiché siffatti istituti costituiscono strumenti tramite i quali l'autonomia negoziale delle parti ascrive rilevanza anche ai motivi, e, cioè, a quella sfera di interessi normalmente destinati ad essere del tutto irrilevanti rispetto alla finalità concretamente perseguita col regolamento contrattuale. Tra questi interessi è certamente possibile annoverare anche quelli non patrimoniali,

soprattutto in considerazione della circostanza che il contratto è solitamente preordinato alla regolamentazione di interessi di tipo patrimoniale.

2.1 La condizione

L'art.1353 c.c. consente alle parti di subordinare l'efficacia del contratto ad un avvenimento futuro ed incerto. Elemento di centrale importanza è quello dell'incertezza dell'evento futuro, poiché l'eventuale carenza di siffatta peculiarità implicherebbe la qualificazione della relativa clausola come disposizione contrattuale contemplante un termine e non una condizione, con conseguente applicazione della relativa disciplina.

L'aspetto che maggiormente interessa in questa sede attiene, come detto, all'idoneità della condizione ad ascrivere rilievo ad interessi non patrimoniali che sarebbero destinati a non avere rilevanza contrattuale alcuna perché del tutto estranei rispetto al tipo di operazione economica posta in essere dalle parti.

La risposta a siffatto interrogativo, in astratto, potrebbe essere positiva, se si considera che il legislatore del 1942 non ha specificato alcunché in merito alla tipologia di interessi che le parti avrebbero potuto soddisfare mediante il ricorso alla condizione. Inoltre, la previsione di un evento condizionale potrebbe anche soddisfare simultaneamente più interessi, anche tra loro eterogenei.

Per cui sarebbe ragionevole ritenere che, in assenza di un espresso divieto, sia possibile per i contraenti subordinare l'efficacia del contratto all'avveramento di un evento cui siano connessi interessi non patrimoniali di una o di entrambe le parti.

Si pensi, ad esempio, all'ipotesi del trasferimento di un antico e grande casale di campagna che il padre dispone in favore del proprio figlio maschio primogenito subordinandolo alla circostanza che quest'ultimo, una volta raggiunta la maggiore età, consegua il diploma di perito agrario e prosegua l'attività di produzione vinicola esercitata ormai da diversi decenni dalla famiglia. In questo caso, l'interesse perseguito dal padre è quello sicuramente anche non patrimoniale di far proseguire al proprio figlio una tradizione familiare pluridecennale.

Sul piano pratico, è evidente che la condizione non legittima di per sé pretese risarcitorie da parte del contraente deluso dall'avveramento o dal

mancato avveramento dell'evento condizionale, potendo, ciò comportare soltanto l'efficacia o la risoluzione del contratto.

Senonché, l'art.1358 c.c. impone alle parti di comportarsi secondo buona fede durante la pendenza della condizione, onde conservare integre le ragioni dell'altra parte.

Siffatta previsione normativa è da ritenersi fonte di una vera e propria *obbligazione ex lege* dal contenuto generico, in quanto, essendo preordinata alla salvaguardia dell'interesse altrui, è da ricondurre nell'ampia categoria delle obbligazioni di protezione, note anche come obbligazioni senza prestazione²⁰⁴. È evidente che tali obblighi si traducono spesso in doveri di custodia della cosa oggetto del contratto.

2.2 *Il termine*

Per quanto riguarda il termine non ci sono rilievi particolari da specificare, se non la possibilità che lo stesso costituisca un indice della rilevanza contrattuale di quegli stessi interessi non patrimoniali integranti la causa del contratto. Infatti, il termine da solo non si può ritenere strumento idoneo ad attribuire rilievo contrattuale agli interessi non patrimoniali; tuttavia, può costituire un valido ausilio per l'interprete onde riconoscere la rilevanza contrattuale di quegli interessi non patrimoniali che già di per sé lo sono in quanto elementi funzionali presi in considerazioni dai contraenti nell'operazione negoziale posta in essere.

Un esempio potrebbe essere quello del termine essenziale stabilito dal comitato organizzatore della festa del Santo patrono a fronte dell'esecuzione dei fuochi d'artificio commissionati ad un certa impresa. È evidente, infatti, che l'inadempimento della suddetta prestazione nel giorno della festa implica l'automatica risoluzione di diritto del contratto per mancato rispetto del termine

²⁰⁴ In Giurisprudenza vedi Cass. S.U. n°18450 del 19 settembre 2005: "La disciplina di cui all'art.1358 c.c., che impone alle parti di comportarsi secondo buona fede durante lo stato di pendenza della condizione, si applica a tutti i tipi di contratti condizionati. Sebbene l'omissione di un'attività in tanto può costituire fonte di responsabilità in quanto l'attività omessa costituisca oggetto di un obbligo giuridico, non può negarsi infatti, che, in caso di condotta delle parti in pendenza di condizione, tale obbligo discende direttamente dalla legge e, segnatamente, dall'art.1358 c.c. Ne consegue che la sussistenza dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede, che si atteggia come impegno di cooperazione o obbligo di solidarietà che impone a ciascun contraente di tenere quei comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali o dal dovere del *neminem laedere*, siano idonei a preservare gli interessi dell'altra parte senza rappresentare un apprezzabile sacrificio, va riconosciuta anche per l'attività di attuazione dell'elemento potestativo di una condizione mista".

essenziale, dovendo ritenersi tale il tempo dell'obbligazione in forza dell'interesse anche non patrimoniale caratterizzante la causa in quanto scopo pratico perseguito in concreto dal comitato organizzatore dei festeggiamenti patronali.

2.3 Il modo

Il modo è un elemento accessorio proprio dei negozi a titolo gratuito.

Si distingue dalla condizione perché obbliga ad una prestazione senza incidere sull'efficacia del negozio²⁰⁵. Infatti, il mancato adempimento dell'onere non comporta alcun effetto risolutivo tranne laddove sia espressamente previsto dalle parti o lo si possa desumere dal titolo²⁰⁶.

Il modo, quindi, consiste in una condotta che non può tradursi in una prestazione integrante la causa contrattuale.

Essendo, applicabile soltanto ai negozi a titolo gratuito, il modo può certamente annoverarsi tra gli strumenti idonei ad ascrivere rilievo contrattuale agli interessi non patrimoniali, sebbene, anche qui, sia escluso il ricorso al rimedio risarcitorio.

Occorre, tuttavia, precisare che il modo, al pari del termine, specifica la modalità di rilievo e l'importanza dell'interesse non patrimoniale già dedotto nel contratto gratuito in quanto integrante la causa.

3. (segue): c) la clausola penale

La clausola penale è il patto con il quale le parti di un contratto stabiliscono in via preventiva e forfettaria la misura del risarcimento del danno dovuto per il ritardo o l'inadempimento di un'obbligazione.

Si tratta di un istituto al quale il legislatore del 1942 ha dedicato poche norme, ma che nella prassi ha un'importanza notevole dovuta alla notevole frequenza con la quale si è soliti nei contratti rinvenire la stipula di siffatti accordi.

Il vantaggio assicurato dalla clausola penale è costituito dalla possibilità per la parte creditrice di conseguire la prestazione promessa dal debitore senza

²⁰⁵ GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p.917.

²⁰⁶ BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, cit., p. 542.

bisogno alcuno di provare il danno subito; in tal senso, infatti, si esprime l'art.1382 c.2 c.c.

D'altra parte, la clausola penale produce un effetto restrittivo della tutela del creditore, atteso che costui non può domandare un risarcimento superiore a quello forfettariamente pattuito, a meno che la risarcibilità del danno ulteriore non sia stata espressamente convenuta dalle parti.

Il legislatore, inoltre, ha esplicitamente vietato il cumulo tra la prestazione principale e quella (secondaria) contemplata nella clausola penale, essendo lo scopo di quest'ultima consistente nel soddisfacimento del medesimo interesse che la prestazione principale non adempiuta dal debitore avrebbe dovuto soddisfare²⁰⁷. Tuttavia, l'art.1383 c.c. prevede una deroga, ammettendo la possibilità per il creditore di domandare l'adempimento della prestazione principale unitamente all'adempimento della prestazione prevista dalla clausola penale, soltanto laddove quest'ultima sia stata pattuita quale strumento esclusivamente preordinato al risarcimento di quello specifico danno conseguente al semplice ritardo della prestazione principale²⁰⁸. La ragione di siffatta deroga si rinviene nella circostanza che in questi casi le due domande sarebbero preordinate al soddisfacimento di interessi diversi: quella di adempimento della prestazione principale sarebbe volta a soddisfare l'interesse al conseguimento della prestazione stessa; quella avente per oggetto il conseguimento della prestazione dedotta nella clausola penale, invece, tutelerebbe l'interesse specifico del creditore al tempestivo conseguimento della prestazione principale.

Come è agevole evincere da quanto sinora riportato, la clausola penale è funzionale alla quantificazione del danno da risarcire e, conseguentemente,

²⁰⁷ La Giurisprudenza ha specificato che nei contratti contemplanti obbligazioni di durata il divieto del cumulo riguarda le prestazioni già maturate e non adempiute, e non anche quelle future ancora da maturare; in tal senso Cass. Sez. III, 15 febbraio 2005, n°2976: "Nelle obbligazioni di durata assistite da una clausola penale, il divieto di cumulo fra la prestazione principale e la penale prevista dall'art.1383 cod. civ. riguarda le sole prestazioni già maturate e inadempite, e non anche quelle non ancora maturate e per le quali permane l'obbligo dell'adempimento, poiché, in caso contrario, sarebbe consentito al debitore di sottrarsi all'obbligazione attraverso il proprio inadempimento".

²⁰⁸ La Giurisprudenza ha ampliato l'ambito di operatività dell'art.1383 c.c. ammettendo il cumulo anche laddove la clausola penale sia stabilita per l'inadempimento di una singola obbligazione diversa da quella di cui si chiede l'esecuzione; in tal senso Cass. 4 giugno 1976 n°2020.

In dottrina, poi, alcuni Autori sostengono l'ammissibilità del cumulo anche qualora la penale sia pattuita per una particolare inesattezza della prestazione; così BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, cit., p.230.

risulta funzionale anche alla quantificazione economica dell'interesse leso da tutelare.

Per cui, è assolutamente condivisibile sostenere che tramite il ricorso a siffatto istituto le parti possano ascrivere rilievo anche ad interessi non patrimoniali, atteso che la loro rilevanza contrattuale sarebbe espressamente sancita dall'autonomia negoziale esercitata dai contraenti mediante la quantificazione forfettaria del danno che sarebbe conseguente alla loro lesione. È, infatti, insita nella risarcibilità del pregiudizio la rilevanza giuridica del corrispondente interesse leso.

Sul punto, però, occorre precisare che, in linea di principio, la rilevanza giuridica degli interessi non dipende dalla concreta risarcibilità dei danni conseguenti alla loro lesione, essendo la liquidità del danno un profilo giuridico attinente al *quantum debeatur*, e, dunque, come tale da considerare, sul piano logico-giuridico, certamente quale momento successivo rispetto a quello riguardante l'*an debeatur*. Se, infatti, così non fosse ogni danno economicamente quantificabile sarebbe sempre da considerarsi risarcibile a prescindere dalla circostanza che fosse o meno conseguenza di un danno ingiusto o di un inadempimento. Così come, peraltro, si dovrebbe escludere la responsabilità ogniqualvolta il nocumento patito dalla vittima di una condotta altrui non sia di agevole quantificazione; ipotesi, questa che si configura spesso per i danni non patrimoniali e che, in generale è confutata dal dettato dell'art.1226 c.c. nella parte ove rimette alla valutazione equitativa del Giudice la liquidazione di quei danni dei quali non sia possibile provare la loro entità (o meglio, il loro esatto ammontare), come, appunto, è dato rinvenire per i pregiudizi non suscettibili di valutazione economica.

Ed, invece, quello che, in realtà, si vuole mettere in evidenza nel sottolineare il rapporto tra risarcibilità del danno e rilevanza giuridica del corrispondente interesse leso è, più semplicemente, l'idoneità della clausola penale a costituire strumento di quantificazione del danno conseguente alla lesione di quello specifico interesse, anche non patrimoniale, già dedotto dalle parti nel contratto ed in relazione al quale l'autonomia negoziale attribuisce un preciso valore economico all'inadempimento. Per cui la clausola penale non ascrive rilievo giuridico ad un interesse del tutto estraneo al contratto, bensì

quantifica economicamente la rilevanza dell'inadempimento a fronte di un interesse creditorio che è già insito nella causa contrattuale.

In altre parole, la clausola penale è un elemento accessorio del contratto idoneo a sottolineare la rilevanza contrattuale degli interessi perseguiti in concreto dai contraenti.

Ragione per la quale, laddove si afferma che nella risarcibilità del danno sarebbe insita la rilevanza giuridica del corrispondente interesse creditorio leso dall'inadempimento, si vuole precisare che la quantificazione forfettaria del danno contemplata dalla clausola penale costituisce indiscutibilmente *un indice della rilevanza contrattuale dell'interesse perché la penale stessa presuppone siffatta rilevanza e non la sancisce di per sé*, secondo i principi generali riportati. Per cui non è dalla quantificazione del danno che si desume la rilevanza giuridica dell'interesse creditorio, essendo, infatti, quest'ultima da accertare sempre in relazione alla causa in concreto del contratto e potendo, tutto al più, la clausola penale mettere in rilievo interessi che, per quanto dedotti dai contraenti, potrebbero essere considerati a prima vista dei meri motivi. Il problema si pone, non a caso, soprattutto per gli interessi non patrimoniali.

È ovvio che mentre laddove non siano stipulati siffatti accordi tra le parti la liquidazione del danno seguirà le regole previste dal Codice Civile, il ricorso alla clausola penale, consentendo alle parti una quantificazione consensuale del danno, mette in evidenza non soltanto la rilevanza contrattuale del corrispondente interesse creditorio, ma anche *la misura entro la quale siffatto interesse è rilevante per i contraenti*, specificando quest'ultimi il *quantum debeatur* del risarcimento.

Il che richiama un'altra questione di particolare importanza nell'esame dell'istituto in parola: ed ossia quello concernente il rapporto tra patrimonialità dell'interesse e patrimonialità della prestazione dedotta nella clausola penale.

Come noto, il patto con il quale si quantifica in via consensuale e forfettaria il danno da risarcire in caso di inadempimento è fonte di una specifica obbligazione che si potrebbe definire accessoria in quanto la prestazione ivi prevista diventa attuale in caso di inadempimento dell'obbligazione principale dedotta in contratto. Come tutte le obbligazioni, quindi, anche quella contemplata dalla clausola penale è soggetta alla disciplina in generale delle obbligazioni prevista dal Titolo I del Libro IV del Codice

Civile, ivi compresa, dunque, quella statuita dall'art.1174 c.c. secondo cui l'obbligazione deve avere per oggetto una prestazione suscettibile di quantificazione economica e deve corrispondere ad un interesse anche non patrimoniale del creditore.

Ne consegue che l'obbligazione promanante dalla clausola penale sarà contraddistinta da una prestazione patrimoniale (spesso consistente nel pagamento di una somma di denaro, per quanto sia possibile la previsione di una prestazione tipologicamente differente), nonché dalla preordinazione al soddisfacimento di un interesse *anche non patrimoniale*.

Senonché, per l'individuazione proprio dell'interesse soddisfatto dalla clausola penale occorre avere riguardo alla prestazione principale a fronte della quale la clausola medesima è stata predisposta dalle parti, essendo quest'ultima prevista in funzione del mancato adempimento dell'obbligazione principale.

Per cui è possibile affermare che quello soddisfatto dalla clausola penale è proprio il medesimo interesse creditorio che la prestazione principale è preordinata a soddisfare, con l'unica doverosa precisazione che si deve in ordine alla possibilità prevista dall'art.1383 c.c., atteso che laddove la clausola penale sia esclusivamente pattuita per il mero ritardo, l'interesse soddisfatto sarebbe identificabile in quello al tempestivo adempimento della prestazione e non propriamente in quello all'esecuzione della prestazione, essendo, infatti, da tale diversità di interessi risulta giustificata la deroga al divieto di cumulo già ricordato. Tuttavia, anche in questi casi la coincidenza degli interessi soddisfatti dalla prestazione principale e da quella dedotta nella clausola penale potrebbe essere ugualmente affermata laddove si consideri l'interesse al tempestivo adempimento una componente accessoria del più generale ed ampio interesse all'esecuzione della prestazione dovuta.

Da quanto affermato deriva, dunque, da un lato, la certezza che la clausola penale non ascrive rilievo ad interessi estranei al contratto, limitandosi soltanto a sottolineare la rilevanza di quegli stessi interessi in concreto perseguiti dai contraenti poiché connessi alle prestazioni contrattuali principali e, quindi, in quanto tali costituenti parte integrante della causa del contratto; dall'altro lato, la ragionevole certezza che la clausola penale possa essere preordinata al soddisfacimento di interessi creditorî *anche non patrimoniali*.

Concentrando l'attenzione proprio su quest'ultimo profilo, ossia sulla possibile preordinazione della clausola penale al soddisfacimento di *interessi non patrimoniali*, occorre precisare che il ricorso all'istituto in esame da parte dei contraenti assume particolare importanza soprattutto con riguardo a due ordini di questioni: e cioè, da un lato, quello concernente la patrimonializzazione della prestazione e della conseguente giuridicizzazione della promessa assunta dal debitore, e, dall'altro, quella concernente la quantificazione del danno non patrimoniale.

Con riguardo alla prima questione è possibile affermare che qualora le parti di un contratto abbiano inteso perseguire il soddisfacimento di interessi non patrimoniali, la previsione di una clausola penale costituisce un ausilio fondamentale per l'interprete al fine di accertare la giuridicità del vincolo obbligatorio assunto dal debitore.

Infatti, come noto, la patrimonialità della prestazione costituisce un presupposto necessario ed indefettibile per la configurabilità dell'obbligazione, in ossequio a quanto sancito dall'art.1174 c.c. Sennonché, in base ad un orientamento dottrinario particolarmente seguito anche dalla Giurisprudenza²⁰⁹, la patrimonialità della prestazione dovrebbe essere valutata alla stregua di parametri soggettivi, dovendo rinvenirsi esclusivamente nella volontà delle parti l'intento o meno di attribuire alla prestazione promessa dal debitore un valore di tipo economico e, quindi, l'intento o meno del debitore di volere assumere un vincolo giuridico con l'assunzione dell'impegno ad eseguire la prestazione promessa.

Si pensi, ad esempio, all'accordo con il quale un vicino, di professione musicista, si impegna nei confronti dell'altro a non suonare il pianoforte in determinate ore del giorno. È chiaro che si tratta di una prestazione difficilmente suscettibile di valutazione economica, soprattutto in considerazione della circostanza che potrebbe anche trattarsi di un semplice atto di cortesia. Sennonché, laddove sia pattuito un compenso per la prestazione in esame a quest'ultima certamente si dovrebbe riconoscere anzitutto carattere giuridico. Donde, la possibilità di qualificare l'accordo in questione come un vero e proprio contratto.

²⁰⁹ Vedi Capitolo I, § 2.

Lo stesso dicasi laddove al posto di una controprestazione sia pattuita una clausola penale che preveda, ad esempio, il pagamento di una somma di denaro per ogni inadempimento.

Infatti, tramite la quantificazione in termini patrimoniali del *danno* si risale alla giuridicità del vincolo obbligatorio, atteso che se patrimoniale è la prestazione dedotta nella clausola penale è, del pari, stata intesa come patrimoniale dai contraenti anche la prestazione principale a fronte della quale la clausola suddetta è stata pattuita.

In effetti il procedimento interpretativo che l'interprete dovrebbe seguire nel valutare la patrimonialità della prestazione e, quindi, la giuridicità della promessa del debitore è differente secondo che il carattere patrimoniale della prestazione si desuma dalla controprestazione eventualmente prevista, ovvero dalla clausola penale, in quanto se nella prima ipotesi la giuridicità del vincolo si rileva direttamente dal sinallagma, nella seconda ipotesi, invece, la si evince indirettamente dalla quantificazione consensuale che le parti effettuano in termini propriamente e squisitamente patrimoniali del danno conseguente nella sfera del creditore dall'inadempimento della prestazione principale.

Da quanto premesso, pertanto, deriva che il ricorso alla clausola penale può costituire per l'interprete un ausilio di non poco momento soprattutto laddove le prestazioni non siano pacificamente suscettibili di valutazione economica, come nell'esempio riportato laddove a fronte dell'impegno di non suonare il pianoforte non sia pattuito alcun compenso, ovvero sia previsto a carico dell'altro vicino, di professione tenore, un correlativo obbligo di non cantare nelle medesime ore. È proprio in casi come questi che la previsione di una clausola penale costituisce un parametro di riferimento fondamentale per valutare la giuridicità del vincolo assunto dal debitore, nonché la natura propriamente contrattuale dell'accordo stipulato.

L'altra questione, riguardante la quantificazione del danno, mette in rilievo quella specifica funzione che assolve la clausola penale soprattutto in relazione ai pregiudizi di non agevole liquidazione come i danni non patrimoniali.

Ed, infatti, la previsione di una clausola penale se a fronte di danni patrimoniali rileva più che altro quale strumento di esonero della prova (stante, in genere, la possibilità per il Giudice di avvalersi delle regole di mercato quale

parametro oggettivo di sicuro riferimento per la quantificazione del nocumento da risarcire), con riguardo ai danni non patrimoniali assume rilevanza più accentuata, poiché consente ai contraenti di tradurre con certezza in termini economici il valore dei danni da risarcire, eludendo così in sede giudiziale tutte quelle difficoltà connesse alla quantificazione equitativa richiamata dall'art.1226 c.c. oltre che ovviamente alla prova dei pregiudizi in questione.

In altre parole, se i danni propriamente patrimoniali sono normalmente suscettibili di agevole liquidazione (per cui la clausola penale incide maggiormente nella parte ove esonera il creditore insoddisfatto dall'onere di provare l'entità del nocumento), i danni non patrimoniali, essendo spesso pregiudizi afferenti alla sfera soggettiva interiore della persona, presuppongono il ricorso alla liquidazione equitativa, atteso che la principale difficoltà si rileva nella carenza di parametri oggettivi di riferimento²¹⁰.

La clausola penale, quindi, risolve in radice il problema, in quanto, da un lato, specifica in termini economici certi l'entità del nocumento sofferto dalla propria sfera *a-reddituale* a seguito dell'inadempimento, e, dall'altro, esonera il creditore dalla prova.

Ed è indubbio che nessuno possa quantificare meglio degli interessati l'incidenza dell'inadempimento contrattuale sulla sfera interiore degli stessi.

Pertanto, il ricorso alla clausola penale con riguardo ai danni non patrimoniali risulta di straordinaria utilità pratica sia per le parti, che definiscono con certezza l'ammontare del risarcimento dovuto dal debitore in caso di inadempimento, sia per il Giudice, che non dovrà cimentarsi in quella complessa attività di valutazione che comporta il necessario ricorso alla liquidazione in via equitativa.

Tuttavia, il Giudice potrebbe ugualmente essere chiamato a sindacare l'entità dei danni non patrimoniali forfettariamente liquidati dai contraenti nella clausola penale, laddove ritenga di dover esercitare quel potere di riduzione che la legge gli riconosce a fronte di risarcimenti pattiziamente convenuti che risultino manifestamente eccessivi rispetto all'interesse dedotto in obbligazione.

²¹⁰ Con l'unica eccezione rappresentata dal danno biologico, stante l'ormai la consueta prassi costituita dal sistematico ricorso ai punti di invalidità percentuali previsti dalle tabelle elaborate e predisposte dal Tribunale di Milano, sebbene si debba affermare anche in questi casi che il danno è liquidato pur sempre in via equitativa.

Comunque, siffatto sistema di liquidazione del danno biologico è stato normativamente recepito sia per l'assicurazione R.C.A., sia per gli infortuni sul lavoro (vedi Cap. I, § 1).

L'art.1384 c.c., infatti, prevede che il Giudice può diminuire equamente la penale in due ipotesi: e cioè, *a*) se l'obbligazione principale è stata eseguita in parte, ovvero, *b*) se l'ammontare della penale è manifestamente eccessivo avuto sempre riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento.

Tralasciando la prima ipotesi dell'adempimento parziale e concentrando l'attenzione sulla seconda, occorre precisare che la Giurisprudenza ha in più pronunce ribadito il principio secondo il quale parametro di riferimento della eccessività è soltanto l'interesse creditorio corrispondente alla prestazione principale non adempiuta, e non l'entità complessiva dei danni in concreto patiti dal creditore a seguito dell'inadempimento²¹¹ né la prestazione inadempiuta astrattamente considerata²¹².

²¹¹ Cass. Sez. I, 09 maggio 2007, n°10626: "Il criterio cui il giudice deve fare riferimento per esercitare il potere di riduzione della penale non è la valutazione del danno che sia stato accertato o risarcito, ma l'interesse che la parte ha, secondo le circostanze, all'adempimento della prestazione cui ha diritto (nella specie, la S.C. ha cassato con rinvio la sentenza con cui la Corte d'appello aveva cospicuamente ridotto la penale dovuta da un fallimento per la risoluzione di un contratto d'affitto d'azienda, valutando la penale in relazione ai danni subiti per l'inadempimento e a quelli risarciti o insinuati al fallimento mentre avrebbe dovuto far riferimento all'interesse all'esecuzione del contratto al momento della stipulazione della clausola)"; Cass. Sez. II, 16 marzo 2007, n°6158: "L'apprezzamento sulla eccessività dell'importo fissato con clausola penale dalle parti contraenti, per il caso di inadempimento o di ritardato adempimento, nonché sulla misura della riduzione equitativa dell'importo medesimo, rientra nel potere discrezionale del giudice di merito il cui esercizio è incensurabile in sede di legittimità, se correttamente fondato, a norma dell'art. 1384 cod. civ., sulla valutazione dell'interesse del creditore all'adempimento con riguardo all'effettiva incidenza dello stesso sull'equilibrio delle prestazioni e sulla concreta situazione contrattuale, indipendentemente da una rigida ed esclusiva correlazione con l'entità del danno subito. (Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza di merito che aveva ridotto da 500.000 a 200.000 lire per ogni giorno di ritardo la penale prevista in relazione al ritardo nell'esecuzione di lavori che pregiudicavano l'accesso principale a un negozio gestito dal ricorrente, rilevando che dalla sentenza non emergevano i necessari accertamenti in ordine alla natura, entità e complessità dei lavori da eseguire, allo stato e alla situazione dei luoghi, ai motivi tecnici del ritardo, all'affidabilità degli elaborati tecnici predisposti dai professionisti, senza peraltro che risultassero enunciati i dati relativi all'interesse del creditore alla prestazione, quali la consistenza e redditività dell'esercizio commerciale, lo scopo perseguito dai contraenti, la rilevanza di un ingresso alternativo, l'incidenza del pagamento del canone e degli oneri connessi alla locazione)"; Cass. Sez. III, 02 marzo 2007, n°4969: "Gli artt. 1526, comma secondo e 1384 cod. civ. – applicabili anche alla locazione finanziaria – i quali prevedono, rispettivamente, il potere del giudice di ridurre l'indennità convenuta, in caso di risoluzione del contratto per l'inadempimento del compratore, e la penale determinata nell'ammontare dei canoni ancora da pagare, non impongono una rigida correlazione all'entità del danno subito dal creditore, posto che in entrambi i casi, non si tratta di risarcire un danno, ma, all'opposto, di diminuirne l'entità convenzionalmente stabilita. Pertanto, la valutazione del giudice va condotta sul piano dell'equilibrio delle prestazioni con riferimento al margine di guadagno che il concedente si riprometteva di trarre dall'esecuzione del contratto".

²¹² Cass. Sez. Lavoro, 04/04/2006, n°7835: "Il criterio cui il giudice deve porre riferimento per esercitare il potere di riduzione della penale non è la valutazione della prestazione in sé astrattamente considerata, ma l'interesse che la parte ha, secondo le circostanze, all'adempimento della prestazione cui ha diritto, tenendosi conto delle ripercussioni dell'inadempimento sull'equilibrio delle prestazioni e della sua effettiva incidenza sulla situazione contrattuale concreta. (Nella specie, la S.C. ha confermato la decisione del giudice di merito che aveva rigettato la domanda di riduzione della penale proposta da lavoratori incorsi

Donde, la necessità che siffatta valutazione sia compiuta dal Giudice anche laddove l'interesse creditorio sia di natura *non patrimoniale*, e cioè anche qualora manchi un parametro di riferimento oggettivo, come quello costituito dalle valutazioni di mercato, atteso altresì che quello previsto dall'art.1384 c.c. è un potere che, in quanto previsto a tutela dell'interesse generale dell'ordinamento, deve essere esercitato ogniqualvolta si configuri la suddetta eccessività²¹³, a nulla rilevando l'eventuale patto di irriducibilità previsto dalle parti²¹⁴.

Tuttavia, è proprio in questi casi che le valutazioni in ordine alla manifesta eccessività appaiono particolarmente complesse, dovendo il Giudice

nella violazione del patto di non concorrenza, rilevandone la conformità ai suddetti parametri, essendo stato osservato, nell'inerente motivazione, che l'inadempimento era stato totale rispetto all'obbligazione assunta, essendo iniziato dal giorno successivo alla risoluzione del rapporto e protrandosi per l'intero periodo)".

²¹³ **Salve le dovute eccezioni**, come la Giurisprudenza ha chiarito nei casi **ove l'entità della penale sia stabilita dalla legge**, atteso che in questi casi l'esercizio del potere di riduzione implicherebbe un'ingiustificata disapplicazione della relativa norma. In tal senso, Cass. Sez. V, 30 giugno 2006, n°15110: "In tema di riscossione delle imposte sui redditi, l'istituto di credito che non versi alla tesoreria provinciale dello Stato, nel termine previsto, le somme al cui pagamento sia stato delegato dal contribuente è soggetto alla penale, nella misura del 2 per cento per ogni giorno di ritardo, stabilita dall'art. 17, ultimo comma, della legge 2 dicembre 1975, n. 576, aggiunto dall'art. 4 del d.l. 4 marzo 1976, n. 30, convertito in legge 2 maggio 1976 n. 160. L'obbligazione di versare le somme a tale titolo incassate, che nasce a carico della banca nei confronti dell'amministrazione, pur non rivestendo natura tributaria, è tuttavia una obbligazione pubblica, in quanto regolata da norme che deviano dal regime comune delle obbligazioni civili, in ragione della tutela dell'interesse della P.A. creditrice alla pronta e sicura esazione delle entrate; ne consegue che alla "speciale" penale in esame non è applicabile la disposizione dettata dall'art.1384 cod. civ., che attribuisce al giudice il potere di diminuirla "equamente" ("se l'obbligazione principale è stata eseguita in parte ovvero se l'ammontare della penale è manifestamente eccessivo, avuto sempre riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento"), atteso che - come ritenuto dalla Corte costituzionale nella sent. n. 209 del 1988- l'ammontare di una siffatta penale, diversamente da quella ordinaria, non è frutto di pattuizione fra le parti, ma è determinata direttamente dalla legge, sicché ogni (richiesta di) riduzione di quell'ammontare si traduce in un'ingiustificata ed illegittima (richiesta di) disapplicazione delle disposizioni che fissano con rigido parametro la misura contestata. Né la previsione di una penale così elevata può giustificare sospetti di incostituzionalità per irragionevolezza, avendo perseguito il legislatore lo scopo di rendere inaccettabile per le aziende di credito il rischio di un ritardo nel versamento e di precludere movimenti speculativi su somme ingenti, appartenenti in definitiva all'intera collettività nazionale; ovvero per disparità di trattamento dell'istituto di credito delegato alla riscossione rispetto al concessionario della riscossione, considerato che le situazioni poste a raffronto sono diverse, oltre che per la qualità dei soggetti, per la quantità, la natura e la cadenza dei flussi finanziari rispettivamente gestiti, nonché per la fonte di tale gestione (abilitazione "ex lege" e formale atto di concessione); e neppure, infine, sono pertinenti i dubbi di costituzionalità sollevati in riferimento all'art. 97 Cost."

²¹⁴ Cass. Sez. II, 28 settembre 2006, n°21066: "In tema di clausola penale, il potere di riduzione ad equità, attribuito al giudice dall'art.1384 cod. civ., essendo previsto a tutela dell'interesse generale dell'ordinamento, al fine di ricondurre l'autonomia contrattuale nei limiti in cui essa appare effettivamente meritevole di tutela, e, dunque, connotandosi come potere esercitabile anche d'ufficio, può essere esercitato anche qualora le parti abbiano contrattualmente convenuto l'irriducibilità della penale".

cimentarsi in una valutazione complessiva del contratto al fine di determinare l'esatta entità dell'interesse creditorio.

Si tratta di un giudizio che sembrava, in un primo momento, reso ancora più difficoltoso dal recente mutamento di indirizzo delle Sezioni Unite avvenuto nel 2005²¹⁵, avendo la Suprema Corte chiarito che il potere ex art.1384 c.c. deve essere esercitato d'ufficio a prescindere da una richiesta di parte²¹⁶.

²¹⁵ Cass. Sez. Unite, 13 settembre 2005, n°18128: "In tema di clausola penale, il potere di riduzione ad equità, attribuito al giudice dall'art.1384 cod. civ. a tutela dell'interesse generale dell'ordinamento, può essere esercitato d'ufficio per ricondurre l'autonomia contrattuale nei limiti in cui essa appare meritevole di tutela, e ciò sia con riferimento alla penale manifestamente eccessiva, sia con riferimento all'ipotesi in cui la riduzione avvenga perché l'obbligazione principale è stata in parte eseguita, giacché in quest'ultimo caso la mancata previsione da parte dei contraenti di una riduzione della penale in caso di adempimento di parte dell'obbligazione si traduce comunque in una eccessività della penale se rapportata alla sola parte rimasta inadempita".

Per il precedente indirizzo maggioritario secondo il quale il potere di riconduzione ad equità della penale manifestamente eccessiva sarebbe stato subordinato alla proposizione di un'esplicita domanda o eccezione di parte, Cass. Sez. Lavoro, 19 aprile 2002, n°5691: "Il potere conferito al giudice dall'art. 1384 cod. civ. di ridurre ad equità la penale (per manifesta eccessività o sopravvenuta onerosità) non può essere esercitato d'ufficio, ma richiede l'istanza della parte interessata, che non può ritenersi implicitamente contenuta nella deduzione di non dovere nulla a titolo di penale (trattandosi di deduzione incompatibile con l'istanza di riduzione) e che, nel processo del lavoro, deve essere avanzata nel rispetto delle preclusioni fissate dagli artt. 414 e 416 cod. proc. civ.; ne consegue che la richiesta in argomento deve essere avanzata nel ricorso introduttivo o nella comparsa di risposta, oppure nel primo atto difensivo successivo al verificarsi di fatti sopravvenuti idonei ad incidere sull'ammontare della penale, ma non può in nessun caso essere presentata nel giudizio di legittimità"; Cass. Sez. II, 15 gennaio 1997, n°341: "Il potere del giudice di ridurre la penale quando l'obbligazione principale sia stata eseguita o quando l'ammontare della penale sia manifestamente eccessivo, postula l'istanza di parte, non potendo il giudice provvedervi d'ufficio".

²¹⁶ Ed invero, il Giudice, se prima poteva in certo senso essere agevolato dall'apposita domanda o eccezione della parte obbligata al pagamento – stante l'interesse di quest'ultima a precisare i rilievi in base ai quali la penale si sarebbe dovuta ritenere manifestamente eccessiva – adesso, invece, è ugualmente tenuto a sindacare l'entità della penale anche in mancanza di un'esplicita istanza, purché, ovviamente, la manifesta eccessività risulti «*ex actis*», ossia, dagli elementi probatori ritualmente acquisiti nel processo. Le Sezioni Unite, infatti, non avevano precisato se l'esercizio del potere di riduzione ad equità della penale manifestamente eccessiva fosse o meno subordinato ad un'attività probatoria delle parti, limitandosi i Giudici della Suprema Corte a specificare soltanto la necessità per il Giudice di utilizzare tutti gli elementi probatori legittimamente acquisiti nel corso del processo.

Senonché, la Cassazione²¹⁷ ha recentemente chiarito che il potere d'ufficio può essere esercitato dal Giudice in assenza di un'espressa domanda o eccezione, fermo restando, però, l'onere di allegazione e prova dei fatti e delle circostanze rilevanti per la valutazione dell'eccessiva onerosità della penale. La Suprema Corte ha precisato cioè che il Giudice non deve anche ricercare i fatti dai quali desumere la manifesta eccessività, essendo il potere ufficioso previsto dall'art.1384 c.c. limitato esclusivamente alla valutazione della manifesta eccessività della penale, non estendendosi, quindi, anche alla disposizione di mezzi istruttori appositamente preordinati alla ricerca degli elementi fattuali dai quali desumere o meno la sproporzione.

Questo indirizzo dovrebbe, almeno in linea di principio, costituire un ausilio di non poco momento per il Giudice laddove, in particolare, l'interesse creditorio tutelato dalla penale sia di natura anche (o esclusivamente) non patrimoniale, atteso che le circostanze da considerare ai sensi dell'art.1384 c.c. sono soltanto quelle indicate e provate dalle parti nel corso del processo.

Il che esclude il rischio che alla penale possa essere riconosciuta, soprattutto in questi casi, una funzione squisitamente punitiva, simile a quella assolta nel diritto anglosassone dai c.d. "*punitive damages*".

Ed, infatti, la possibilità che la clausola penale costituisca per il debitore uno strumento afflittivo si potrebbe desumere, in generale, proprio dalla disciplina prevista dall'art.1382 c.c. nella parte ove esonera il creditore dalla prova del danno. Secondo alcuni autori²¹⁸ siffatto rilievo disciplinare sarebbe,

²¹⁷ Cass. Sez. III, 28 marzo 2008, n°8071: "In tema di clausola penale, il potere di riduzione ad equità, attribuito al giudice dall'art. 1384 cod. civ. a tutela dell'interesse generale dell'ordinamento, può essere esercitato d'ufficio, ma l'esercizio di tale potere è subordinato all'assolvimento degli oneri di allegazione e prova, incombenti sulla parte, circa le circostanze rilevanti per la valutazione dell'eccessività della penale, che deve risultare "ex actis", ossia dal materiale probatorio legittimamente acquisito al processo, senza che il giudice possa ricercarlo d'ufficio. (Nella specie la S.C. ha cassato con rinvio la sentenza impugnata, avendo la corte territoriale escluso di poter esercitare il potere di riduzione della penale in mancanza di una istanza in tal senso del ricorrente)"; Cass. Sez. Lavoro, 13 novembre 2006 n°24166: "In tema di clausola penale, il potere di riduzione ad equità, attribuito al giudice dall'art. 1384 cod. civ. a tutela dell'interesse generale dell'ordinamento, può essere esercitato d'ufficio, ma l'esercizio di tale potere è subordinato all'assolvimento degli oneri di allegazione e prova, incombenti sulla parte, circa le circostanze rilevanti per la valutazione dell'eccessività della penale, che deve risultare "ex actis", ossia dal materiale probatorio legittimamente acquisito al processo, senza che il giudice possa ricercarlo d'ufficio. (Nella specie la S.C. nel confermare la sentenza di merito, che aveva rilevato l'omessa indicazione degli elementi indispensabili per giudicare dell'eccessività della penale, ha osservato che il ricorrente anche in sede di legittimità aveva insistito esclusivamente sulla mancanza di danno in concreto, profilo estraneo alla struttura della clausola penale, la cui stipulazione esonera il creditore dall'onere di provare il danno)".

²¹⁸ BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, III, 480; MAZZARESE, *Le obbligazioni penali*, Padova, 1986; TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, 1954, p.44, 59, 141.

quindi, di per sé sufficiente ad escludere la considerazione della penale quale istituto di natura risarcitoria, essendo il pagamento dovuto in base al mero fatto dell'inadempimento dell'obbligazione principale a prescindere dalla sussistenza o meno di un danno effettivo nella sfera del creditore.

Peraltro, la condivisione del pensiero che concepisce la penale in chiave sanzionatoria influirebbe non poco sull'interpretazione dell'art.1384 c.c., atteso che il Giudice non potrebbe valutare *ex officio* l'eccessività del risarcimento forfettario concordato dalle parti in assenza di un'esplicita domanda del debitore interessato, dovendosi considerare rimessa alla libertà negoziale dei contraenti la possibilità di prevedere delle pene private ed il loro preciso ammontare, senza possibilità di sindacato giudiziale alcuno laddove né l'attore né il convenuto contestino l'eventuale manifesta eccessività del pagamento dovuto in forza della clausola.

Questa caratteristica sanzionatoria si sarebbe potuta ritenere particolarmente accentuata soprattutto laddove la penale sia preordinata alla tutela di interessi non patrimoniali, in considerazione, anzitutto, della consueta estraneità di siffatti interessi rispetto a quelli normalmente regolamentati dal contratto, secondo quanto sarebbe desumibile dall'art.1321 c.c. nella parte ove richiama la nozione di patrimonialità del rapporto; e poi, anche in considerazione della notoria difficoltà caratterizzante la quantificazione dei danni non patrimoniali, essendo, infatti, la loro liquidazione determinata in via equitativa che prescinde da una prova certa dell'entità del pregiudizio in concreto sofferto, in quanto ne presuppone l'impossibilità oggettiva di fornirla.

Tuttavia, la natura punitiva della clausola penale viene, in generale, esclusa dalla dottrina²¹⁹ sulla base di tre ordini di considerazioni: a) che la funzione di determinazione preventiva del risarcimento del danno assolta dalla penale sarebbe del tutto analoga a quanto è dato riscontrare in sede di definizione transattiva della lite, con la principale differenza che la penale definisce l'entità dell'obbligazione risarcitoria prima dell'inadempimento, mentre la transazione interviene dopo; b) che, laddove la penale sia prevista in aggiunta al diritto di risarcimento del danno, essa non sarebbe operante poiché, comportandosi da sanzione di tipo punitivo, si porrebbe in contrasto con i principi di ordine pubblico sanciti dalla Costituzione, ed in particolare con

²¹⁹ BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, cit., p.224-226.

quello di uguaglianza che impedirebbe alle parti la creazione di posizioni autoritarie di un privato nei confronti di un altro privato; c) infine, che la natura risarcitoria dell'istituto in esame sarebbe desumibile proprio dall'art.1382 c.c. nella parte in cui esclude la risarcibilità del danno ulteriore qualora siffatta evenienza non sia stata appositamente convenuta dalle parti.

Questa medesima impostazione è seguita anche dalla Suprema Corte di Cassazione che, infatti, ha escluso qualsiasi possibile analogia tra la clausola penale ed i c.d. “*punitive damages*”²²⁰, soprattutto in considerazione della circostanza che i danni punitivi nel nostro ordinamento sono da ritenersi inammissibili in quanto in contrasto con quel principio di ordine pubblico che rinviene nel diritto al risarcimento del danno un istituto di natura (anche) ripristinatoria e non squisitamente sanzionatoria.

Da quanto asserito discende, infatti, che l'obbligazione risarcitoria non può mai risolversi per il danneggiato in un arricchimento ingiustificato: riprova della correttezza di siffatto orientamento sia la circostanza che il diritto al risarcimento non può estendersi oltre al danno effettivamente sofferto dalla vittima dell'illecito, anche qualora il vantaggio conseguito dal danneggiante sia superiore al nocimento in concreto arrecato al danneggiato.

Per cui seguendo siffatto principio si perviene alla conclusione secondo la quale tanto nelle ipotesi di c.d. danno in “*re ipsa*” (locuzione questa ovviamente esplicitativa di una presunzione di esistenza del c.d. danno-evento ma non anche dei danni-conseguenza)²²¹, quanto in caso di risarcimento dei danni

²²⁰ Cass. Sez. III, 19 gennaio 2007, n°1183: “La clausola penale non ha natura e finalità sanzionatoria o punitiva, ma assolve alla funzione di rafforzare il vincolo contrattuale e di liquidare preventivamente la prestazione risarcitoria, tant'è che se l'ammontare fissato nella clausola penale venga a configurare, secondo l'apprezzamento discrezionale del giudice, un abuso o uno sconfinamento dell'autonomia privata oltre determinati limiti di equilibrio contrattuale, può essere equamente ridotta. Pertanto, deve escludersi che la clausola penale prevista dall'articolo 1382 del codice civile possa essere ricondotta all'istituto proprio del diritto nord-americano dei “*punitive damages*” avente una finalità sanzionatoria e punitiva che è incompatibile con un sindacato del giudice sulla sproporzione tra l'importo liquidato e il danno effettivamente subito”.

²²¹ Cass. Sez. II, 12 giugno 2008, n°15814: “Nel vigente ordinamento il diritto al risarcimento del danno conseguente alla lesione di un diritto soggettivo non è riconosciuto con caratteristiche e finalità punitive ma in relazione all'effettivo pregiudizio subito dal titolare del diritto leso né il medesimo ordinamento consente l'arricchimento se non sussista una causa giustificatrice dello spostamento patrimoniale da un soggetto ad un altro; ne consegue che, pure nelle ipotesi di danno “*in re ipsa*”, in cui la presunzione si riferisce solo all’*“an debeatur”* (che presuppone soltanto l'accertamento di un fatto potenzialmente dannoso in base ad una valutazione anche di probabilità o di verosimiglianza secondo l’*“id quod plerumque accidit”*) e non alla effettiva sussistenza del danno e alla sua entità materiale, permane la necessità della prova di un concreto pregiudizio economico ai fini della determinazione quantitativa e della liquidazione del danno per equivalente pecuniario”.

non patrimoniali²²², occorre sempre avere riguardo all'effettivo pregiudizio configuratosi nella sfera giuridica del danneggiato.

Ne consegue che, anche laddove la clausola penale sia preposta alla tutela di interessi non patrimoniali, non si potrebbe riconoscere alla penale pattuita una funzione propriamente punitiva con conseguente esclusione del potere di riconduzione ad equità contemplato dall'art.1384 c.c.

Infine, una riflessione apposita merita l'ulteriore profilo concernente i rapporti fra la clausola penale deputata alla tutela di interessi non patrimoniali e l'art.1229 c.c.

Secondo, infatti, un orientamento consolidato la clausola penale, limitando la responsabilità del debitore/danneggiante, in generale non opererebbe in caso di inadempimento doloso o gravemente colposo, in ossequio a quanto disposto dall'art.1229 c.1 c.c., atteso che, diversamente opinando, si potrebbe rinvenire in siffatto istituto uno strumento utile per il debitore al fine di eludere le conseguenze della sua responsabilità.

Per cui siffatto indirizzo deve essere seguito sia quando la penale risulti preposta alla tutela di interessi patrimoniali, sia allorché la penale sia preordinata alla tutela di interessi non patrimoniali.

Diversamente, con riguardo all'art.1229 c.2 c.c. – che, come noto, prevede la nullità dei patti preventivi di esonero o limitazione della responsabilità derivante dalla violazione di obblighi sanciti in norme di ordine pubblico – le conclusioni alle quali si dovrebbe pervenire possono variare a seconda della natura dell'interesse tutelato dalla clausola penale, nonché della

²²² Cass. Sez. III, 19 gennaio 2007, n°1183: “Nel vigente ordinamento alla responsabilità civile è assegnato il compito precipuo di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, anche mediante l'attribuzione al danneggiato di una somma di denaro che tenda a eliminare le conseguenze del danno subito mentre rimane estranea al sistema l'idea della punizione e della sanzione del responsabile civile ed è indifferente la valutazione a tal fine della sua condotta. È quindi incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto dei danni punitivi che, per altro verso, non è neanche riferibile alla risarcibilità dei danni non patrimoniali o morali. Tale risarcibilità è sempre condizionata all'accertamento della sofferenza o della lesione determinata dall'illecito e non può considerarsi provata "in re ipsa". È inoltre esclusa la possibilità di pervenire alla liquidazione dei danni in base alla considerazione dello stato di bisogno del danneggiato o della capacità patrimoniale dell'obbligato. (Nella specie era stata impugnata per cassazione la pronuncia di rigetto dell'istanza di delibazione di una sentenza statunitense che aveva condannato il produttore di un casco protettivo utilizzato dalla vittima di un incidente stradale. La sentenza aveva accertato il difetto di progettazione e costruzione della fibbia di chiusura del casco e aveva liquidato i danni secondo criteri che il giudice della delibazione aveva ritenuto propri dell'istituto dei danni punitivi "punitive damages" e come tali incompatibili con l'ordine pubblico interno)”.

entità del risarcimento forfettariamente previsto dalla stessa a fronte dei danni effettivamente patiti dal creditore.

Infatti, se nei casi ove il suddetto interesse sia patrimoniale non si colgono rilievi disciplinari particolari da sottolineare, lo stesso non può (più) dirsi qualora l'interesse tutelato dalla penale, invece, sia di natura non patrimoniale, in quanto le Sezioni Unite del 2008 hanno esplicitamente chiarito al § 4.7 che deve ritenersi nullo qualsiasi patto che esoneri o limiti la responsabilità del debitore allorché l'inadempimento leda diritti inviolabili della persona, essendo le norme preposte alla tutela di siffatti diritti da considerarsi esplicative di principi di ordine pubblico.

Ne consegue, dunque, l'impossibilità per le parti di un contratto preordinato al soddisfacimento di siffatti diritti inviolabili di prevedere una penale che non copra tutti i danni sofferti dal creditore, in quanto siffatto accordo, traducendosi in un patto comunque limitativo della responsabilità del debitore/danneggiante, sarebbe nullo per contrasto con norme di ordine pubblico, ai sensi dell'art.1229 c.2 c.c., interpretato in senso costituzionalmente orientato dalla Suprema Corte.

Da questa impostazione, pertanto, deriva per l'interprete un'ulteriore questione problematica, atteso che ogniqualvolta la penale sia deputata al soddisfacimento di interessi non patrimoniali occorrerà valutare in concreto: *a)* anzitutto, se siffatto interesse possa o meno assurgere al rango di diritto inviolabile della persona, e *b)* se il risarcimento concordato nella penale sia sufficiente a coprire tutti i danni patiti dal creditore, dipendendo da queste valutazioni, rispettivamente, la nullità o la validità della clausola.

Che, però, si tratti di un giudizio tutt'altro che agevole lo si evince chiaramente dalla eccessiva indeterminatezza che contraddistingue il parametro di riferimento costituzionale al quale l'interprete dovrebbe ricorrere nell'esame dei singoli interessi non patrimoniali, essendo, infatti, l'art.2 Cost. troppo generico nell'ascrivere tutela alla molteplicità dei diritti afferenti alla persona umana.

Tuttavia, un ausilio importante potrà certamente provenire dalla Corte Costituzionale, prima e, soprattutto, dalla Suprema Corte, poi, che ben potrà assolvere alla sua funzione di nomofilachia, essendo la qualificazione giuridica

di un certo interesse questione di diritto, al pari di quella concernente al validità di una clausola contrattuale come, appunto, la penale.

Pertanto, è possibile affermare che l'eventuale problematica attinente alla nullità della clausola penale preposta alla tutela di un certo interesse non patrimoniale di dubbia qualificazione come diritto inviolabile della persona o meno, essendo squisitamente una questione di mero diritto, potrà costituire oggetto di valutazione anche da parte della Corte di Cassazione.

Inoltre, la problematica in esame consta di un altro profilo innovativo, giacché una volta qualificato l'interesse non patrimoniale del creditore quale diritto inviolabile, il Giudice dovrà, poi, accertare se la penale assolva o meno, nel caso concreto, una funzione di mera quantificazione del danno o di limitazione della responsabilità. E siffatto giudizio presenta connotati di peculiarità poiché, rispetto a quello di cui all'art.1384 c.c., si contraddistingue sia per l'oggetto che per il parametro di riferimento. Infatti, in questi casi il Giudice dovrà valutare non la manifesta eccessività della penale, bensì la sua eventuale esiguità, onde verificare se alla clausola possa essere riconosciuta una funzione limitatrice della responsabilità del debitore. Inoltre, il parametro di riferimento sarà costituito non dall'interesse del creditore, bensì dai danni da costui sofferti a seguito dell'inadempimento della prestazione principale, superandosi in tal modo quell'orientamento (particolarmente consolidato in giurisprudenza) secondo il quale l'entità della penale (ai fini però dell'art.1384 c.c.) si sarebbe dovuta accertare esclusivamente avendo riguardo all'interesse e al più con riguardo all'equilibrio contrattuale delle prestazioni dedotte, ma non di certo con riguardo al danno²²³.

Appare evidente che in questi casi il giudizio del Giudice sia particolarmente invasivo dell'autonomia contrattuale delle parti, dovendosi valutare il merito, ed ossia, la funzione in concreto assolta dalla penale. Appare, però, del pari evidente che un simile giudizio è giustificato alla stregua dell'art.1229 c.2 c.c. e dalla funzione limitativa assolta dalle norme di ordine pubblico rispetto all'autonomia negoziale.

Tuttavia, il sindacato sulla nullità della penale pone alcune questioni di ordine processuale di non poco momento, quali la necessità o meno di un'apposita domanda di parte e gli strumenti probatori ai quali in Giudice potrà

²²³ Cass. Sez. I, 09 maggio 2007, n°10626, cit. nella nota 24.

ricorrere nel valutare l'esiguità del risarcimento forfettariamente concordato dai contraenti.

Con riguardo alla prima questione non vi è dubbio che il Giudice possa rilevare d'ufficio la nullità della clausola ai sensi dell'art.1421 c.c. Per cui non sarà necessaria una domanda o un'eccezione del debitore.

Diversamente la seconda questione è molto più problematica, poiché il Giudice dovrà desumere la nullità da un raffronto tra l'entità della penale e l'ammontare dei danni complessivamente subiti dal creditore. In effetti, la complessità di siffatto giudizio è determinata dalla constatazione che solitamente quello sulla nullità del contratto o delle singole clausole si traduce in una valutazione di tipo documentale, non richiedendo, di solito, una particolare istruttoria. Si potrebbe financo sostenere che la ragione giustificatrice dell'art.1421 c.c. sia proprio questa, e cioè la considerazione della nullità quale rilievo suscettibile di accertamento sulla base di un giudizio meramente documentale. Senonché, l'accertamento dell'ammontare dei danni patiti dal creditore a seguito dell'inadempimento del debitore non sempre è possibile in forza di prove precostituite, potendo essere necessario il ricorso a testimonianze e consulenze. Ragione, questa, per la quale, si potrebbe avvertire una certa difficoltà per il Giudice nel rilevare d'ufficio la nullità della clausola penale in assenza di un'apposita attività istruttoria delle parti²²⁴. Tuttavia, si potrebbe sostenere che anche qualora le parti non abbiano eccepito o rilevato alcunché sulla ipotetica nullità della penale il Giudice disponga degli strumenti idonei a superare le predette difficoltà. Infatti, egli potrebbe, in primo luogo, sottoporre la questione alle parti alla prima udienza, concedendo i termini ex art.183 c.6 c.p.c. e stimolando il contraddittorio mediante il deposito delle apposite memorie (così evitandosi, peraltro, decisioni a sorpresa); potrebbe, ancora, rilevare d'ufficio la nullità qualora dagli atti del processo di desuma l'esiguità della penale²²⁵; e potrebbe, financo, in ultima ipotesi disporre d'ufficio la CTU per accertare l'ammontare dei danni patiti dal creditore. Quest'ultima soluzione, invero, potrebbe essere criticabile nella parte in cui esonera il creditore dalla prova dei danni sofferti, non potendo la CTU costituire

²²⁴ Si pensi, peraltro, all'ipotesi in cui il debitore sia rimasto contumace nel processo intentato contro di lui dal creditore.

²²⁵ In tal senso potendo rilevare anche il principio di non contestazione, le presunzioni anche semplici e, più in generale, qualunque mezzo istruttorio dal quale si possa evincere l'insufficienza della penale rispetto ai danni patiti dal creditore.

un espediente idoneo ad eludere il dettato dell'art.2697 c.c. Tuttavia, occorrerà valutare la determinazione in concreto del quesito sottoposto al Consulente Tecnico d'Ufficio, in quanto la critica predetta potrebbe essere condivisibile laddove a costui si chieda di accertare l'esatto ammontare dei danni, essendo, peraltro, sul punto la consulenza potenzialmente inutile laddove la quantificazione conduca ad un risultato di congruità favorevole alla validità della penale, stante la liquidazione forfettaria già ivi sancita dalle parti. Diversamente, nessuna obiezione potrebbe essere mossa qualora sia domandato al Consulente semplicemente ed esclusivamente di accertare quei rilievi che consentano al Giudice di verificare se i danni conseguenti all'inadempimento siano monetizzabili in una somma di denaro comunque superiore a quella prevista dalla penale, non occorrendo quantificare esattamente tutti i danni. Per rilevare la nullità della penale, infatti, sarà sufficiente accertare che i danni subiti abbiano un valore economico superiore rispetto a quello della prestazione dedotta nella penale. Per cui il Giudice potrà dichiarare nulla la penale se, ad esempio, essa non copra alcune tipologie di danni, come quelli non patrimoniali (perché per ipotesi i contraenti non li avevano presi in considerazione), o li copra soltanto in parte, essendo, poi l'accertamento dell'esatto ammontare dei danni onere del creditore interessato ad ottenere un risarcimento integrale dei pregiudizi subiti. È, tuttavia, evidente che non si può chiedere al CTU di valutare la validità della penale, poiché ciò significherebbe demandare a costui un compito riservato dall'ordinamento al Giudice, essendo quello sull'invalidità un giudizio di mero diritto. Il ricorso al CTU è, infatti, possibile soltanto per integrare quelle conoscenze tecnico-scientifiche delle quali il Giudice non abbia cognizione e che risultino necessarie per la definizione della controversia. Con riguardo al caso in esame la difficoltà maggiore si coglie nella determinazione del quesito poiché il semplice conferimento al CTU dell'incarico di quantificazione del danno patito dal creditore a seguito dell'inadempimento potrebbe da un lato, (come detto) esonerare il danneggiato dalla prova dei danni subiti, e, dall'altro, comportare l'espletamento di un'attività potenzialmente inutile qualora il risarcimento forfettario previsto nella clausola penale risulti essere congruo rispetto ai danni in concreto sofferti dal creditore, dovendosi, in questi casi applicare la penale.

La soluzione che sembrerebbe preferibile, allora, dovrebbe essere quella di un quesito a formulazione progressiva: ossia di un carico contraddistinto da due fasi: una prima (necessaria) nella quale il CTU dovrà effettuare una valutazione/quantificazione sommaria dei danni al fine di consentire al Giudice di verificare o meno la congruità della penale; ed una seconda (eventuale) nella quale il CTU, in caso di superamento del vaglio sommario di congruità della penale, potrà accertare l'esatto ammontare di quei danni che richiedano la sua specifica competenza.

È ovvio, infine, che laddove l'esiguità o l'irrisorietà della clausola penale sia *ictu oculi* evidente il Giudice potrà dichiararne d'ufficio la nullità senza dover espletare apposite attività istruttorie²²⁶.

4. La non patrimonialità nel mercato degli interessi economici

Una parte della dottrina²²⁷ ritiene di dover affrontare la problematica della risarcibilità, e, dunque, della rilevanza dei danni non patrimoniali da inadempimento muovendo da considerazioni di ordine generale, e più precisamente esaminando dapprima la nozione di patrimonialità per poi concentrarsi sulla sequenza "bene, interesse e danno".

Come noto, un tempo si era soliti sostenere che dalla natura bene, dipendeva la natura sia del relativo interesse sia dei conseguenti danni che sarebbero stati risarcibili in caso di illecito. Per cui se il bene, ad esempio, fosse stato patrimoniale, anche il relativo interesse avrebbe dovuto esserlo e, conseguentemente lo sarebbero stati anche i danni risarcibili.

Sennonché, siffatto ordine di considerazioni è stato ampiamente smentito dall'opinione prevalente della dottrina e della Giurisprudenza, atteso che è oggi incontrovertibile che dalla lesione di un interesse patrimoniale ben può derivare un danno non patrimoniale risarcibile e viceversa.

Questa prospettiva poneva, infatti, in discussione quella peculiare relazione di continuità che avrebbe dovuto caratterizzare la patrimonialità o meno della sequenza "bene, interesse e danno" secondo il suddetto criterio di

²²⁶ Così se, ad esempio, fosse previsto un risarcimento di € 100,00 per tutti i danni patrimoniali e non patrimoniali cagionati dal medico al paziente nell'esecuzione della prestazione sanitaria.

²²⁷ PARADISO, in "Danno esistenziale" e "danni non patrimoniali" tra ingiustizia del danno e abrogazione di fatto dell'art. 2059 c.c., Atti del convegno "I danni: verso quali prospettive", Catania, 23 e 24 novembre 2007.

omogeneità e che fino agli anni settanta era, peraltro, seguita anche dalla Giurisprudenza. Per salvaguardare, infatti, la suddetta relazione di continuità, nei casi in cui a fronte di beni patrimoniali si fossero configurati danni non patrimoniali si era giunti financo a sostenere la possibilità di concepire la sussistenza di due beni giuridicamente differenti nei riguardi della medesima entità fisica costituente l'oggetto di diritto, dovendosi, in siffatte ipotesi, ritenere sussistenti sia un bene patrimoniale che un bene non patrimoniale. Tuttavia, la dottrina prevalente ha puntualmente precisato che, in realtà, in simili ipotesi il bene è, e rimane, sempre quello, dovendosi considerare sempre unitario nella sua entità fisica e giuridica, essendo, invece, da considerarsi molteplici e tipologicamente differenti gli interessi su di esso convergenti. Per cui ogniqualvolta la lesione di un bene economico implichi la configurabilità di danni anche non patrimoniali è perché sullo stesso insistono due interessi, uno patrimoniale e, l'altro, non patrimoniale. Si pensi ad esempio al vecchio album di foto di famiglia che sia stato, in ipotesi, distrutto o danneggiato.

Peraltro, una conferma della correttezza di quanto asserito potrebbe rinvenirsi nell'art.1174 c.c., atteso che, l'affermazione della possibile sussistenza di un interesse creditorio non patrimoniale a fronte di una prestazione (necessariamente) di carattere patrimoniale, dovrebbe essere di per sé indicativa dell'esistenza nel nostro ordinamento di un principio che supera la relazione di necessaria corrispondenza ed omogeneità tra bene, interesse e danno, in ordine alla loro patrimonialità o meno.

Quello che in realtà può essere considerato come patrimoniale o non patrimoniale sarebbero soltanto i beni ed i servizi, con le attività che consentono di conseguirli. È evidente che ad un bene economico saranno afferenti interessi di tipo patrimoniale, ma non si può escludere la possibilità che insistano anche interessi non patrimoniali.

Occorre, pertanto, avere riguardo all'interesse in concreto connesso al bene, con la precisazione che non sarà sufficiente per la risarcibilità del danno che il proprietario o il creditore abbiano un interesse (anche o esclusivamente) non patrimoniale in relazione al bene, essendo necessario a tal fine che siffatto interesse sia riconosciuto e tutelato dall'ordinamento.

Prospettiva, quest'ultima, configurabile nel nostro sistema giuridico in due modi distinti, in quanto un interesse può essere tutelato per legge o per

contratto, ferma restando la doverosa precisazione che siffatta tutela, però, è limitata soltanto all'*interesse tipico*, ossia quello comunemente considerato nella coscienza sociale, rimanendo escluso quello specifico interesse che possa avervi ciascun individuo.

Sul punto occorre soffermarsi. Il settore dei beni economici è certamente governato e regolamentato dal mercato e dal rapporto tra la domanda e l'offerta. È noto, infatti, che proprio siffatta peculiarità consente al Giudice, di solito, una liquidazione dei danni economici tutto sommato piuttosto certa perché determinata sulla base di un parametro di riferimento oggettivo, qual è, appunto, il mercato. Per converso, si suole ritenere che i danni non patrimoniali siano di non agevole quantificazione proprio per l'assenza di un parametro oggettivo simile a quello costituito proprio dal mercato. Donde, la necessità per il Giudice di liquidare siffatti pregiudizi in via equitativa ai sensi dell'art.1226 c.c.

Tuttavia, una parte della dottrina ha superato questo tradizionale ordine di idee, accedendo ad una concezione più ampia della funzione assolta dal mercato. Infatti, coloro i quali condividono siffatto indirizzo ritengono che, in realtà, il mercato sia perfettamente capace a tutelare anche gli interessi non patrimoniali, dovendosi rinvenire nell'equilibrio tra domanda ed offerta determinante il prezzo di taluni beni la possibile incidenza anche di specifici interessi morali che il pubblico dei consumatori può avere in relazione al potenziale acquisto del bene o del servizio.

È evidente che muovendo da un'attenta analisi economica è possibile giungere alla conclusione secondo la quale il prezzo di mercato dipende da una molteplicità di fattori, quali i costi di produzione (che devono necessariamente essere coperti onde evitare il fallimento dell'attività imprenditoriale), il guadagno ritenuto congruo secondo le varie strategie da seguire in base all'andamento della domanda e dell'offerta (atteso che un'offerta inferiore alla domanda aumenta il prezzo poiché il bene o il servizio assumerà maggior pregio, mentre una domanda inferiore all'offerta determinerà un abbassamento del prezzo). Sennonché è proprio nella relazione tra domanda ed offerta che si coglie la possibile incidenza degli interessi non patrimoniali, in quanto le ragioni che possono indurre il pubblico dei consumatori all'acquisto di un bene anziché di un altro sono tali e tante da potere certamente comprendere anche valutazioni di tipo soggettivo e morale.

Gli esempi potrebbero essere molteplici. Si pensi alla circostanza che i cuccioli appartenenti a talune razze canine costano molto di più di quelli appartenenti ad altre razze. In questi casi la ragione che orienta le scelte dei consumatori può essere soltanto latamente identificabile nelle specifiche attitudini caratterizzanti certe razze canine anziché altre (come ad esempio la propensione alla difesa della proprietà, o alla c.d. *pet therapy*), dovendo, invece, identificarsi nella maggiore simpatia o, in genere, nel maggiore gradimento che talune razze riescono a destare presso il pubblico. Così, ad esempio, i cuccioli di labrador devono il loro successo al loro utilizzo in alcuni film ed in alcune pubblicità; lo stesso dicasi per i cuccioli di dalmata. Ed è evidente che il maggiore gradimento è la chiara esplicitazione di un interesse non patrimoniale che, a sua volta, si riflette nel mercato secondo le modalità note a quest'ultimo: cioè, l'incidenza sulla domanda e, conseguentemente, sul prezzo determinandone un aumento.

Si pensi, ancora, al costo di talune autovetture sportive. La ragione di un prezzo elevato può essere soltanto in parte giustificato dal costo dei materiali utilizzati e dalle prestazioni dell'autovettura (come ad esempio una maggiore potenza, velocità e tenuta di strada), ma è anche (per non dire soprattutto) determinato dall'interesse non patrimoniale dei consumatori all'acquisto di siffatto bene. È evidente a tutti che un'automobile sportiva è indicativa di uno *status symbol* rappresentativo di una persona dinamica, amante dell'alta velocità, ecc... Lo stesso dicasi ad esempio per le autovetture della stessa ditta e della stessa serie che, però rispetto al modello ordinario sono caratterizzate dalla dotazione di tettuccio rigido a scomparsa; si tratta, cioè, del c.d. modello *coupé cabriolé*. Ebbene, se la predisposizione del meccanismo di apertura e chiusura del tettuccio può certamente avere un costo, appare di tutta evidenza che il fattore maggiormente incidente sul prezzo dell'autovettura è certamente il piacere di viaggiare in macchina nella versione *cabriolé* (senza, però, rinunciare al contempo ai vantaggi ed alla sicurezza propri del modello *coupé*).

Riprova della correttezza di quanto affermato sia la constatazione nel primo esempio che per quanto veloce possa viaggiare un'autovettura sportiva il conducente nel nostro Paese sarà sempre tenuto a rispettare i limiti (ragionevolmente contenuti) di velocità. Per cui non avrebbe particolare senso acquistare un'automobile capace di raggiungere in breve tempo i 280 km/h,

quando il limite massimo di velocità che si può raggiungere nelle nostre autostrade è di 130 km/h. Ed allora quello che in realtà giustifica principalmente il prezzo elevato di un'autovettura del genere è l'interesse non patrimoniale dell'acquirente (che potrà essere di vario tipo, dalla mera vanità, al mero piacere di guidare o possedere delle autovetture sportive, ecc...) ²²⁸.

Dagli esempi riportati è possibile, quindi, desumere che “*il valore di mercato di un bene in linea di principio è idoneo a coprire tutti gli interessi che il bene è in grado di soddisfare*” ²²⁹, ivi inclusi quelli non patrimoniali, purché tipicamente collegati al bene stesso. In altre parole, il mercato è idoneo ad ascrivere tutela anche agli *interessi morali mediante la loro obiettivizzazione nel prezzo*. Donde, la necessaria distinzione tra *interesse morale obiettivo*, tutelato direttamente dal mercato in quanto standardizzato dall'andamento della domanda e dell'offerta, ed *interesse morale soggettivo*, che, invece, rimane estraneo alla logica di mercato, essendo esclusivamente afferente alla sfera interiore dell'acquirente e costituendo quindi un mero motivo, come tale giuridicamente irrilevante per l'acquisto.

Ne consegue che, in caso di inadempimento del venditore, il compratore avrà diritto ad un risarcimento del danno normalmente parametrato al prezzo pagato. Il che, però, non vuol dire che l'obbligazione risarcitoria sarà esclusivamente preposta alla tutela degli interessi squisitamente economici, essendo, infatti, l'interesse non patrimoniale tipicamente connesso al bene compravenduto già considerato dal mercato in sede di determinazione del prezzo. Pertanto, il risarcimento da inadempimento contrattuale, essendo parametrato al prezzo di mercato del bene, copre sicuramente gli interessi patrimoniali connessi, ma può anche tutelare quelli non patrimoniali tipicamente

²²⁸ Così, anche nel secondo esempio si possono riproporre le medesime considerazioni in quanto il meccanismo di apertura e chiusura del tettuccio, se da un lato, costituisce un valore aggiunto ed un pregio per l'autovettura, dall'altro, invece, ne rappresenta allo stesso tempo un punto di debolezza, poiché non soltanto si corre il rischio che il meccanismo si inceppi lasciando l'autovettura aperta (con le conseguenti difficoltà di custodia agevolmente immaginabili), ma potrebbero anche usurarsi le guaine di protezione connesse alle parti rigide semovibili, soprattutto in coincidenza dei punti ove maggiore è la flessione del meccanismo di apertura e chiusura del tettuccio, con la logica conseguenza che in caso di pioggia, l'acqua piovana potrebbe ugualmente permeare all'interno dell'abitacolo nonostante l'autovettura sia nella versione *coupé*, cagionando così danni consistenti. Ed allora, anche in questo caso il fattore maggiormente incidente sull'entità del prezzo è certamente da rinvenirsi nell'interesse non patrimoniale a guidare o ad avere un'automobile del modello *coupé cabriolé*.

²²⁹ PARADISO, in “*Danno esistenziale*” e “*danni non patrimoniali*” tra ingiustizia del danno e abrogazione di fatto dell'art. 2059 c.c., Atti del convegno “*I danni: verso quali prospettive*”, Catania, 23 e 24 novembre 2007.

dedotti nel contratto. Così, nell'ipotesi di uccisione da parte di un terzo dell'animale da affezione, se le Sezioni Unite del 2008 hanno escluso la risarcibilità dei danni non patrimoniali, per mancanza di un'espressa previsione normativa e per l'impossibilità di qualificare l'interesse non patrimoniale collegato quale diritto fondamentale della persona, il risarcimento del c.d. danno patrimoniale, parametrato al costo di acquisto dell'animale, in realtà, dovrebbe coprire anche il danno non patrimoniale da lesione dell'*interesse morale obiettivo standardizzato dal mercato nel prezzo di acquisto*. Per cui quello che sarebbe escluso secondo il ragionamento delle Sezioni Unite non sarebbe il danno non patrimoniale di per sé, ossia in assoluto, ma soltanto quel danno patrimoniale conseguente alla lesione dell'*interesse morale soggettivo*, che in quanto tale è differente da persona a persona (e che, peraltro, è di non agevole quantificazione in quanto non considerato dal mercato).

Sennonché, per dare rilievo anche a siffatto interesse è possibile ricorrere allo strumento contrattuale. Il contratto, infatti, è lo strumento tramite il quale si rendono rilevanti interessi non tutelati dall'ordinamento nella comune vita di relazione, tra i quali certamente si possono annoverare gli *interessi non economici*. Anzi, secondo quanti condividono le riflessioni sino ad ora riportate, il contratto è proprio lo strumento elettivo con il quale è possibile conferire tutela agli interessi non economici, ivi inclusi, quindi, quelli qualificabili come *interessi non patrimoniali soggettivi*.

Sul punto occorre, però, qualche precisazione, poiché le modalità tramite le quali le parti possono ascrivere rilievo contrattuale agli interessi non patrimoniali possono essere differenti.

Per semplicità, allora, possiamo distinguere due casi: *a)* quello dell'interesse non patrimoniale tipico in quanto propriamente e socialmente caratterizzante la causa di taluni contratti; *b)* quello dell'interesse non patrimoniale puramente soggettivo che, infatti, pur essendo solitamente estraneo alla causa del contratto, assume rilevanza contrattuale in quanto specificamente dedotto nel negozio dalla parte interessata.

Con riguardo alla prima ipotesi, l'interesse non patrimoniale è rilevante in quanto connesso direttamente al bene o al servizio acquistato dal compratore. Si pensi, al viaggio turistico, al pranzo di nozze, alla musica nuziale, al servizio fotografico per un'importante cerimonia. È evidente che questi contratti sono

preordinati al soddisfacimento di interessi non patrimoniali di volta in volta affettivi, culturali, ecc... Occorrerebbe, tuttavia, comprendere se in caso di inadempimento siffatti interessi siano sufficientemente tutelati dalla restituzione del prezzo pagato. Forse si dovrebbe propendere per la soluzione negativa, essendo il danno arrecato al creditore sul piano morale preminente, non essendo possibile recuperare ad esempio le fotografie del matrimonio, non essendo possibile riparare il dispiacere di un matrimonio religioso senza musica, non essendo possibile riparare al danno cagionato dal fotografo inadempiente che non abbia immortalato quell'importante cerimonia; il che, ovviamente, in quanto il danno è conseguenza della lesione di un interesse connesso ad un evento irripetibile.

Con riguardo, invece, alla seconda ipotesi, si pensi all'acquisto per € 15.000,00 di un antico quadro, avente un valore di mercato pari ad € 10.000,00. In questi casi laddove il prezzo sia stato concordato dall'acquirente nella piena coscienza di pagare più di quanto sarebbe richiesto dal mercato, il contratto, anzitutto, non sarebbe rescindibile e la differenza di prezzo, poi, rappresenterebbe la deduzione contrattuale dell'interesse non patrimoniale soggettivo del compratore all'acquisto. Per cui nell'esempio riportato la differenza fra il prezzo concordato e quello di mercato (pari ad € 5.000,00) costituirebbe la traduzione in termini economici del valore dell'interesse non patrimoniale di acquisto. Ne consegue che in caso di inadempimento del venditore (poiché, ad esempio, per violazione di specifici obblighi di custodia da costui assunti, il quadro perisce in forza di cause a lui imputabili), il risarcimento del danno non patrimoniale sofferto dal compratore potrà essere parametrato agli € 5.000,00 esplicitivi dell'interesse non patrimoniale dedotto in contratto.

In conclusione, secondo il pensiero di quanti condividono le considerazioni sinora riportate, gli interessi affettivi non sarebbero affatto estranei rispetto al mondo degli affari, essendo il mercato sensibile agli umori del pubblico dei consumatori e, quindi, anche ai suoi mutamenti. Per cui l'interesse non patrimoniale standardizzato nella domanda sarebbe già contrattualmente rilevante perché implicitamente dedotto tramite la determinazione del prezzo. Per quanto, poi, attiene alla rilevanza degli interessi non patrimoniali prettamente soggettivi, l'ordinamento vi appresta tutela in due

modi: o in virtù di un espresso riconoscimento normativo (in conformità a quanto stabilito dall'art.2059 c.c.), o tramite il ricorso al contratto. In quest'ultimo caso, peraltro, l'interesse non patrimoniale può rilevare o in quanto tipicamente caratterizzante la causa contrattuale o in quanto specificamente dedotto dal contraente interessato (come appunto nell'ipotesi di acquisto di un bene ad un prezzo scientemente concordato in misura maggiore rispetto a quello praticato nel mercato).

5. La prevedibilità del danno non patrimoniale da inadempimento

Una riflessione apposita merita la questione concernente la prevedibilità del danno non patrimoniale da inadempimento, atteso che, secondo anche quanto stabilito dalle Sezioni Unite del 2008, il risarcimento dei pregiudizi non economici derivanti dalla lesione della violazione di obblighi contrattuali è regolamentato dalla disciplina contemplata dagli artt.1218 e ss. c.c., e, quindi, anche da quella prevista dall'art.1225 c.c. nella parte ove sancisce la risarcibilità soltanto dei danni prevedibili al tempo in cui è sorta l'obbligazione, salvo l'ipotesi di inadempimento doloso.

Quello della prevedibilità è senza dubbio alcuno un profilo disciplinare di peculiare rilevanza non soltanto in ordine al *quantum debeatur*, ma ancora prima con riguardo all'*an debeatur* del risarcimento da inadempimento²³⁰, occorrendo, infatti, non soltanto che il danno sia conseguenza immediata e diretta della mancata o inesatta esecuzione della prestazione dovuta dal debitore, ma che, inoltre, esso fosse prevedibile al tempo della stipula del contratto.

La problematica della prevedibilità deve essere affrontata muovendo, anzitutto, da un esame concreto degli interessi perseguiti dai contraenti, non essendo possibili valutazioni aprioristiche e generiche desumibili dall'ampia sfera di interessi che quel contratto è idoneo, in astratto, a soddisfare nella generalità dei casi.

²³⁰ LIBERATI, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, cit., p.111: “La dottrina ha anche evidenziato che la necessaria prevedibilità dei danni non patrimoniali cagionati da comportamento colposo del contraente costituisce un fattore limitante non solo il quantum del danno risarcibile, ma anche per la stessa individuazione dell'an del risarcimento”. L'Autore precisa, tuttavia, che la configurabilità di danni non patrimoniali prevedibili in ambito contrattuale non è di certo frequente, poiché spesso le ragioni non economiche “che spingono il contraente alla stipulazione, e dalle quali, quindi, deve partirsi per la determinazione del danno, non possono essere conosciute da controparte”.

Un esame concreto dovrebbe, quindi, indurre l'interprete a distinguere quattro ipotesi, secondo che il danno sia la conseguenza della lesione di un interesse creditorio (del pari) non patrimoniale *a*) implicito nel contratto, *b*) presupposto nel contratto, *c*) esternato e, dunque, conoscibile dalla controparte, *d*) non esternato alla controparte.

Nella prima ipotesi il danno è prevedibile in quanto connesso alla lesione di un interesse non patrimoniale caratterizzante la causa del contratto. Si pensi, al servizio fotografico commissionato dagli sposi ad un fotografo professionista. In questo caso la perdita del rullino e, dunque, la conseguente impossibilità di sviluppo delle fotografie del matrimonio implica certamente la risarcibilità del danno non patrimoniale sofferto dagli sposi, atteso che il pregiudizio non economico derivante dal dispiacere di non avere un ricordo fotografico di uno dei momenti più significativi ed irripetibili della vita costituisce, senza ombra di dubbio, un danno prevedibile per il fotografo professionista ingaggiato per la realizzazione del servizio e per lo sviluppo delle fotografie. Ma gli esempi potrebbero essere molteplici. Si pensi all'ecografista che deve diagnosticare eventuali malformazioni del feto, o a colui il quale viene ingaggiato dai genitori per curare l'educazione del figlio. La conoscibilità, infatti, dell'interesse non patrimoniale perseguito dal creditore, e la conseguente prevedibilità dei danni non patrimoniali possono dipendere da una molteplicità di fattori, quali, ad esempio, l'oggetto della prestazione (servizio fotografico, o il servizio di *catering* commissionati per il matrimonio o altra importante cerimonia), o la finalità in concreto perseguita (l'educazione del figlio), la peculiare diligenza necessaria per l'adempimento della prestazione (la lettura dell'ecografia, o il taglio dei capelli).

Nella seconda ipotesi l'interesse non patrimoniale, invece, è diverso rispetto agli interessi normalmente soddisfatti dal contratto, e, pur tuttavia, risulta inscindibilmente connesso alla prestazione costituendone un elemento presupposto. Si tratta di un'applicazione della teoria della presupposizione alla responsabilità contrattuale. Per cui si dovrà avere riguardo all'interesse in concreto perseguito dalle parti, essendo del tutto evidente che la prevedibilità del danno non patrimoniale dipende anche in questi casi dalla conoscibilità del relativo interesse creditorio di natura non patrimoniale da parte del debitore.

Nella terza ipotesi l'interesse non patrimoniale del creditore, invece, non è in alcun modo connesso alla causa del contratto; ragione per la quale non assumerà rilievo alcuno se non sia stato esternato e, altresì, "dedotto nel contratto". Il che può avvenire, solitamente, nella fase precedente la stipula del contratto, atteso che durante le trattative il creditore potrebbe esternare siffatto interesse al punto da poter incidere sulla determinazione della prestazione dovuta dal debitore. Si tratta, cioè, di interessi specifici, non tipicamente riconducibili al contratto, e che la parte interessata rende contrattualmente rilevanti mediante gli strumenti dei quali può avvalersi per l'esplicitazione della propria volontà negoziale. Così, ad esempio, la determinazione del prezzo. L'acquisto, infatti, di un bene ad un costo superiore rispetto a quello di mercato è certamente indicativo di un interesse non patrimoniale del compratore²³¹.

Nella quarta ipotesi, infine, la prevedibilità si esclude perché i danni non patrimoniali conseguono alla lesione di interessi non soltanto estranei al contratto ma neanche esternati dal creditore. Sul punto la dottrina richiamando l'esempio del fotografo ingaggiato dagli sposi, si concentra sull'ipotesi in cui costui, a sua volta, demandi ad un proprio collaboratore lo sviluppo del rullino senza renderlo edotto del contenuto. Laddove quest'ultimo dovesse per un errore distruggere il rullino non risponderebbe del danno non patrimoniale poiché, non avendo contezza alcuna dell'interesse non patrimoniale, il danno non era prevedibile. Sennonché, si potrebbe obiettare che se l'ausiliario ingaggiato non risponderebbe del danno non patrimoniale, lo stesso non potrebbe dirsi per il fotografo in quanto egli è tenuto ai sensi dell'art.1228 c.c. a rispondere dei danni dolosamente o colposamente cagionati al creditore dai propri ausiliari. E poiché per lui il danno non patrimoniale era perfettamente prevedibile, si potrà concludere nel senso che gli sposi potranno comunque ottenere il ristoro di siffatto pregiudizio dal fotografo ingaggiato e non direttamente dall'ausiliario.

In altre parole, perché gli interessi non patrimoniali rilevino occorre che non rimangano confinati nella sfera dei motivi, dovendo, invece, rientrare nell'oggetto della stipulazione.

²³¹ Vedi § precedente.

6. La quantificazione del danno non patrimoniale da inadempimento

La problematica afferente alla quantificazione del danno non patrimoniale da inadempimento non può prescindere da un esame, anzitutto, generale del più ampio tema della quantificazione del danno non patrimoniale.

6.1 Tecniche e criteri di liquidazione del danno non patrimoniale

In primo luogo, è evidente che la mancanza di un parametro oggettivo (qual è ad esempio il mercato per i pregiudizi economici), impone al Giudice la necessità di ricorrere allo strumento della liquidazione in via equitativa di cui all'art.1226 c.c. per la quantificazione dei danni non patrimoniali.

In tal senso la Giurisprudenza aveva elaborato molteplici indirizzi, peraltro, tra loro differentemente calibrati secondo che il pregiudizio non patrimoniale fosse un danno biologico, un danno morale o un danno esistenziale. L'evoluzione, certamente, si è avuta con l'avvento del danno biologico e l'elaborazione da parte del Tribunale di Milano delle tabelle di quantificazione del risarcimento secondo il criterio risultante dalla combinazione dell'età e dei punti percentuali di invalidità. Si tratta, infatti, di una tipologia di danno sulla cui natura dottrina e giurisprudenza si sono a lungo interrogate, in quanto a differenza degli altri pregiudizi non patrimoniali sembrava possibile una quantificazione piuttosto certa sebbene mediante il ricorso ad una scienza extra-giuridica quale quella della medicina legale. Il paradosso in cui si era soliti incorrere in tema di danni all'integrità psico-fisica della persona era originariamente determinato dall'assenza di considerazione per i riflessi non patrimoniali che il fatto illecito arrecava al bene salute, atteso che si liquidavano esclusivamente i danni-conseguenza economici ricorrendo al criterio della capacità di reddito della vittima per la quantificazione del danno. Ne conseguiva, quindi, la difficoltà obiettiva di liquidazione del danno allorché l'illecito fosse commesso nei riguardi di un soggetto disoccupato. In tal senso appare emblematica, delle difficoltà anzidette, la sentenza sul caso "Gennarino", figlio di un disoccupato al quale il Tribunale ha liquidato un risarcimento piuttosto contenuto nonostante le gravi lesioni invalidanti, sulla base della (discutibile) considerazione che la capacità di reddito da riconoscere alla vittima doveva ritenersi particolarmente bassa in ragione del contesto sociale di riferimento.

Così, nei primi anni settanta del secolo scorso i Tribunali di Genova e di Pisa, prima, e la Corte Costituzionale e di Cassazione, poi, hanno ideato il danno biologico, rinvenendone il fondamento normativo nel combinato disposto degli artt.32 Cost. e 2043 c.c. e qualificandolo come danno suscettibile di accertamento medico-legale. Subito dopo la Giurisprudenza ha elaborando dei veri e propri criteri tabellari che attribuiscono uno specifico valore monetario a ciascun punto di invalidità permanente in funzione decrescente rispetto all'età e crescente rispetto all'entità della lesione. Tuttavia, questo indirizzo destava non poche perplessità in ordine alla natura giuridica del danno biologico, poiché non era ben chiaro se quello in considerazione fosse propriamente un danno non patrimoniale, concepito in modo del tutto originale per sfuggire alle limitazioni dell'art.2059 c., oppure fosse da ricondurre alla categoria dei danni patrimoniali, giacché di questi sembrava dividerne la tecnica di liquidazione, essendo la quantificazione del pregiudizio risarcibile fondato su parametri oggettivi e certi come quelli offerti dal mercato per i danni economici, o se ancora fosse da considerare quale *tertium genus*, intermedio tra il danno non patrimoniale in senso stretto ed il danno non patrimoniale in senso stretto. Per la verità siffatta confusione si è protratta per diversi anni nella Giurisprudenza ed anche nella dottrina, come testimonia il ricorso fino ai primi anni novanta del secolo scorso da parte di molti Giudici di merito ad un criterio di fonte legale propriamente patrimoniale per la liquidazione del danno biologico, quale il reddito figurativo del triplo della pensione sociale di cui all'art. 4, comma 3 d.l. nr. 857 del 1976, conv. in l. n. 39/1977 (norma, questa, adesso quasi integralmente trasfusa nell'art. 137, comma 3 d. lvo n° 209 del 2005, detto anche Codice delle Assicurazioni); in tal senso, infatti deponeva inequivocabilmente la rubrica della disposizione citata, intitolata, appunto, "danno patrimoniale"²³².

È noto, peraltro, che l'avvento il sistema tabellare è stato ormai recepito dal legislatore negli artt.138 e 139 cod. ass.²³³. Siffatte disposizioni sembrano

²³² Peraltro, vicenda del pari particolarmente emblematica sotto questo profilo è, poi, la tesi della capacità lavorativa "generica" ritenuta componente del danno biologico in sede di rivalsa INAIL in caso di danno alla persona determinato da infortuni sul lavoro.

²³³ Art. 138 (*Danno biologico per lesioni di non lieve entità*) 1. Con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro della salute, di concerto con il Ministro delle attività produttive, con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali e con il Ministro della giustizia, si provvede alla predisposizione di una specifica tabella unica su tutto il territorio della Repubblica: a) delle menomazioni alla integrità psicofisica comprese tra dieci e cento punti; b) del valore pecuniario da attribuire ad ogni

singolo punto di invalidità comprensiva dei coefficienti di variazione corrispondenti all'età del soggetto leso.

2. La tabella unica nazionale è redatta secondo i seguenti principi e criteri: a) *agli effetti della tabella per danno biologico si intende la lesione temporanea o permanente all'integrità psico-fisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di produrre reddito*; b) la tabella dei valori economici si fonda sul sistema a punto variabile in funzione dell'età e del grado di invalidità; c) il valore economico del punto è funzione crescente della percentuale di invalidità e l'incidenza della menomazione sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato cresce in modo più che proporzionale rispetto all'aumento percentuale assegnato ai postumi; d) il valore economico del punto è funzione decrescente dell'età del soggetto, sulla base delle tavole di mortalità elaborate dall'ISTAT, al tasso di rivalutazione pari all'interesse legale; e) il danno biologico temporaneo inferiore al cento per cento è determinato in misura corrispondente alla percentuale di inabilità riconosciuta per ciascun giorno.

3. Qualora la menomazione accertata incida in maniera rilevante su specifici aspetti dinamico-relazionali personali, l'ammontare del danno determinato ai sensi della tabella unica nazionale può essere aumentato dal giudice sino al trenta per cento, con equo e motivato apprezzamento delle condizioni soggettive del danneggiato.

4. Gli importi stabiliti nella tabella unica nazionale sono aggiornati annualmente, con decreto del Ministro delle attività produttive, in misura corrispondente alla variazione dell'indice nazionale dei prezzi al consumo per le famiglie di operai ed impiegati accertata dall'ISTAT.

Art. 139 (*Danno biologico per lesioni di lieve entità*) 1. Il risarcimento del danno biologico per lesioni di lieve entità, derivanti da sinistri conseguenti alla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti, è effettuato secondo i criteri e le misure seguenti: a) a titolo di danno biologico permanente, è liquidato per i postumi da lesioni pari o inferiori al nove per cento un importo crescente in misura più che proporzionale in relazione ad ogni punto percentuale di invalidità; tale importo è calcolato in base all'applicazione a ciascun punto percentuale di invalidità del relativo coefficiente secondo la correlazione esposta nel comma 6. L'importo così determinato si riduce con il crescere dell'età del soggetto in ragione dello zero virgola cinque per cento per ogni anno di età a partire dall'undicesimo anno di età. Il valore del primo punto è pari ad euro seicentosettantaquattro virgola settantotto; b) a titolo di danno biologico temporaneo, è liquidato un importo di euro trentanove virgola trentasette per ogni giorno di inabilità assoluta; in caso di inabilità temporanea inferiore al cento per cento, la liquidazione avviene in misura corrispondente alla percentuale di inabilità riconosciuta per ciascun giorno.

2. Agli effetti di cui al comma 1 per danno biologico si intende la lesione temporanea o permanente all'integrità psico-fisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di produrre reddito.

3. L'ammontare del danno biologico liquidato ai sensi del comma 1 può essere aumentato dal giudice in misura non superiore ad un quinto, con equo e motivato apprezzamento delle condizioni soggettive del danneggiato.

4. Con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro della salute, di concerto con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali, con il Ministro della giustizia e con il Ministro delle attività produttive, si provvede alla predisposizione di una specifica tabella delle menomazioni alla integrità psicofisica comprese tra uno e nove punti di invalidità.

5. Gli importi indicati nel comma 1 sono aggiornati annualmente con decreto del Ministro delle attività produttive, in misura corrispondente alla variazione dell'indice nazionale dei prezzi al consumo per le famiglie di operai ed impiegati accertata dall'ISTAT.

6. Ai fini del calcolo dell'importo di cui al comma 1, lettera a), per un punto percentuale di invalidità pari a 1 si applica un coefficiente moltiplicatore pari a 1,0, per un punto percentuale di invalidità pari a 2 si applica un coefficiente moltiplicatore pari a 1,1, per un punto percentuale di invalidità pari a 3 si applica un coefficiente moltiplicatore pari a 1,2, per un punto percentuale di invalidità pari a 4 si applica un coefficiente moltiplicatore pari a 1,3, per un punto percentuale di invalidità pari a 5 si applica un coefficiente moltiplicatore pari a 1,5, per un punto percentuale di invalidità pari a 6 si applica un coefficiente moltiplicatore pari a 1,7, per un punto percentuale di invalidità pari a 7 si applica un coefficiente moltiplicatore pari a 1,9, per un punto percentuale di

aver recepito l'intera evoluzione giurisprudenziale in tema di danno biologico, in quanto non soltanto definitivamente sanciscono il ricorso al criterio tabellare per la liquidazione dei danni, ma riconoscono il danno biologico quale *la lesione temporanea o permanente all'integrità psico-fisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di produrre reddito* (art.138 c.2 lett. a).

Peraltro, non si tratta di norme isolate, atteso che anche l'art. 13 della riforma dell'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali (d.lvo nr. 38 del 2000), al comma 1 esplicitamente sancisce che *“In attesa della definizione di carattere generale di danno biologico e dei criteri per la determinazione del relativo risarcimento, il presente articolo definisce, in via sperimentale, ai fini della tutela dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali il danno biologico come la lesione all'integrità psicofisica, suscettibile di valutazione medico legale, della persona. Le prestazioni per il ristoro del danno biologico sono determinate in misura indipendente dalla capacità di produzione del reddito del danneggiato”*.

Peraltro, il ricorso alle tabelle non costituiva un espediente utilizzato soltanto per la liquidazione del danno biologico, atteso che si era soliti quantificare il danno morale nella misura compresa tra un terzo e la metà del danno biologico liquidato.

Quanto, poi, al danno esistenziale la problematica afferente alla quantificazione del risarcimento era ancora più complessa poiché, trattandosi di un pregiudizio consistente nell'impossibilità (transitoria o permanente) di svolgere quelle attività che solitamente il danneggiato praticava nel tempo libero per il proprio svago, non era così agevole l'individuazione di criteri oggettivi idonei ad eludere il rischio di decisioni tra loro troppo differenti pur avendo riguardo a casi praticamente identici.

Ma il rischio maggiormente avvertito dalla Giurisprudenza in punto di quantificazione del danno non patrimoniale in generale era quello delle duplicazioni di risarcimenti. Più precisamente, si temeva che l'articolazione in varie voci di danno potesse indurre il Giudice a liquidare più del dovuto,

invalidità pari a 8 si applica un coefficiente moltiplicatore pari a 2,1, per un punto percentuale di invalidità pari a 9 si applica un coefficiente moltiplicatore pari a 2,3.

prendendo in considerazione più volte il medesimo pregiudizio, sebbene a diverso titolo (e cioè, come danno morale, come danno biologico, come danno esistenziale).

Le Sezioni Unite del 2008 hanno risolto definitivamente la questione affermando l'unicità del danno non patrimoniale, essendo le varie voci di danno nelle quali solitamente siffatta tipologia di pregiudizio si articolava delle categorie con funzioni meramente descrittive del nocimento in concreto patito dalla vittima dell'illecito. Si conferma, inoltre, il ricorso alle tabelle per i danni clinicamente accertabili all'integrità psico-fisica, costituendo, infatti, le medesime un criterio oggettivo al quale il Giudice deve ricorrere per la quantificazione dei danni conseguenti.

Senonché, gli orientamenti delineati dalle Sezioni Unite non sembrano avere risolto tutti i dubbi che presiedono alla liquidazione del danno non patrimoniale.

Anzitutto, si coglie nei Tribunali di merito una certa resistenza ad abbandonare la precedente tripartizione del danno non patrimoniale in danno morale, biologico ed esistenziale, in quanto si continua a ritenere che siffatte voci siano tra loro talmente differenti da incidere anche sull'individuazione dei criteri di quantificazione da utilizzare. I Giudice di merito sono, peraltro, ben consapevoli che ai soggetti danneggiati poco importa se a fronte di un danno non patrimoniale complessivo di 100 sia attribuito loro un risarcimento di 50 per il biologico, di 30 per l'esistenziale e di 20 per il morale, essendo rilevante soltanto il conseguimento di un integrale ristoro, a nulla rilevando le varie qualificazioni giuridiche nelle quali si articoli il nocimento non economico patito. Tuttavia, i Giudici di merito sono del pari pienamente consapevoli che, secondo quanto statuito dalle Sezioni Unite del 2008, l'articolazione del danno non patrimoniale in varie voci non può mai comportare un risarcimento di 130 a fronte di un pregiudizio complessivo di 100.

Per cui sembra essersi diffuso nei Tribunali di merito il convincimento di dover liquidare il danno non patrimoniale mettendo in relazione le varie voci a seconda della loro combinazione.

Nei rapporti tra danno biologico e danno c.d. esistenziale è convincimento diffuso doversi muovere dai criteri tabellari propri della

quantificazione del primo²³⁴. Si suole considerare il pregiudizio alle dinamiche relazionali della persona quale peculiare riflesso del danno alla integrità psico-fisica. La giurisprudenza, allora, ricorre ai criteri indicati negli artt.138 e 139 cod. ass., distinguendo secondo che il danno biologico sia qualificabile quale lesione macropermanente o micropermanente, in quanto se con riguardo alla prima ipotesi si coglie una certa difficoltà nella liquidazione dei danni non essendo ancora stata adottata la tabella unica nazionale prevista dall'art.138 cod. ass., in ordine alla seconda ipotesi occorrerà prendere in considerazione, invece, la tabella unica aggiornata al D.P.R. del 19 giugno 2009 (in G.U. n°157 del 9/7/2009) valida per tutto il territorio nazionale, sebbene emessa in tema di responsabilità civile da circolazione stradale. In caso di lesioni micro permanenti la Giurisprudenza, applicando l'art.139 cod. ass. in via analogica, muovendo dai criteri tabellari indicati nel D.P.R. del 19 giugno 2009 “*personalizza*” i punti percentuali di invalidità aumentandoli laddove il danneggiato abbia allegato e provato la peculiare incidenza del danno biologico patito sulle proprie attività relazionali abituali. L'aumento, peraltro, sembra essere genericamente contenuto nel limite del 5%, stante la particolare lievità

²³⁴ Ma in passato non tutti condividevano siffatto orientamento. In particolare i fautori della teoria esistenzialista erano giunti a paventare ben quattro metodi di quantificazione del danno esistenziale: *a) sistema di tabellazione universale*, secondo cui il giudice avrebbe a disposizione dei punti di riferimento ben precisi costituiti, ad esempio, dalla somma riconosciuta per il danno biologico temporaneo, che rappresenta il valore attribuito al completo annullamento delle attività non reddituali per la durata di un giorno, e proprio sulla base di tali punti di riferimento potrà poi procedere alla quantificazione del danno esistenziale non biologico, con la specificazione che il punto di partenza, nella costruzione di una tabellazione universale, è costituito dal censimento delle attività realizzatrici della persona, raggruppabili in quattro diverse categorie: a) attività di carattere biologico-sussistenziale; b) relazioni affettive e familiari; c) relazioni sociali e attività di carattere culturale e religioso; d) attività ludiche e sportive; infatti, il giudice, una volta stabilito quali siano le singole attività compromesse, potrà tradurre il danno in denaro, individuando per ciascuna voce il corrispondente valore monetario tramite l'applicazione della tabella, tenendo conto, ovviamente, del grado di compromissione dell'attività; *b) sistema delle tabelle settoriali*, secondo il quale si dovrebbero elaborare tante tabelle quante sono le attività realizzatrici della persona che possono essere compromesse e risarcite a titolo esistenziale; *c) sistema che si fonda sulla possibilità di collegamento del danno esistenziale alle altre forme di danno non patrimoniale*, potendo il danno esistenziale, in tale contesto, il danno esistenziale essere rappresentato da una percentuale del danno biologico o morale; *d) sistema della liquidazione equitativa “calibrata”*, che rimetterebbe in sintesi alle Corti ampia discrezionalità, sebbene non possa siffatto potere sconfinare nel mero arbitrio; al riguardo si è soliti ritenere che i Giudici dovrebbero esercitare il loro potere **equitativo puro** raffrontando il singolo caso con il quale viene a misurarsi con altri precedenti simili, cercando appunto di **calibrare** la posta risarcitoria sulla base di un raffronto che dovrà essere effettuato non soltanto con quanto precedentemente risarcito da altri tribunali con riguardo a casi simili, bensì financo **con i precedenti giurisprudenziali anche “diversi”, ma che consentono al caso di cui ci si occupa di “confrontarsi” con un altro, già deciso, sia in relazione a) al diritto e/o attività realizzatrice compromessi e b) all'effettiva privazione (incidenza e tempo).**

della lesione subita dal danneggiato, essendo, infatti, l'invalidità incidente sull'integrità psico-fisica tabellarmente contenuta nel limite del 9%.

Per le lesioni macropermanenti, invece, si discute sulla concreta applicabilità dei criteri delineati dall'art.138 cod. ass. in quanto, fermo restando il necessario ricorso alle tabelle elaborate dai Tribunali, è dubbio che si possa aumentare il punto di invalidità sino al 30%, oppure no. Quanti propendono per quest'ultima soluzione affermano che l'art.138 cod. ass. non è ancora operativo, per cui sarebbe arbitrario applicarne i relativi criteri di quantificazione, dovendosi, invece, ritenere che soltanto laddove il pregiudizio esistenziale allegato e provato dal danneggiato sia di eccezionale rilevanza per le sue abitudini relazionali (come ad esempio la perdita di una gamba per un escursionista) si possa aumentare il punto percentuale di invalidità, dovendosi, invece, normalmente considerare il danno biologico comprensivo anche dei danni esistenziali c.d. "ordinari", ossia normalmente conseguenti alla lesione dell'integrità psicofisica (come ad esempio l'impossibilità di deambulare per colui il quale è costretto a restare sulla sedia a rotelle).

È chiaro che l'assenza di un parametro oggettivo rischia di rimettere all'arbitrio dei Giudici la personalizzazione del danno non patrimoniale. Ed allora una parte della dottrina²³⁵ ha sostenuto la possibilità di razionalizzare il procedimento ermeneutico di personalizzazione mediante la previsione di criteri oggettivi, quali, appunto, quelli che dovrebbero indurre a fronte di invalidità permanenti superiori al 10% ad una personalizzazione in aumento pari al 10%, ed a fronte di invalidità superiori al 25% ad una personalizzazione in aumento del 20%, ecc...

Un discorso analogo, poi, andrebbe riproposto per i rapporti tra danno biologico e danno morale, atteso che il secondo continuerà ad influire sulla liquidazione del danno non patrimoniale sebbene quale criterio di personalizzazione ed adeguamento dei punti percentuali di invalidità tabellarmente previsti per le lesioni all'integrità psicofisica.

Tuttavia, non bisogna trascurare il dato secondo il quale se il nuovo orientamento delineato dalle Sezioni Unite del 2008, da un lato, non identifica più il danno morale in una frazione del danno biologico, dall'altro, supera anche il limite della metà originariamente considerato invalicabile dalla

²³⁵ M. Rossetti, *Post nubila phoebus, ovvero gli effetti della sentenza delle sezioni unite n. 26972 del 2008 in tema di danno non patrimoniale*, in Giust. Civ. 2009, 930.

Giurisprudenza. Per cui è ben possibile ipotizzare casi ove la sofferenza morale superi di gran lunga quella conseguente alla lesione della propria integrità psicofisica.

6.2 La liquidazione del danno non patrimoniale da inadempimento

Quanto sinora riportato è certamente applicabile anche alle ipotesi di responsabilità contrattuale ove l'inadempimento abbia comportato la lesione del diritto alla salute del creditore (come è riscontrabile nei contratti aventi per oggetto prestazioni sanitarie), così come ogniqualvolta il contratto sia preordinato al soddisfacimento di interessi afferenti alla sfera dei diritti inviolabili della persona, ovvero ancora allorché ricorra una ipotesi di reato-contratto e reato in contratto.

Tuttavia, l'esame della quantificazione del danno non patrimoniale da inadempimento è reso ancora più complesso dalla idoneità del contratto ad ascrivere rilievo ad interessi non tutelati dall'ordinamento nella vita di relazione, come, certamente, quelli che pur essendo di natura non patrimoniale non sono riconducibili all'alveo dei diritti fondamentali della persona, identificandosi, invece, con la sfera dell'affezione, dello svago, del piacere, e, più in generale, di tutti quegli interessi che per comodità si è soliti definire come "moralì". Ed, infatti, il motivo personale per il quale, ad esempio, il compratore decide di acquistare un certo bene è solitamente irrilevante, a meno che non sia stato dedotto nel contratto, con il prezzo, la clausola penale, gli elementi accidentali, e, quindi, più in generale con gli altri strumenti tramite i quali si esplica nel nostro ordinamento la volontà negoziale dei contraenti. Laddove siffatto motivo, pertanto, sia reso contrattualmente rilevante si pone il problema della sua quantificazione sul piano risarcitorio.

La liquidazione dei danni non patrimoniali da inadempimento dipende senza ombra di dubbio dall'incidenza nel contratto dello specifico interesse morale perseguito dal contraente. Ragione per la quale la quantificazione non può prescindere da un esame del contenuto contrattuale, ed, in particolare, dell'oggetto delle prestazioni, che, come noto, può essere costituito da beni o servizi.

Siffatta distinzione assume rilievo, infatti, poiché l'interesse non patrimoniale creditorio si atteggia diversamente secondo che l'oggetto della

pretesa sia costituito dagli uni o dagli altri, atteso che se con riguardo ai beni l'interesse si identifica nel possesso e nel godimento delle utilità delle quali gli stessi sono capaci, caratterizzandosi, dunque, per la sua staticità e per la sua immediata e diretta correlazione alla cosa oggetto della prestazione; in relazione ai servizi, invece, l'interesse è sempre concepito in un'accezione dinamica, essendo, infatti, soddisfatto soltanto dalla realizzazione completa del servizio commissionato.

Pertanto, muovendo, anzitutto proprio da quest'ultimi occorre precisare che la quantificazione del danno non patrimoniale da inadempimento dovrebbe seguire criteri diversi a seconda della tipologia di servizio dovuto dal debitore, dovendosi, in tal senso, distinguere i vari servizi commissionati in ripetibili o irripetibili. Ed invero, è necessario sottolineare che la ripetibilità o meno del servizio non dipende tanto dalla prestazione in sé considerata, quanto dall'oggetto concreto che il servizio stesso tende a soddisfare. In altre parole, occorre distinguere secondo che l'interesse creditorio connesso alla prestazione dovuta dal debitore sia tutelato dal contratto in astratto o in concreto, e cioè nella sua accezione generica (quale interesse astrattamente connesso e genericamente soddisfatto da quella tipologica di prestazione), oppure nella sua accezione specifica, in quanto è l'interesse specifico a quella singola e determinata prestazione in tutti i suoi aspetti considerata a rilevare sul piano contrattuale.

Quale esempio, di tutela in astratto si può menzionare il caso del danno da vacanza rovinata, atteso che, per lo più, il contratto tutela non l'interesse concreto a godere del viaggio, ad esempio, in India (poi sfumato), ma quello astratto allo svago che qualsiasi viaggio, da considerarsi nella sua accezione generica di momento ricreativo, è diretto a soddisfare. Quindi, che il viaggio programmato fosse in India o in America non rileva in generale sul piano dell'interesse non patrimoniale. Ragione per la quale in questi casi, nell'ipotesi di mancata realizzazione della vacanza, il danno non patrimoniale dovrà considerare le concrete possibilità che il creditore abbia di rimediare sul mercato una prestazione alternativa, anche da un altro *tour operator*, in applicazione dell'art.1227 c.c. (tenuto conto anche del momento in cui si verifica l'impossibilità e del periodo entro il quale il consumatore può usufruire delle ferie), mentre laddove l'inadempimento si configuri a seguito di una cattiva

esecuzione della prestazione, poiché in questo caso la prestazione è stata comunque eseguita, l'interesse non patrimoniale si dovrà ritenere almeno in parte soddisfatto. Donde, la necessità di adeguare il risarcimento alla misura dei disagi che non siano stati coperti dal servizio reso.

Laddove, diversamente, la prestazione da rendere sia irripetibile perché tale è ad esempio l'evento da riprendere fotograficamente, come un matrimonio o altra importante cerimonia, le considerazioni sono diverse. Infatti, qualora il servizio non sia realizzato del tutto il risarcimento del danno non patrimoniale sarà in ogni caso integrale.

La differenza fra l'ipotesi della tutela astratta e quella della tutela in concreto si coglie, soprattutto, nel caso di inadempimento totale. Infatti, mentre nella prima ipotesi l'interesse presuppone la possibilità del ricorso all'art.1227 c.c., nell'ipotesi della tutela in concreto siffatta evenienza è esclusa dalla obiettiva irripetibilità dell'evento. Per cui mentre il consumatore potrebbe contenere la richiesta risarcitoria dei danni non patrimoniali da vacanza rovinata effettuando un viaggio alternativo, gli sposi non possono in modo alcuno riparare alla negligenza del fotografo che distrugga il rullino nella fase dello sviluppo delle fotografie. Pertanto, è l'irripetibilità dell'oggetto della prestazione ad escludere il possibile ricorso all'art.1227 c.c. ai fini della quantificazione del danno.

Con riguardo alle ipotesi in cui la prestazione abbia per oggetto un bene occorre, invece, distinguere secondo che si tratti di bene fungibile o di bene infungibile, con la doverosa precisazione però che la fungibilità deve essere intesa sul piano della idoneità a soddisfare l'interesse non patrimoniale del compratore. Infatti, se con riguardo ai beni fungibili gli interessi non patrimoniali sono standardizzati e tutelati dal mercato tramite il prezzo, per i beni infungibili la questione è diversa, in quanto la loro unicità esclude la possibilità per il compratore di poter soddisfare altrove il proprio interesse.

Sul punto occorre un'ulteriore precisazione. Quando si parla di beni infungibili non si suole indicare soltanto i beni che possano oggettivamente ritenersi tali, ma anche quelli che siano reputati soggettivamente tali dai contraenti. Si pensi ad esempio al figlio che intende acquistare una BMW di qualche anno fa che era appartenuta al padre ormai defunto.

Da quanto affermato discende, quindi, che in caso di inadempimento totale del venditore, il danno non patrimoniale da risarcire sarà certamente integrale essendo impossibile invocare l'art.1227 c.c. stante la non fungibilità del bene nel senso poc'anzi precisato; diversamente, in caso di parziale inadempimento la questione è più complessa poiché occorrerà valutare l'incidenza dell'inesattezza caratterizzante l'esecuzione della prestazione. Infatti, in questi casi o il bene è stato consegnato in ritardo oppure è affetto da vizi. Nel primo caso qualora il tempo della consegna non sia rilevante per compratore, essendo il suo interesse non patrimoniale esclusivamente quello al conseguimento del bene, non sarà risarcibile alcun danno non patrimoniale; mentre a differenti conclusioni si dovrà pervenire laddove siffatto interesse fosse contraddistinto anche dalla necessità di acquisire materialmente il bene prima di una certa scadenza. Si pensi, quindi, all'acquisto di un'auto d'epoca. Se la consegna venga eseguita in ritardo nessun danno morale dovrà essere risarcito dal venditore inadempiente, mentre qualora l'acquisto era finalizzato all'esposizione dell'autovettura ad un'importante mostra e la consegna non venga eseguita in tempo per consentire al compratore di parteciparvi, il danno non patrimoniale sarà certamente risarcibile (sebbene ovviamente da quantificare il relazione allo specifico interesse da tutelare).

Nella ipotesi, invece, che il bene sia affetto da vizi la questione dipende dalla tipologia del vizio e dal collegamento con l'interesse in concreto perseguito dal compratore con l'acquisto; e cioè si tratta di comprendere se il vizio comprometta l'interesse morale esclusivamente alla proprietà ovvero quello all'uso del bene o entrambi. Per cui laddove l'interesse morale sia riferibile esclusivamente alla proprietà il vizio inficiante l'utilizzo cui il bene stesso è preordinato non legittima la richiesta dei danni non patrimoniali (potendo chiedersi il risarcimento soltanto dei pregiudizi patrimoniali derivanti dal mancato utilizzo); mentre a differenti conclusioni si perviene laddove l'interesse morale sia collegato anche l'uso, poiché in tal caso i danni non patrimoniali potranno essere risarciti nella misura in cui si leda l'interesse specifico morale al godimento delle utilità delle quali è capace il bene stesso. Così, riprendendo l'esempio dell'auto d'epoca, qualora la vettura si scopra non più funzionante per difetti irreparabili il compratore potrà: a) risolvere il contratto e chiedere il risarcimento del danno se l'interesse morale da soddisfare

con l'acquisto era principalmente quello all'uso, come ad esempio è agevole riscontrare laddove l'acquisto fosse finalizzato alla partecipazione a parate espositive, piccoli viaggi, gite; b) chiedere la riduzione del prezzo ed il risarcimento dei danni soltanto patrimoniali se invece l'interesse morale era esclusivamente connesso alla proprietà del bene e non anche al suo utilizzo, poiché ad esempio si vuole mettere in esposizione l'autovettura in un museo dell'automobile (ragione per la quale non occorre anche che l'auto d'epoca funzioni), non inficiando, pertanto, in alcun modo il vizio l'interesse perseguito dall'acquirente. Allo stesso modo si pensi all'acquisto di un'antica tela o di un libro antico che il compratore scopra essere danneggiati in parte a causa di una negligente custodia del venditore. Appare evidente che in simili ipotesi il risarcimento del danno non patrimoniale sarà verosimilmente escluso perché l'interesse morale del compratore collezionista privato è quasi sempre limitato soltanto al conseguimento della proprietà del bene, a tal punto che se anche i vizi fossero stati da costui conosciuti egli si sarebbe verosimilmente determinato comunque a comprare (sebbene sicuramente ad un costo inferiore a quello pagato), salva sempre, ovviamente, la prova del contrario.

In conclusione, quanto sinora affermato vuole costituire soltanto un valido criterio capace di orientare le decisioni del Giudice in sede di quantificazione del danno non patrimoniale da inadempimento, stante la necessaria schematizzazione delle ipotesi sopra riportate e prospettate.

7. La prova del danno non patrimoniale da inadempimento

Con riguardo alla prova del danno non patrimoniale le Sezioni Unite del 2008 hanno confermato quanto precedentemente affermato nel 2006 con riguardo al danno da demansionamento, limitandosi a richiamare la possibilità di avvalersi delle presunzioni anche semplici ai sensi dell'art.2729 c.c. per la prova delle conseguenze pregiudizievoli dell'illecito subito dalla vittima, non essendo ipotizzabili risarcimenti per danni *in re ipsa*²³⁶.

²³⁶ Così superandosi quell'orientamento dottrinario che, muovendo dall'assunta impossibilità di liquidazione certa del danno non patrimoniale, ne sosteneva la necessaria considerazione processuale quale, appunto, danno *in re ipsa*, essendo sufficiente la prova del fatto generatore, ossia del fatto illecito. Così, MINOZZI, *Studio sul danno non patrimoniale*, cit., 206; CESAREO CONSOLO, *Trattato sul risarcimento del danno in materia di delitti e quasi delitti*, Torino, 1908, 220; SCUTO, *Osservazioni sul danno non patrimoniale e sulla sua risarcibilità*

Inoltre, mentre in precedenza la richiesta in corso di giudizio con le memorie ex art.183 c.6 c.p.c. di una delle voci di danno nelle quali si articolano i pregiudizi non economici era inammissibile, in quanto domanda integratrice di una vera e propria *mutatio libelli*, con la considerazione del danno non patrimoniale quale categoria unitaria concepita dalle Sezioni Unite del 2008 adesso una siffatta evenienza è ben possibile, costituendo la richiesta suddetta una semplice *emendatio libelli*, poiché mera precisazione o specificazione di quanto originariamente domandato.

Nella prassi, tuttavia, si nota una certa difficoltà della classe forense a descrivere sinteticamente i pregiudizi dei quali si domanda ristoro, non essendo ancora stata recepita ed assimilata a pieno la possibilità di ricorrere alle presunzioni; ed, infatti, si notano scritti difensivi troppo sovrabbondanti sul piano probatorio. Dall'altro lato, però, si riscontrano spesso memorie difensive troppo stringate in punto di allegazioni. Ed è proprio quest'ultimo profilo a costituire un possibile pregiudizio per la parte danneggiata, in quanto il ricorso al mezzo di prova presuntivo presuppone necessariamente l'allegazione dei fatti noti dai quali il Giudice, quindi, possa risalire a quelli ignoti. Per cui se la parte danneggiata nell'atto di citazione o nelle memorie ex art.183 c.6 c.p.c. non allega circostanze utili ai fini della indicazione di elementi idonei ad indicare la gravità del pregiudizio sofferto del quale si chiede ristoro, limitandosi soltanto a domandare il risarcimento di tutti i danni patrimoniali e non patrimoniali patiti dalla vittima dell'illecito, non si potranno di certo ammettere successivamente prove su siffatte conseguenze pregiudizievoli eccezionali, perché i relativi elementi di fatto dovevano essere preventivamente allegati prima ancora che provati. Per cui se ad esempio si volesse dimostrare che la perdita di un braccio costituisce un pregiudizio eccezionale per il danneggiato in quanto costui ne faceva un uso indispensabile per l'espletamento della sua attività di pianista, l'allegazione dovrà essere tempestiva, potendo il Giudice così desumere la particolarità del nocimento sofferto anche sul piano non patrimoniale. Ma se tale allegazione manchi del tutto, non essendo stata accennata in modo alcuno la professione musicale svolta dal danneggiato, la parte non potranno

nel nostro diritto positivo, cit., 460 e ss.; FRANZONI, *Danno morale*, cit., 375 e ss. In questo senso, in *Giurisprudenza*, App. Milano 4 aprile 1955, in *Foro it.*, 1955, I, c. 905; Cass. 8 aprile 1959, n. 1041, in *Resp. civ. prev.*, 1960, 164 e, in generale, la giurisprudenza in tema di lesioni all'onore e alla reputazione (in dottrina, sul punto si veda RICCIUTO - ZENO ZENCOVICH, *Il danno da mass media*, Padova, 1990, 85 e ss.).

successivamente chiedere mezzi istruttori sul punto, poiché è già incorsa nelle scadenze processuali che caratterizzano il giudizio civile nel nostro ordinamento. Per cui non si potranno certamente utilizzare memorie istruttorie per correggere o ampliare l'oggetto del *thema decidendum*.

Né il Giudice potrà esercitare i propri poteri ufficiosi al fine di superare la mancata allegazione di fatti rilevanti, poiché tali poteri non possono essere invocati dalle parti per riparare a proprie negligenze. Non è infrequente nella prassi assistere a domande di attivazione dei suddetti poteri ufficiosi per l'ammissione di richieste istruttorie tardive che gli interessati avrebbero potuto tempestivamente formulare e che per negligenza non possono più proporre perché incorse in decadenza. Per la verità il Giudice non può disporli d'ufficio se non siano effettivamente indispensabili per la decisione della causa. Per cui molto spesso siffatti poteri sono attivati in caso di prova *semiplena* offerta dalle parti, ovvero di prova impossibile per la parte interessata, insomma in una parola ogniqualvolta si tratti di completare sul piano probatorio la prova che già l'interessato è riuscito (seppur in parte) a fornire, ovvero si tratti di superare ostacoli invalicabili per la parte interessata alla prova. Ma di certo il fatto da dimostrare in giudizio deve essere quantomeno allegato, non potendo il Giudice superare l'omissione di allegazione. E lo stesso dicasi anche nel processo del lavoro, nonostante l'ampiezza dei poteri ufficiosi ai quali il Giudice può ricorrere ai sensi dell'art.421 c.p.c. In effetti, lo scopo della norma citata è senza dubbio quello di attribuire al Giudice del lavoro poteri idonei al superamento delle difficoltà probatorie che si frappongono ad una rapida decisione della causa, in considerazione peraltro che l'intero impianto del processo lavoristico è disciplinato in modo da favorire la posizione processuale della parte debole, ossia il lavoratore. Ebbene, neanche nell'ambito di un siffatto contesto processuale, ove l'art.421 c.p.c. attenua il rigore della regola sancita dall'art.2697 c.c., il Giudice può superare l'onere di allegazione gravante sulle parti, trattandosi di un'attività riservata dal principio dispositivo, proprio del nostro processo civile (e anche lavoristico), alla parte processuale interessata, in quanto attività destinata ad introdurre nel giudizio fatti da dimostrare.

Appare evidente che in tema di danno biologico il ricorso alla CTU diventa indispensabile. Però è certo che le parti non possono ricorrere a siffatto strumento per eludere in pieno gli oneri probatori su di loro gravanti ai sensi

dell'art.2697 c.c. Peraltro, è opportuno ricordare che la CTU non è un mezzo di prova, bensì uno strumento del quale si serve il Giudice per superare quelle difficoltà di ordine fattuale derivanti dalla necessaria conoscenza di specifiche regole tecniche che è indispensabile possedere per poter accertare la sussistenza o meno dei fatti allegati dalle parti, al fine di decidere la causa. Ne consegue che la richiesta al Giudice di una CTU dovrebbe essere ammissibile anche laddove siano già decorsi i termini per domandare l'ammissione dei mezzi istruttori domandati, non essendo quello in esame da considerarsi un mezzo di prova in senso tecnico.

Diversamente, qualora i pregiudizi siano di altro tipo, essendo riconducibili al novero dei danni morali ed esistenziali, la CTU non sarà necessaria, dovendo la prova del danno del quale si domanda ristoro essere fornita tramite:

1. presunzioni anche semplici, purché ovviamente gli indizi siano gravi precisi e concordanti; per cui, ad esempio, il danno morale è presumibile dall'abbandono delle precedenti attività di svago, di studio, di lavoro alle quali il danneggiato particolarmente teneva. A volte potrebbe essere sufficiente anche la prova del fatto lesivo per poi risalire in via presuntiva alla prova dei danni conseguenza in concreto risarcibili;
2. documenti, che costituiscono di regola un mezzo di prova elettivo nel processo civile;
3. testimonianze; in tal senso secondo un certo orientamento giurisprudenziale anche la *testimonianza de relato ex parte actoris* potrebbe ugualmente costituire un valido strumento probatorio per i danni non patrimoniali ed al riguardo basti pensare a colui al quale la vittima abbia confessato, dopo l'illecito e prima dell'avvio del giudizio, di non riuscire più a camminare per strada o disturbi similari. È certamente ovvio che, comunque, la testimonianza di fatti così intimi e psicologici di per sé non sarà sufficiente a provare il danno se non sia suffragata da circostanze oggettive e soggettive o

da altre risultanze probatorie che ne confortino la credibilità (Cass. sez. I, n°8358/2007);

4. considerazioni di comune esperienza, e cioè valutazioni basate secondo il *quod plerumque accidit*. Per cui evitando di commettere l'errore di desumere determinate tipologie di danno in *re ipsa*, sarebbe possibile desumere che la perdita di un figlio per il padre, ovvero che la perdita di un parente sia certamente causa di sofferenza, salva la prova del contrario che l'obbligato non deduca e dimostri circostanze ostative a siffatte conclusioni, come ad esempio la dimostrazione che tra i parenti vi fossero rapporti non affettivi ma conflittuali, ovvero che non vi fossero proprio rapporti interpersonali di nessun tipo, ecc...;
5. nonché in base al c.d. principio di non contestazione, come noto applicabile nei giudizi **ove la controparte non sia rimasta contumace**. È, infatti, possibile escludere la necessità della prova in ordine anche a fatti primari che l'attore abbia allegato ed il convenuto non abbia affatto contestato.

Una precisazione particolare merita, poi, il giudizio di appello, ove il divieto di domande nuove previsto dall'art.345 impedisce alle parti di allegare pregiudizi non richiesti in primo grado, mentre consente al Giudice di poter riquilibrare quelli già dedotti secondo quanto stabilito dalle Sezioni Unite del 2008. Comunque, se l'impugnazione riguarda soltanto alcune delle voci di danno non patrimoniale risarcite con la sentenza di primo grado, sulle altre si formerà il giudicato interno, con la conseguenza che il Giudice non potrà più sindacarle. Lo stesso dicasi per la riquilibratura giuridica della domanda laddove la medesima non sia oggetto di uno specifico motivo di impugnazione.

Con particolare riguardo al danno non patrimoniale contrattuale occorre distinguere tra prova dell'inadempimento e prova del danno.

In ordine all'inadempimento le Sezioni Unite del 2008 richiamano la propria decisione del 2001 nella parte ove consentono al creditore di limitarsi a provare il fondamento del proprio diritto di credito, allegando semplicemente la mancata esecuzione della prestazione dovuta dal debitore. Come noto si tratta di

un orientamento particolarmente innovativo perché supera quella distinzione che la giurisprudenza prevalente riteneva sussistere in punto di regime probatorio tra l'azione di adempimento e quella di risoluzione, atteso che la presunzione di inadempimento era considerata operante soltanto con riguardo alla prima domanda, dovendo il creditore provare l'inadempimento contrattuale laddove avesse preferito chiedere la risoluzione del contratto. Peraltro, siffatta diversità di regime destava più di una perplessità laddove l'attore avesse nel corso del giudizio mutato la propria domanda originaria di adempimento in quella di risoluzione, in ossequio a quanto previsto dall'art.1453 c.2 c.c. (che, come noto, contempla un'ipotesi di *mutatio libelli* autorizzata dall'ordinamento in deroga al divieto di cui all'art.183 c.p.c.).

Qualche critica è stata avanzata alla decisione delle Sezioni Unite del 2001 nella parte in cui applicano la medesima presunzione di inadempimento anche alle ipotesi di inesatto adempimento, atteso che in questi casi il principio di vicinanza della prova avrebbe implicato la configurabilità di un apposito onere a carico del creditore che si dichiara insoddisfatto e non (ancora) a carico del debitore.

Con riguardo, poi, alla prova del danno valgono anche qui le medesime considerazioni precedentemente esposte in ordine ai danni non patrimoniali in generali, dovendo, infatti, anche in questi casi occorre adempiersi all'onere di allegazione. Tuttavia, la Giurisprudenza di merito sembra essersi orientata nel senso che non si possa ritenere compiutamente adempiuto siffatto onere laddove il creditore non abbia prospettato con sufficiente chiarezza il pregiudizio del quale chiede il risarcimento, non essendo lo stesso identificabile con l'inadempimento o l'inesatto adempimento. Qualora, infatti, la domanda fosse proposta in termini simili di genericità, l'atto introduttivo del giudizio (citazione o ricorso) sarà da dichiararsi nullo per omessa ai sensi dell'art.164 c.4 c.p.c. per omissione o assoluta incertezza dei requisiti del requisito previsto dall'art.163 c.3 n°3 c.p.c. ed ossia della cosa oggetto della domanda, locuzione questa che tradizionalmente si identifica con il *petitum*.

Capitolo IV

Il danno non patrimoniale da inadempimento nei singoli contratti

1. Il danno non patrimoniale da inadempimento nel contratto di lavoro

Quello dei rapporti di lavoro è uno dei settori privilegiati dove dottrina e giurisprudenza hanno creato nuove figure di danno non patrimoniale da inadempimento. Infatti, nel mondo del lavoro assumono un rilievo particolare i temi legati alla tutela del lavoratore nel luogo in cui svolge la sua attività, che costituisce uno dei momenti più significativi in cui ogni individuo esplica la sua personalità.

Il dibattito dottrinale prende le mosse dall'art. 2087 c.c., che pone esplicitamente a carico del datore di lavoro un obbligo di protezione dell'integrità fisica e della personalità morale del lavoratore, e dall'art. 2103 c.c., che impone al datore di lavoro di tutelare la professionalità del lavoratore, vietando il demansionamento e la dequalificazione²³⁷.

Secondo i giudici gli obblighi suddetti trovano la loro fonte immediata e diretta nel rapporto di lavoro, con la conseguenza che la loro inosservanza, ove sia stata causa di danni anche non patrimoniali, può essere fatta valere dal lavoratore con azione risarcitoria contrattuale, a prescindere dal fatto che l'inadempimento integri gli estremi di un illecito aquiliano²³⁸.

Peraltro, accogliendo il principio del concorso di azioni anche in tema di rapporto di lavoro subordinato, la Cassazione ha affermato che la responsabilità contrattuale del datore di lavoro per violazione degli obblighi di sicurezza imposti dall'art. 2087 c.c., e più in generale dagli artt. 1175 e 1375 c.c., si

²³⁷ In assenza di una disciplina civilistica o penalistica che contrasti in modo specifico le persecuzioni, le vessazioni e gli abusi attuati sul luogo di lavoro, dottrina e giurisprudenza, volendo offrire al lavoratore adeguate forme di tutela, hanno proposto letture estensive del danno risarcibile in sede di responsabilità contrattuale, valorizzando il ruolo dell'art. 2087 c.c.. In ogni caso la giurisprudenza ha precisato che "la responsabilità dell'imprenditore di cui all'art. 2087 c.c. non configura un'ipotesi di responsabilità oggettiva, con la conseguenza che non può desumersi la prescrizione di un obbligo assoluto di rispettare ogni cautela possibile e innominata diretta ad evitare qualsiasi danno, né la responsabilità del datore di lavoro può sussistere ogni volta che un danno si sia comunque verificato, occorrendo invece che l'evento sia pur sempre riferibile a sua colpa, per violazione di obblighi di comportamento imposti da norme di fonte legale o suggeriti dalla tecnica, ma concretamente individuati" (v. Cass., sez. lav., 1.6.2004 n. 10510, in Giust. Civ., Mass. 2004, f. 6; Cass. 14.1.2005 n. 644, ivi, 2005, f. 1).

²³⁸ Invero, secondo la Suprema Corte "l'azione del lavoratore diretta ad ottenere il risarcimento del danno derivante dall'inadempimento di un obbligo nei suoi confronti imposto dalla legge al datore di lavoro è azione contrattuale regolata dagli artt. 1218 e ss. c.c." (v. Cass., sez. lav., 14.11.2005 n. 2292, in Giust. Civ. Mass., 2005, f. 7-8).

affianca ad una responsabilità extra-contrattuale per i medesimi fatti materiali (e cioè la mancata predisposizione di misure idonee a preservare l'integrità fisica e la personalità morale del lavoratore).

Applicando la regola del cumulo (che è priva di solide basi dogmatiche) la Suprema Corte è giunta spesso ad ammettere la configurabilità e la risarcibilità dei danni non patrimoniali derivanti da inadempimento del datore di lavoro. I giudici di legittimità considerano come referente normativo del danno non patrimoniale l'art. 1218 c.c., in quanto affermano che “la necessità della colpa – che accomuna la responsabilità contrattuale a quella aquiliana – va nella specie coordinata con il particolare regime probatorio della responsabilità contrattuale che è quello previsto dall'art. 1218 c.c., sicchè grava sul datore di lavoro l'onere di provare di avere ottemperato all'obbligo di protezione in argomento, mentre il lavoratore deve provare sia la lesione all'integrità psico-fisica sia il nesso di causalità tra l'evento dannoso e l'espletamento della prestazione lavorativa”.

Utilizzando la disposizione dell'art. 2087 c.c. i giudici hanno riconosciuto la responsabilità contrattuale del datore di lavoro non solo in caso di comportamenti da questi materialmente posti in essere a danno del lavoratore, ma anche quando l'inadempimento è consistito nel non avere tutelato il lavoratore a fronte di comportamenti lesivi posti in essere sul luogo di lavoro da parte degli altri dipendenti ²³⁹.

Una tappa importante nell'elaborazione giurisprudenziale è costituita dalle quattro sentenze gemelle (nn. 26972, 26973, 26974, 26975) delle Sezioni Unite dell'11 novembre 2008, che per la prima volta hanno affermato la risarcibilità del danno non patrimoniale contrattuale, sia pure con riferimento soltanto alla lesione di diritti costituzionalmente garantiti.

I giudici di legittimità hanno statuito che “l'esigenza di accertare se, in concreto, il contratto tenda alla realizzazione anche di interessi non patrimoniali, eventualmente presidiati da diritti inviolabili della persona, viene meno nel caso in cui l'inserimento di interessi siffatti nel rapporto sia opera

²³⁹ Infatti, è stato affermato che “ai sensi dell'art. 2087 c.c. il datore di lavoro, essendo tenuto a garantire l'integrità psico-fisica dei propri dipendenti e, quindi, a impedire e scoraggiare con efficacia contegni aggressivi e vessatori da parte di preposti e responsabili nei confronti dei rispettivi sottoposti, è responsabile del danno biologico derivato alla lavoratrice da molestie sessuali e morali di un capoturno e dalla adibizione della stessa da parte di quest'ultimo a luogo di lavoro di ridotte dimensioni ed isolato” (v. Trib. Torino 16.11.1999, in Resp. civ. prev., 2000, f. 720).

della legge, come nel caso del contratto di lavoro. L'art. 2087 c.c., inserendo nell'area del rapporto di lavoro interessi non suscettivi di valutazione economica (l'integrità fisica e la personalità morale) già implicava che, nel caso in cui l'inadempimento avesse provocato la loro lesione, era dovuto il risarcimento del danno non patrimoniale. Il presidio di detti interessi della persona ad opera della Costituzione, che li ha elevati a diritti inviolabili, ha poi rafforzato la tutela. Con la conseguenza che la loro lesione è suscettiva di dare luogo al risarcimento dei danni -conseguenza, sotto il profilo della lesione dell'integrità psico-fisica (art. 32 Cost.) secondo le modalità del danno biologico, o della lesione della dignità personale del lavoratore (artt. 2, 4, 32 Cost.), come avviene nel caso dei pregiudizi alla professionalità da dequalificazione, che si risolvano nella compromissione delle aspettative di sviluppo della personalità del lavoratore che si svolge nella formazione sociale costituita dall'impresa" (v. Cass. S. U., 11.11.2008 n. 26972).

Come già detto, le sentenze gemelle del novembre 2008 hanno limitato le ipotesi di danni non patrimoniali contrattuali ai soli casi di lesione di diritti costituzionalmente protetti, proponendo una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 1218 c.c. analoga a quella compiuta con riferimento all'art. 2059 c.c..

Sul punto va osservato che nel caso del contratto di lavoro, per la sua stessa natura, gli interessi non patrimoniali che acquistano rilievo all'interno del regolamento negoziale – in quanto la prestazione è diretta a soddisfarli – sono spesso identificabili con diritti costituzionalmente protetti (diritto al lavoro, diritto allo sviluppo della personalità, diritto alla salute). In ogni caso le Sezioni Unite del 2008 hanno lasciata aperta la possibilità di risarcire la lesione di interessi non patrimoniali anche laddove non abbiano esplicita menzione nella Costituzione, ricorrendo all'art. 2 Cost., che assurge a norma aperta, idonea a consentire il risarcimento per la violazione di tutti quegli interessi attinenti alla persona umana che risultano lesi dall'inadempimento del datore di lavoro.

La giurisprudenza più recente ha tentato di tipizzare, all'interno dell'ampia formulazione degli artt. 2087 e 2103 c.c., alcuni illeciti più frequenti (mobbing, demansionamento, dequalificazione professionale, illegittimo licenziamento) ed ha individuato diverse tipologie di danni non patrimoniali

(moralì, biologici, esistenziali), il cui risarcimento viene riconosciuto sulla base delle regole della responsabilità contrattuale.

1.1 Il mobbing

Con tale nozione, che è ancora priva di una definizione legislativa, si indicano i fenomeni di maltrattamenti sul lavoro consistenti in condotte vessatorie, reiterate e durature, individuali o collettive, che sono rivolte nei confronti di uno o più lavoratori da parte di colleghi (c.d. *mobbing* orizzontale) e/o da parte dei superiori gerarchici (c.d. *mobbing* verticale). Accanto a queste ipotesi si collocano, poi, le forme di *mobbing* ascendente, posto in essere dai lavoratori nei confronti del datore di lavoro, e le forme di vessazioni realizzate nell'ambito di una precisa strategia aziendale finalizzata a provocare le dimissioni del lavoratore (si tratta del c.d. *bossing*).

Secondo l'elaborazione giurisprudenziale "i caratteri identificativi del fenomeno del *mobbing* sono rappresentati da una serie ripetuta e coerente di atti e comportamenti materiali che trovano una *ratio* unificatrice nell'intento di isolare, di emarginare e forse anche di espellere la vittima dall'ambiente di lavoro; si tratta, quindi, di un processo, o meglio di una *escalation*, di azioni mirate in senso univoco verso un obiettivo predeterminato"²⁴⁰.

Pertanto, occorre sia l'elemento oggettivo (e cioè una condotta aggressiva e persecutoria che si protrae nel tempo) sia l'elemento soggettivo, e cioè un dolo specifico finalizzato a nuocere, infastidire o svilire il lavoratore.

I giudici hanno affermato che l'art. 2087 c.c. "è una norma che ben si attaglia alla fattispecie di *mobbing*, posto che essa, trasferendo nell'ambito contrattuale il più generale principio del *neminem laedere*, riparte l'onere della prova così da far gravare sul datore l'onere di provare di avere ottemperato all'obbligo di protezione dell'integrità psico-fisica del lavoratore, mentre grava su quest'ultimo il solo onere di provare la lesione all'integrità psico-fisica ed il nesso di causalità tra l'evento dannoso e l'espletamento della prestazione lavorativa"²⁴¹.

²⁴⁰ v. Trib. Torino 28.1.2003, in *Giur. Piem.*, 2003, 92).

²⁴¹ cfr. Cass. sez. lav. 21.12.1998, n°12763, in *Notiziario giur. lav.* 1999, 184. Vedi inoltre Cass. 17.7.1995, n°7768, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, f. 7-8; Cass., 8.1.2000, n°143, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, f. 1; Cass. 5.2.2000, n°1307, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, f. 2; Cass. S.U. 12.3.2001, n°99, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, f. 3; Cass. 2.5.2000, n°5491, in *Lav. Giur.*, 2000, 830, secondo

Anche in tema di *mobbing* viene ritenuto ammissibile il concorso tra la responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c. e la responsabilità specifica ex art. 2087 c.c., nella parte in cui obbliga il datore di lavoro ad adottare “tutte le misure necessarie a tutelare la personalità morale dei prestatori di lavoro”, anche alla luce dell’obbligo di eseguire il contratto secondo buona fede.

Ai sensi dell’art. 2087 c.c. il datore è tenuto non solo ad evitare propri atti e comportamenti discriminatori ma anche ad impedire e scoraggiare un’analoga condotta ostile realizzata da dirigenti, collaboratori e dipendenti, per cui i comportamenti illeciti da questi posti in essere sono giuridicamente imputabili, oltre che ai singoli autori, anche in via diretta al datore di lavoro.

La tutela che è più diffusamente riconosciuta al lavoratore mobizzato è quella avente carattere risarcitorio, fondata sull’art. 2087 c.c..

La Suprema Corte ha statuito che “nel caso di diritti soggettivi lesi da comportamenti consistenti nello scorretto esercizio di poteri datoriali (quali il *mobbing*), in violazione del principio di protezione delle condizioni di lavoro ex art. 2087 c.c., la fattispecie di responsabilità va ricondotta alla violazione degli obblighi contrattuali stabiliti da tale norma, indipendentemente dalla natura dei danni subiti, dei quali si chiede il ristoro, e dai riflessi su situazioni soggettive (quale il diritto alla salute) che trovano la loro tutela specifica nell’ambito del rapporto obbligatorio”²⁴².

Secondo la giurisprudenza i comportamenti vessatori messi in atto dal datore di lavoro o dai colleghi, integranti la fattispecie di *mobbing*, “possono determinare, quale conseguenza, una sintomatologia psico-somatica sino a pregiudicare le condizioni di salute”²⁴³; pertanto, “il lavoratore che sia vittima di comportamenti persecutori da parte del datore di lavoro ha diritto al risarcimento del danno biologico (ad es., disturbi al sistema nervoso), ma deve dimostrare l’esistenza di un nesso causale tra il comportamento del datore di lavoro e il pregiudizio alla propria salute”²⁴⁴.

Nell’ambito del *mobbing* ha trovato ampi margini di sviluppo la figura del danno esistenziale, che consente di risarcire ogni lesione della qualità della vita della persona che non si sia concretizzata in un pregiudizio della salute,

le quali il fondamento normativo del *mobbing* nell’art.2087 c.c. a titolo di responsabilità contrattuale.

²⁴² Cass. 24.5.2004 n. 8438, in Foro Ital., 2004, I, 2320.

²⁴³ v. Trib. Forlì 15.3.2001, in Guida lav., 2003, 103.

²⁴⁴ cfr. Cass. 2.5.2000 n. 5491, in Lav. e giur., 2000, 830.

medicalmente accertato. In alcune pronunce di merito è stato affermato che “il *mobbing* può dare luogo ad un danno esistenziale o danno alla vita di relazione, di natura contrattuale, che si realizza ogni qual volta il lavoratore sia aggredito nella sfera della sua dignità senza che tale aggressione offra sbocchi per altra qualificazione risarcitoria; il predetto danno, da liquidarsi in via equitativa ai sensi dell’art. 1226 c.c., può essere rapportato alla durata della condotta pregiudizievole e ad una percentuale della retribuzione percepita”²⁴⁵.

Per quanto concerne l’onere probatorio le Sezioni Unite nel 2001 hanno statuito che il creditore, sia nel caso in cui agisca per ottenere l’adempimento sia nel caso in cui agisca per ottenere il risarcimento dei danni e/o la risoluzione, può limitarsi a fornire la prova del titolo, corredata dalla mera allegazione della circostanza dell’inadempimento²⁴⁶.

Pertanto, la persona mobizzata dovrebbe limitarsi a provare la sussistenza del contratto di lavoro subordinato ed allegare la circostanza degli abusi, delle vessazioni e delle persecuzioni, mentre sul datore di lavoro incombe la prova dell’avvenuto adempimento dell’obbligo di protezione ovvero dell’insussistenza delle lesioni lamentate o, ancora, della mancanza di un loro collegamento funzionale con l’esecuzione della prestazione principale²⁴⁷.

1.2 Il demansionamento e la dequalificazione professionale

Tale figura ricorre quando il lavoratore è lasciato in condizioni di forzata inattività e si differenzia dalla dequalificazione professionale, che sussiste nel caso in cui il lavoratore sia impiegato in mansioni inferiori a quelle per le quali è stato assunto. Entrambe le ipotesi concretizzano un inadempimento datoriale per violazione dell’art. 2103 c.c.²⁴⁸.

²⁴⁵ v. Trib. Como 22.5.2001, in Lav. giur., 2002, 73; Trib. Pisa 3.10.2001 e Trib. Forlì 15.3.2001, in Lav. giur., I, 2002, 552.

²⁴⁶ v. Cass., S.U., 30.10.2001 n. 13533, in Riv. Dir. Civ., 2002, 707 e in Foro Ital., 2002, I, 769.

²⁴⁷ cfr. Cass., sez. lav., 26.6.2004 n. 11932, in Giust. Civ. Mass., 2004, f. 6; Cass. 6.7.2002 n. 9856, in Giur. It., 2003, 1603.

²⁴⁸ L’art. 2103 c.c. ha la funzione di salvaguardare il diritto del lavoratore all’utilizzazione, al perfezionamento ed all’accrescimento del proprio bagaglio di conoscenze tecnico-pratiche. Sul punto va osservato che le limitazioni introdotte dalla norma alla discrezionalità organizzativa dell’imprenditore non privano quest’ultimo dello *ius variandi* ma introducono una limitazione del suo esercizio al fine di impedire abusi e vessazioni. Pertanto, il datore di lavoro può utilizzare il lavoratore in nuove mansioni se l’organizzazione dell’impresa lo esige, purchè vengano rispettati i principi dell’equivalenza delle nuove mansioni, della conservazione e dell’arricchimento del suo patrimonio professionale. Un recente indirizzo giurisprudenziale ha inteso il concetto di equivalenza professionale non solo in senso oggettivo, cioè con riferimento all’area professionale salariale, ma anche in senso soggettivo, considerando il patrimonio di

Alla condotta del datore è attribuita dalla giurisprudenza una natura plurioffensiva.

Secondo la giurisprudenza “dall’illegittima attribuzione ad un lavoratore di mansioni inferiori rispetto a quelle assegnategli al momento dell’assunzione in servizio, può derivare non solo la violazione dell’art. 2103 c.c., ma anche la violazione del diritto fondamentale del lavoratore alla libera esplicazione della sua personalità nel luogo di lavoro, tutelato dagli artt. 1 e 2 Cost., da cui consegue il diritto dell’interessato al risarcimento del danno”²⁴⁹. Pertanto, il danno da dequalificazione o da demansionamento “può consistere sia nel danno patrimoniale derivante dall’impoverimento della capacità professionale acquisita dal lavoratore e dalla mancata acquisizione di una maggiore capacità, sia nel pregiudizio (sempre di natura economica) subito per perdita di chance, ossia di ulteriori possibilità di guadagno, sia infine nella lesione del diritto del lavoratore all’integrità fisica o, più in generale, alla salute ovvero all’immagine o alla vita di relazione”²⁵⁰.

Dalle pronunce giurisprudenziali si ricava che anche il demansionamento, come il *mobbing*, va ricondotto nell’ambito della responsabilità contrattuale del datore di lavoro e che il pregiudizio subito dal lavoratore integra un’ipotesi di danno non patrimoniale da inadempimento, che è risarcibile nelle diverse forme del danno biologico e del danno c.d. esistenziale.

Un contributo fondamentale in materia di danno da demansionamento è stato fornito dalle Sezioni Unite nel 2006 con la sentenza n. 6572, che ha affrontato il tema del riparto dell’onere probatorio, partendo dall’assunto che qualunque danno derivante dal demansionamento, sia esso il danno professionale di natura patrimoniale o il danno biologico o il danno esistenziale, è la conseguenza di un comportamento già illecito sul piano contrattuale, tale per cui il datore di lavoro versa in una situazione di inadempimento ex art. 1218 c.c..

Secondo un primo orientamento, respinto dalle Sezioni Unite, il danno da demansionamento o da dequalificazione sarebbe in *re ipsa* alla condotta

conoscenze professionali del prestatore (v. Cass. 12.1.2006 n. 425 in Giust. Civ. Mass., 2006, f.1; Cass. 12.4.2005 n. 7453, *ivi*, 2005, f. 4; Cass. 23.3.2005 n. 6326, *ibidem*, f. 3).

²⁴⁹ v. Cass. 12.11.2002 n. 15868, in Rep. giur. It., 2002, voce Lavoro (Rapporto) n. 796.

²⁵⁰ v. Cass. 10.6.2004 n. 11045, in Mass., 2004, 11045; Cass. 2.1.2002 n. 10 in Rep. giur. it., 2002, 793.

illecita del datore, per cui il lavoratore sarebbe esonerato dal provare l'esistenza del pregiudizio. Con particolare riferimento al danno esistenziale si è affermato che "il demansionamento non solo viola lo specifico divieto ex art. 2103 c.c., ma costituisce lesione del diritto fondamentale alla libera esplicazione della personalità del lavoratore nel luogo di lavoro, con la conseguenza che al pregiudizio correlato a tale lesione – che incide sulla vita professionale e di relazione – va riconosciuta una indubbia dimensione patrimoniale che lo rende suscettibile di risarcimento e di valutazione anche equitativa, pure nell'ipotesi in cui sia mancata la dimostrazione di un effettivo pregiudizio patrimoniale"²⁵¹. In alcune pronunce si è sostenuto espressamente che il danno "è suscettibile di per sé di risarcimento anche in mancanza dell'allegazione di uno specifico elemento di prova da parte del danneggiato, dovendo effettuarsi la liquidazione in base all'apprezzamento degli elementi presuntivi acquisiti al giudizio e relativi alla natura, all'entità e alla durata del demansionamento, nonché alle altre circostanze del caso concreto"²⁵².

Invece, in base ad un altro orientamento, più rigoroso, è il lavoratore che "deve fornire la prova dell'esistenza del pregiudizio e del nesso di causalità con l'inadempimento, prova che costituisce presupposto indispensabile per procedere ad una valutazione equitativa. Tale danno non si pone, infatti, quale conseguenza automatica della dequalificazione, cosicché non è sufficiente dimostrare la mera potenzialità lesiva della condotta datoriale, incombendo al lavoratore che denunci il danno subito di fornire la prova in base alla regola generale ex art. 2697 c.c."

Secondo la giurisprudenza di legittimità "l'assegnazione dei dipendenti a mansioni inferiori non determina di per sé un danno risarcibile ulteriore rispetto a quello costituito dal trattamento retributivo inferiore, cui già provvede, in funzione compensatoria, l'art. 2103 c.c., il quale stabilisce il principio dell'irriducibilità della retribuzione, nonostante l'assegnazione e lo svolgimento di mansioni inferiori rispetto a quelle attribuite. Perciò, dovendosi escludere che ogni modificazione delle mansioni in senso riduttivo comporti un'automatica

²⁵¹ In tal senso v. Cass. 6.11.2000 n. 14443, in *Lav. e prev. oggi*, 2000, 2287.

²⁵² Così Cass. 12.11.2002 n. 15868, in *Rep. giur. It.*, 2002, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 796.

dequalificazione professionale, grava sul lavoratore l'onere di fornire la prova, anche attraverso presunzioni, dell'ulteriore danno risarcibile”²⁵³.

Le Sezioni Unite hanno accolto l'orientamento più rigoroso, affermando che, trattandosi di vero e proprio inadempimento di un'obbligazione, operano le regole di cui agli artt. 1218 e 1223 c.c., che impongono al lavoratore di dimostrare il nesso di causalità fra l'inadempimento e il danno e di precisare quale forma di pregiudizio abbia subito come “conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento, fornendo ogni elemento utile per la liquidazione.

Secondo la Suprema Corte la finalità del risarcimento ex art. 1218 c.c. è di neutralizzare la perdita sofferta in concreto dalla vittima, attraverso la reintegrazione dell'effettiva diminuzione del suo patrimonio, subita per effetto del mancato adempimento della prestazione. Se tale diminuzione patrimoniale non vi è stata o non è stata provata dal danneggiato, il diritto al risarcimento del danno non è configurabile; al contrario, ammettere la risarcibilità del danno in conseguenza del mero accertamento del demansionamento comporterebbe l'attribuzione al lavoratore di una somma di denaro che si configura come una sanzione civile punitiva, inflitta sulla base del mero inadempimento, in contrasto con gli ordinari principi civilistici di cui agli artt. 1218 e 1223 c.c..

Nella citata sentenza n. 6572 le Sezioni Unite riconoscono – sia pure a livello di *obiter dictum* – la risarcibilità del danno esistenziale, che viene definito come ogni pregiudizio che l'illecito datoriale provoca sul fare reddituale del soggetto, cioè come il danno all'identità professionale sul luogo di lavoro, all'immagine ed alla vita di relazione e, più in generale, la lesione del diritto del lavoratore alla libera esplicazione della propria personalità nel luogo di lavoro, tutelato dagli artt. 1 e 2 della Cost.. Si tratta dell'alterazione delle abitudini di vita e degli assetti relazionali del lavoratore, il quale viene in tal caso privato di occasioni per l'espressione e la realizzazione della sua persona nel mondo esterno²⁵⁴.

²⁵³ V. Cass. 28.5.2004 n. 10361, in Mass., 2004, 10361; Cass. 23.7.2004 n. 13887, in Mass., 2004, 13887; Cass. 8.11.2003, n. 16792, in Mass. 2003, 16792).

²⁵⁴ Cfr., *ex plurimis*, Cass. 27.4.2004 n. 7980, in Mass. 2004, 7980. E' evidente la continuità con le sentenze nn. 8827 e 8828 del 2003 e con la sentenza della Corte Costituzionale n. 233 dell'11.7.2003, che definisce il danno esistenziale come figura omnicomprensiva di tutti i danni alla persona, consistente nella sua nozione più lata nella compromissione delle attività realizzatrici della persona, cioè nella modificazione peggiorativa delle modalità attraverso le quali il soggetto esplica la sua personalità.

Le Sezioni Unite hanno pure precisato che, trattandosi di un pregiudizio relativo ad un bene immateriale, assume particolare rilievo la prova per presunzioni, su cui il giudice può fondare anche in via esclusiva la sua pronuncia, sempre che venga offerta una serie concatenata di fatti noti relativi al caso concreto, che consente di risalire al fatto ignoto, e cioè all'esistenza del danno. Indizi in tal senso rilevanti sono considerati, ad esempio, la durata e la gravità della dequalificazione, il grado di pubblicità della medesima all'interno e all'esterno dell'azienda, la frustrazione di precisate e ragionevoli aspettative di progressione professionale, gli effetti negativi sulle abitudini di vita dell'interessato.

1.3 Altre fattispecie di inadempimento contrattuale

La giurisprudenza, oltre a tipizzare alcune condotte datoriali, come il mobbing o il demansionamento, ha riconosciuto la responsabilità contrattuale del datore di lavoro, ai sensi dell'art. 2087 c.c., in una serie di ulteriori ipotesi in cui si è ravvisata la violazione dell'obbligo di tutela della salute e della personalità morale del lavoratore, con il conseguente riconoscimento della risarcibilità dei danni non patrimoniali.

Ad esempio, nel caso di *mancato godimento del riposo settimanale* è stato affermato che esso, comportando la violazione di un diritto costituzionalmente garantito (art. 36 Cost.) e legislativamente previsto (art. 2109 c.c.), si traduce sempre in un inadempimento del datore di lavoro agli obblighi derivanti dal contratto, integrati ex lege dal generale precetto di cui all'art. 2087 c.c., a prescindere dal consenso del lavoratore allo svolgimento della prestazione²⁵⁵.

Essendo il riposo settimanale un diritto costituzionalmente garantito del lavoratore, qualificato come irrinunciabile dall'art. 36, comma 3 Cost., il mancato godimento può cagionare al lavoratore un danno risarcibile di natura non patrimoniale, e cioè un danno alla salute o anche un danno esistenziale. La Suprema Corte ha espressamente riconosciuto che il danno non patrimoniale “può in astratto derivare anche dalla violazione dello specifico obbligo di protezione dell'integrità psico-fisica del lavoratore, sancito dall'art. 2087 c.c. ad integrazione *ex lege* delle obbligazioni nascenti dal contratto di lavoro e la cui

²⁵⁵ Cfr. Cass. 14.4.2001n. 5592, in Notiziario giur. Lav., 2001, 759.

violazione è fonte di responsabilità contrattuale”, ritenendo risarcibile il danno alla salute e alla vita di relazione per avere il lavoratore “prestato la propria opera in un giorno di riposo settimanale”²⁵⁶.

Lo stesso dicasi per le ipotesi di mancata fruizione del riposo annuale e di utilizzo costante del lavoratore nelle ore notturne (c.d. super-lavoro). In particolare, è stato ammesso il risarcimento del danno biologico e morale a favore del lavoratore ammalatosi di una patologia neurologica per avere costantemente prestato anche di notte la propria attività lavorativa²⁵⁷. I giudici di legittimità hanno affermato che il datore di lavoro avrebbe dovuto rappresentarsi e prevedere la nocività del lavoro notturno, prefigurando in tal modo l’operatività dell’art. 1225 c.c. e, quindi, riconoscendo come referente normativo del danno non patrimoniale da inadempimento le norme in materia di obbligazione.

Il pregiudizio subito dal lavoratore è stato individuato sia nel danno biologico, qualora il lavoro abbia cagionato una vera e propria patologia medicalmente accertata, sia nel danno morale, qualora la violazione delle disposizioni di legge in ordine al godimento del riposo integri gli estremi di una fattispecie di reato, sia nel danno esistenziale²⁵⁸. Quest’ultima figura è stata spesso identificata con il c.d. danno da *usura psico-fisica*, con cui si indica il pregiudizio subito dal lavoratore per il solo fatto della privazione del periodo di riposo. Al riguardo in alcuni casi è stato precisato che il danno biologico da c.d. “super-lavoro”, che compromette il bene salute, deve essere distinto dal danno derivante *ex se* dal mancato riposo, definito “danno da usura psico-fisica” il quale, al contrario del primo, non richiede alcuna manifestazione patologica, essendo conseguenza immediata e diretta dello svolgimento senza pause della prestazione lavorativa.

Un’altra ipotesi di responsabilità datoriale è stata individuata nel c.d. *danno da stress*, che consiste in un pregiudizio esistenziale e/o biologico subito

²⁵⁶ V. Cass., sez. lav., 3.7.2001 n. 9009, in Resp. Civ. prev., 2001, 1177.

²⁵⁷ V. Cass, sez. lav., 5.5.2005 n. 9353, in Dir. e Giur., 2005, 2616.

²⁵⁸ Il danno esistenziale da soppressione del riposo settimanale viene costantemente collegato alla violazione dell’art. 36, comma 3 Cost., ritenuto immediatamente precettivo ed inderogabile ad opera del contratto di lavoro. Pertanto, anche tale danno è considerato “di natura contrattuale” ovvero risulta “correlato all’inadempimento del datore di lavoro, il quale compie una scelta organizzativa in contrasto con norme imperative” (v. Cass. 7.3.2002 n. 3928, in Giust. Civ., Mass., 2002, f. 3).

dal lavoratore in conseguenza dell'inadempimento del datore rispetto agli obblighi di protezione di cui all'art. 2087 c.c..

I giudici hanno affermato che “poiché qualsiasi attività lavorativa è di per sé fonte di stress, in tanto è possibile ritenere il datore di lavoro responsabile della malattia, ex art. 2087 c.c., per mancata adozione delle misure idonee a preservare l'integrità psico-fisica del dipendente, in quanto sia individuabile una responsabilità dell'imprenditore nel determinare lo stress, conseguente alla violazione di un obbligo su di lui gravante e scaturente dal rapporto di lavoro”²⁵⁹.

Dalle pronunce giurisprudenziali si evince che la situazione di stress può essere fonte di un danno biologico, quando il fenomeno di disagio psico-fisico è in grado di interferire sulle condizioni di salute dell'individuo, cagionando vere e proprie patologie, ma può determinare anche un danno c.d. esistenziale, qualora dallo stress derivi una compromissione delle attività realizzatrici della persona, alterandone la qualità della vita.

Analogamente, la giurisprudenza ha riconosciuto al lavoratore il diritto al risarcimento dei danni non patrimoniali nei casi di illegittimo trasferimento e di illegittimo licenziamento, ravvisandovi delle fattispecie di responsabilità contrattuale del datore di lavoro, ai sensi degli artt. 2087 c.c. e 2103 c.c..

Ad esempio, è stato affermato che “qualora venga adottato a carico di un lavoratore un provvedimento di trasferimento riconosciuto come illegittimo, in quanto non adeguatamente giustificato, a norma dell'art. 2103 c.c., da comprovate ragioni tecniche, organizzative o produttive, il lavoratore ha diritto al risarcimento del danno (esistenziale), oltre che ad essere riammesso presso la sua precedente sede di lavoro”²⁶⁰.

Anche il licenziamento illegittimo può essere fonte di danno non patrimoniale risarcibile, in quanto determina un peggioramento della qualità di vita del lavoratore e incide negativamente sul suo equilibrio psichico ed emotivo.

Parimenti, è stata riconosciuta la risarcibilità dei danni non patrimoniali, in particolare del danno c.d. esistenziale, nel caso di *illecita irrogazione o contestazione di sanzione disciplinare*.

²⁵⁹ Così Corte App. L'Aquila 9.1.2003, in Nuovo dir.. 2003, 646.

²⁶⁰ V. Cass., sez. lav., 1.7.2002 n. 9530, in Notiziario giur. lav., 2002, 655.

Ad esempio, è stato ritenuto che la mera “divulgazione a terzi, da parte dell’amministrazione datrice di lavoro, di una contestazione disciplinare, oltretutto non seguita da pari divulgazione del provvedimento di archiviazione del procedimento disciplinare con esso iniziato, lede il diritto di difesa e l’immagine professionale e pubblica del dipendente, in violazione dell’art. 2087 c.c.; il relativo danno esistenziale deve essere liquidato in via equitativa tenendo conto della posizione lavorativa occupata dal danneggiato e della rilevanza pubblica delle mansioni svolte”²⁶¹.

Molte, infine, sono le pronunce che hanno affermato la responsabilità del datore di lavoro per *molestie sessuali* subite dal dipendente sul luogo di lavoro.

In particolare, è stato affermato che “l’imprenditore, cui sia noto il compimento di molestie sessuali nell’ambito dell’impresa, è tenuto ad intervenire adottando tutte le misure, anche di natura disciplinare od organizzativa, necessarie a garantire la tutela dei dipendenti”²⁶².

E’ stato, quindi, ritenuto “legittimo il licenziamento irrogato al dipendente che abbia molestato sessualmente una collega di lavoro: le molestie sessuali sul luogo di lavoro, incidendo sulla salute e sulla serenità (anche professionale) del lavoratore, comportano l’obbligo di tutela a carico del datore di lavoro ai sensi dell’art. 2087 c.c., che gli impone di adottare tutti i provvedimenti a tal fine idonei, tra i quali può certamente ricomprendersi anche l’eventuale licenziamento dell’autore delle molestie sessuali”²⁶³. Pertanto, il datore viene condannato al risarcimento dei danni non patrimoniali, in solido con l’autore delle molestie sessuali, laddove non abbia agito secondo gli obblighi imposti dalla norma citata.

2. Il danno da inadempimento nel settore sanitario

La prima questione da affrontare è quella dell’inquadramento giuridico della responsabilità medica, cui consegue il risarcimento di pregiudizi anche di natura non patrimoniale.

²⁶¹ V. Trib. Milano 21.8.2002, in Riv. crit. dir. lav., 2002, 916.

²⁶² In tal senso, Trib. Milano 28.12.2002, in Riv. crit. dir. lav., 2002, 371. V. anche Cass., sez. lav., 8.3.2005 n. 4959, in Lav. giur., 2005, 939.

²⁶³ Cass., sez. lav., 18.4.2000 n. 5049, in Nuova giur. civ. comm., 2001, I, 511.

Il problema si complica nell'ipotesi, assai frequente, in cui l'attività del medico si realizza nell'ambito di una struttura ospedaliera o di una casa di cura privata.

Ferma restando la responsabilità contrattuale della struttura sanitaria, pubblica o privata, con cui il paziente stipula direttamente il contratto di ricovero o, in generale, di assistenza sanitaria, si è posto il problema della possibilità di chiamare anche il medico a rispondere dei danni nei confronti del paziente e, in caso affermativo, del titolo in forza del quale questi è responsabile.

Secondo un orientamento giurisprudenziale meno recente l'accettazione del paziente in ospedale, ai fini del ricovero o di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto d'opera professionale soltanto tra il paziente e l'ente ospedaliero, che assume così a proprio carico l'obbligazione di compiere l'attività diagnostica e/o terapeutica; invece, il medico dipendente che non partecipa al rapporto contrattuale e svolge la sua attività quale mero organo dell'ente ospedaliero, risponde a titolo di responsabilità extra-contrattuale, con conseguente prescrizione quinquennale del diritto al risarcimento dei danni ed applicazione per il paziente del più gravoso regime probatorio.

Tale ricostruzione non è condivisibile in quanto equipara il medico curante, dipendente da una struttura sanitaria, al *quisque de populo* che si inserisce nella sfera giuridica altrui, provocando un evento dannoso: infatti, allorchè il medico viene designato, in virtù del consenso prestato dal paziente si instaura un rapporto che fa sorgere in capo al medico i medesimi obblighi che sarebbero derivati dalla conclusione del contratto. Inoltre, la responsabilità extracontrattuale del medico, intesa come obbligo di *neminem laedere*, dovrebbe essere configurabile solo quando il medico è causa di un peggioramento della situazione del paziente e non anche quando non soddisfa l'aspettativa del paziente (invece, anche questo secondo caso veniva ricondotto nell'art. 2043 c.c.).

Secondo un diverso orientamento, che si è fatto strada negli anni ottanta, la responsabilità del medico, dipendente di una struttura ospedaliera, per i danni subiti dal paziente a causa della non diligente esecuzione della prestazione avrebbe natura contrattuale. La tesi poggiava sul principio dell'immedesimazione organica: poiché l'art. 28 Cost. consente di estendere la

responsabilità dal singolo medico alla struttura in cui esso si incardina e che tramite esso agisce, entrambi i soggetti sono direttamente responsabili nei confronti del paziente e le due responsabilità avrebbero radice nella non diligente esecuzione della prestazione sanitaria del medico all'interno della struttura. In virtù di questa radice comune, la responsabilità del medico dipendente sarebbe, al pari di quella dell'ente, di tipo professionale contrattuale, per cui ad essa andrebbero applicate analogicamente le norme che regolano l'esecuzione di un contratto d'opera professionale.

Una evoluzione significativa è stata computa dalla giurisprudenza con la sentenza della Cassazione n. 589 del 1999, che ha per la prima volta applicato la nozione di responsabilità “da contatto sociale”, elaborata da una parte della dottrina.²⁶⁴

I giudici sono partiti dalla considerazione che le obbligazioni possono sorgere da “rapporti contrattuali di fatto” quando “taluni soggetti entrano in contatto, senza che esso riproduca le note ipotesi negoziali e pur tuttavia allo stesso si ricollegano obblighi di comportamento di varia natura, diretti a tutelare gli interessi che sono emersi o sono esposti a pericolo in occasione del contatto stesso”. Indi, si è precisato che “in questi casi non può esservi (solo) responsabilità aquiliana, poiché questa non nasce dalla violazione di obblighi, ma dalla lesione di situazioni giuridiche soggettive altrui; quando ricorre la violazione di obblighi, la responsabilità è necessariamente contrattuale, poiché il soggetto non ha fatto ciò a cui era tenuto in forza di un precedente *vinculum iuris*, secondo lo schema caratteristico della responsabilità contrattuale”²⁶⁵.

Detta situazione ricorre proprio nell'ipotesi di responsabilità del medico dipendente da una struttura sanitaria, per i danni cagionati al paziente. Infatti, “nei confronti del medico, dipendente ospedaliero, si configura sempre una responsabilità contrattuale nascente da una *obbligazione senza prestazione* ai confini tra contratto e torto, in quanto, poiché sul medico gravano gli obblighi di cura impostigli dall'arte che professa, il vincolo con il paziente esiste e la violazione di esso si configura come responsabilità contrattuale, ancorchè non

²⁶⁴ Si veda, in particolare, il contributo offerto da Castronovo: *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997.

²⁶⁵ Secondo i giudici di legittimità, in virtù della figura del contatto sociale qualificato è possibile dissociare la fonte (un fatto diverso dal contratto) dall'obbligazione (contrattuale) consequenziale, sicchè quest'ultima può essere soggetta alle regole proprie delle obbligazioni contrattuali pur se il fatto generatore non è il contratto.

fondata sul contratto, ma sul contatto sociale connotato dall'affidamento che il malato pone nella professionalità di chi esercita una professione protetta”²⁶⁶.

Per lungo tempo il legame contrattuale tra il paziente e la struttura ospedaliera è stato disciplinato sulla base dell'applicazione analogica delle norme in materia di contratto di prestazione d'opera intellettuale vigenti nel rapporto medico-paziente, con il conseguente e riduttivo appiattimento della responsabilità della struttura su quella del medico²⁶⁷.

Da alcuni anni la giurisprudenza, riconsiderandolo in modo autonomo rispetto al rapporto paziente-medico, ha qualificato il rapporto paziente-struttura come un contratto atipico a prestazioni corrispettive – definito contratto “di ospedalità” o “di assistenza sanitaria”²⁶⁸ – al quale si applicano le regole ordinarie sull'inadempimento fissate dagli artt. 1218 ss. c.c....

Si tratta di un contratto sinallagmatico (concluso al momento dell'accettazione del paziente presso l'ente) dal contenuto complesso, che si caratterizza causalmente per il fatto che l'obbligazione principale a carico dell'ente ospedaliero è quella di assicurare al paziente la prestazione chirurgica o medica richiesta, dietro corrispettivo (corrisposto dal paziente o dalla sua assicurazione o dallo Stato)²⁶⁹ e per il fatto, altresì, che tale obbligazione appare normalmente collegata con altri obblighi funzionali alla realizzazione della prestazione principale. Infatti, applicando il criterio della buona fede ex art.

²⁶⁶ La Suprema Corte, riprendendo quanto sostenuto da autorevole dottrina, osserva che l'art. 1173 c.c., stabilendo che le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito o da altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico, consente di inserire tra le fonti principi, soprattutto di rango costituzionale (tra cui, può annoverarsi il diritto alla salute), che trascendono singole proposizioni legislative”.

²⁶⁷ Cfr. fra le tante, Cass. n. 2144/1988, in *Resp. civ. prev.*, 1988, 992; Cass. n. 6707/1987, in *Foro It.*, 1988, I, 1629; Cass. n. 1176/1979, in *Giust. civ.*, 1979, I, 1440).

²⁶⁸ Cfr. Iudica: *Danno alla persona per inefficienza della struttura sanitaria*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, 3; Sanna: *Osservazioni critiche in tema di contratto di ospedalità*, *ivi*, 1998, 1552.

²⁶⁹ Di regola l'obbligazione principale del contratto atipico che intercorre tra il paziente e l'ente ospedaliero consiste nel fornire al paziente l'opera professionale posta in essere dai medici dipendenti dell'ente. Pertanto, la clinica si considera direttamente responsabile dell'inadempimento dei propri medici dipendenti ai sensi dell'art. 1218 c.c. (secondo, invece, un orientamento minoritario la clinica risponde dell'inadempimento del medico in base alla previsione di cui all'art. 28 Cost., nel senso che la prestazione del medico dipendente sarebbe direttamente riferibile alla clinica per effetto del rapporto di immedesimazione organica). Ai sensi dell'art. 1218 c.c., il debitore risponde dei fatti dolosi o colposi commessi dai suoi ausiliari nell'esecuzione della prestazione e sono considerati ausiliari tutti coloro di cui il debitore si avvale nell'adempimento della obbligazione, indipendentemente dalla natura del rapporto che ad esso li leghi. Di conseguenza, non si ritiene necessario, ai fini della responsabilità dell'ente ospedaliero, che il medico sia legato all'ente da un contratto di lavoro subordinato, assumendo egli la veste di ausiliario necessario ai sensi dell'art. 1228 c.c. per il solo fatto che l'ente si avvale della sua opera professionale (cfr. Cass. 14.7.2004 n. 13066, in *Danno e resp.*, 2003, f. 5, 537; Cass. 8.1.1999 n. 683, in *Resp. civ. prev.*, 1999, 683).

1175 c.c. al rapporto che si instaura con il contratto, si può affermare che l'ente ospedaliero (debitore) si assume, oltre all'obbligazione principale, una serie di obblighi strumentali, il cui inadempimento può determinare talora l'inadempimento dell'obbligazione principale talora la violazione di interessi del paziente che devono ritenersi egualmente protetti nel rapporto contrattuale, ancorchè non dedotti espressamente ad oggetto di esso²⁷⁰.

Nel complesso di obblighi che derivano dal contratto di ospedalità è configurabile a carico dell'ente anche quello di fornire al paziente la sicurezza dello standard organizzativo eventualmente imposto a livello legislativo o, comunque, di uno standard organizzativo tollerabile perché corrispondente a quello che – tenuto conto del luogo, del tempo, delle circostanze e delle altre strutture ospedaliere affini – si può considerare normale e tale che il paziente medio di buona fede possa ragionevolmente attendersi e prevedere. Ne consegue che il paziente può chiedere il risarcimento del danno, anche non patrimoniale, per l'inadempimento dell'obbligo di efficiente organizzazione, pure in assenza di colpe ascrivibili al sanitario, qualora il difetto o il vizio di organizzazione ed efficienza, oltre ad essere causa del danno, debba considerarsi intollerabile, avendo superato quel livello oltre il quale deve ritenersi violata la regola di buona fede che disciplina il rapporto contrattuale.²⁷¹

Tale ricostruzione è stata avallata dalle Sezioni Unite con la sentenza dell'11.1.2008 n. 577, in cui si afferma che “si può avere una responsabilità contrattuale della struttura verso il paziente danneggiato non solo per il fatto del personale medico dipendente, ma anche del personale ausiliario, nonché della struttura stessa (insufficienza o inadeguata organizzazione), e si precisa che”ove si ritenga sussistente un contratto di ospedalità tra clinica e paziente, la

²⁷⁰ Trattasi, in particolare, delle obbligazioni *lato sensu* alberghiere (alloggio e ristorazione), e della messa a disposizione del personale medico e paramedico, dei locali, dei medicinali e di tutte le strutture necessarie e, quindi, dell'obbligazione di offrire al paziente una organizzazione efficiente. Pertanto, la responsabilità della casa di cura (o ente ospedaliero) nei confronti del paziente ha natura contrattuale (fondandosi sul contratto atipico di assistenza sanitaria) e può nascere dall'inadempimento delle obbligazioni direttamente a suo carico, ai sensi dell'art. 1218 c.c., nonché, ai sensi dell'art. 1228 c.c., dall'inadempimento della prestazione medico-professionale svolta direttamente dal sanitario, quale suo ausiliario necessario (sussistendo un collegamento tra la prestazione da costui effettuata e l'organizzazione aziendale), non rilevando in contrario la circostanza che il sanitario risulti essere anche “di fiducia” dello stesso paziente o comunque dal scelto medesimo (cfr., da ultimo, Cass. 14.6.2007 n. 13953, in *Danno e resp.*, 2007, f. 10, 1062).

²⁷¹ Cfr., in particolare, Cass. 14.6.2007 n. 13953, in *Danno e resp.*, 2007, f. 10, 1062; Cass.26.1.2006 n. 1698, in *Giust. civ.*, Mass. 2006; Cass. 2.2.2005 n. 2042, in *Danno e resp.*, 2005, 441).

responsabilità della clinica prescinde dalla responsabilità o dall'eventuale mancanza di responsabilità del medico in ordine all'esito infausto di un intervento o al sorgere di un danno che non ha connessione diretta con l'esito dell'intervento chirurgico"²⁷².

Quanto al riparto dell'onere probatorio va osservato che la regola generale desumibile dall'art. 1218 c.c. è stata per molto tempo adattata e rivista dalla giurisprudenza con riferimento alla colpa medica, con il ricorso alla categoria delle c.d. obbligazioni di mezzi²⁷³.

Partendo dalla distinzione tra mezzi e risultato, si affermava che nelle obbligazioni di mezzi, essendo aleatorio l'esito finale della prestazione, spetta al creditore provare che il mancato risultato è dipeso dalla scarsa diligenza del debitore, mentre nelle obbligazioni di risultato spetta al debitore provare, secondo la disciplina generale di cui all'art. 1218 c.c., che il mancato risultato è dipeso da causa a lui non imputabile.

Applicando questa regola al rapporto tra medico (e/o struttura sanitaria) e paziente, la giurisprudenza affermava che il medico si doveva considerare adempiente se, prescindendo dall'esito positivo o meno dell'operazione, avesse mantenuto il comportamento dovuto secondo la regola della diligenza e che, a sua volta, gravasse sul paziente l'onere della prova relativo ad un inesatto adempimento e, cioè, alla inesatta prestazione professionale del medico per difetto di diligenza²⁷⁴.

Questa distribuzione dell'onere della prova, di evidente sfavore per il paziente danneggiato, veniva temperata attraverso l'introduzione di un'ulteriore distinzione, basata sulla natura dell'intervento da eseguire: si tratta della

²⁷² V. Cass., S.U., 11.1.2008 n. 577, in *Resp. e Risarcim.*, 2008, f. 2, 41 ss.

²⁷³ La differenza tra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato si basa sul differente contenuto della prestazione. Nelle prime la prestazione dovuta prescinde da un particolare esito positivo dell'attività del debitore, il quale si considera adempiente qualora, pur non conseguendo il risultato voluto dal creditore, abbia comunque agito con la dovuta diligenza. In tali casi, quindi, è il comportamento del debitore ad essere direttamente oggetto dell'obbligazione, nel senso che la diligenza è tendenzialmente considerata quale criterio determinativo del contenuto del vincolo. Invece, nelle obbligazioni di risultato il debitore si impegna a perseguire un determinato esito positivo previsto dalle parti e la regola della diligenza opera solo come parametro, cioè come criterio di controllo e di valutazione del comportamento del debitore. In altri termini, è il risultato cui mira il creditore, e non il comportamento del debitore, ad essere dedotto in obbligazione.

V. Mengoni: *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi* (Studio critico), in *Riv. dir. civ.*, 1954, I, 185; Di Maio: *Mezzi e risultati: una storia infinita*, in *Corr. Giur.*, 2005, 38; Viglione: *Prestazione d'opera intellettuale e disciplina applicabile tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato*, in *La Nuova giur. civ. comm.*, 2006, f. 7-8, pt. 1, 835.

²⁷⁴ Cfr., fra le tante, Cass. 18.5.1988 n. 3463, in *Corr. Giur.* 1988, 989; Cass. 10.12.1979 n. 6416.

differenza tra interventi di *routine* e interventi di speciale difficoltà. Si riteneva che quando l'intervento era di routine o comunque di facile esecuzione²⁷⁵ la dimostrazione da parte del paziente dell'aggravamento della sua situazione patologica o l'insorgenza di nuove patologie fosse idonea a fondare una presunzione semplice, in base al principio *res ipsa loquitur* (art. 2727 c.c.), in ordine all'inadeguatezza della prestazione. Pertanto, il paziente aveva l'onere di provare il carattere *routinario* dell'intervento ed il peggioramento dello stato di salute e di allegare l'inadempimento, mentre spettava al medico provare che la prestazione professionale fosse stata eseguita in modo diligente e che l'evento dannoso fosse ascrivibile a cause imprevedute e imprevedibili.

Invece, qualora l'intervento fosse di difficile esecuzione, si riteneva che il medico dovesse provare la complessità dell'intervento e che al paziente spettasse di dimostrare l'errore terapeutico e, quindi, la riconducibilità dell'esito infausto alle specifiche modalità esecutive dell'operazione²⁷⁶.

Questo discusso orientamento giurisprudenziale è stato superato nel 2004 quando la Corte di Cassazione, applicando nel settore medico la regola enunciata in via generale dalle Sezioni Unite con la sentenza 30.10.2001 n. 13533, ha statuito che tutte le volte in cui ricorre una responsabilità contrattuale del medico e/o dell'ente ospedaliero, si applica il regime probatorio di cui all'art. 1218 c.c., senza che assuma alcun rilievo la distinzione tra obbligazione di mezzi e di risultato e la differenziazione basata sulla natura dell'intervento.

Secondo i giudici di legittimità²⁷⁷ il paziente che agisce in giudizio deducendo l'inesatto adempimento dell'obbligazione sanitaria non deve provare la colpa né tantomeno la gravità della stessa (ai sensi dell'art. 2236 c.c.), ma deve dimostrare esclusivamente il titolo (cioè, il contratto oppure il "contatto sociale") ed allegare l'inadempimento del professionista (consistente nell'aggravamento della situazione patologica o nell'insorgenza di nuove patologie per effetto dell'intervento), restando a carico del debitore (medico e/o

²⁷⁵ Secondo la giurisprudenza le prestazioni di facile esecuzione sono "interventi che non richiedono una particolare abilità e nei quali il rischio di esito negativo o peggiorativo è minimo, secondo una valutazione basata sull'insieme delle regole tecniche appartenenti al settore medico-specialistico, che per comune consenso e consolidata sperimentazione sono acquisite dalla scienza e applicate nella pratica" (v. Cass. 9.10.2001 n. 12359, in *Giust. civ., Mass.*, 2001, f. 10).

²⁷⁶ Cfr., fra le tante, Cass. 9.10.2001 n. 12359, in *Guida al dir.*, 2001, n. 48,66; Cass. 23.2.2000 n. 2044, in *Giur. it.*, 2000, 2015; Cass. 4.2.1998 n. 1127, in *Giur. it.*, 1998, 1800.

²⁷⁷ V. le sentenze 28.5.2004 n. 10297, 19.5.2004 n. 9471 e 21.6.2004 n. 11488, in *Danno e resp.*, 2005, f. 1, 23 ss.

ente ospedaliero) la prova che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo diligente e che gli esiti peggiorativi siano stati determinati da un evento imprevisto o imprevedibile. Tale regola viene giustificata in relazione al principio della vicinanza della prova, inteso come apprezzamento dell'effettiva possibilità per l'una o per l'altra parte di offrirla: infatti, "l'inadempimento coincide con il difetto di diligenza nell'esecuzione della prestazione, cosicché non vi è dubbio che la prova sia vicina a chi ha eseguito la prestazione, tanto più che, trattandosi di obbligazione professionale, il difetto di diligenza consiste nella inosservanza delle regole tecniche che governano il tipo di attività cui il debitore è tenuto"²⁷⁸. Il nuovo orientamento, ormai seguito in modo costante dalla giurisprudenza, ha ricevuto l'avallo anche delle Sezioni Unite con la citata sentenza 11.1.2008 n. 577, che ha affrontato l'ulteriore questione relativa alla distribuzione dell'onere probatorio. Al riguardo vi erano in giurisprudenza due orientamenti: uno più rigoroso, secondo cui al paziente spettava dimostrare che il danno non si sarebbe causalmente verificato laddove l'intervento fosse stato correttamente eseguito mentre gravava sul medico dimostrare la mancanza di colpa²⁷⁹, l'altro meno rigoroso, secondo cui (una volta provato il nesso eziologico) spettava al medico provare l'insussistenza dell'errore oppure, laddove l'errore ci fosse stato, provare la sua irrilevanza causale²⁸⁰. Aderendo alla seconda impostazione le Sezioni Unite hanno statuito che il paziente danneggiato deve limitarsi a provare il contratto (od il contatto sociale) e l'aggravamento della patologia o l'insorgenza di un'affezione ed allegare l'inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato; mentre spetta al debitore (convenuto) dimostrare o che l'inadempimento non vi è stato o che, pur esistendo, non è stato eziologicamente rilevante.

Un ambito nel quale spesso è stata ammessa la risarcibilità dei danni non patrimoniali per responsabilità contrattuale del medico e/o della struttura sanitaria è rappresentato dagli interventi chirurgici e dai trattamenti terapeutici. Infatti, da tali attività può derivare una lesione dell'integrità psico-fisica (danno

²⁷⁸ Così Cass. 28.5.2004 n. 10297 e Cass. 21.6.2004 n. 11488 cit..

²⁷⁹ Cfr., in tal senso, Cass. 18.5.2005 n. 7997, in *Giust. civ.*, *Mass.* 2005, f. 4; Cass. 11.11.2005 n. 22894, in *Danno e resp.*, 2006, f. 2, 214; Cass. 3.8.2004 n. 14812, *ivi*, 2004, f. 7-8.

²⁸⁰ Cfr., ad es., Cass. 29.7.2004 n. 14488, in *Giust. civ.*, *Mass.*, 2004, f. 7-8.

biologico) ovvero la compromissione di condotte realizzatrici della persona (danno esistenziale).

Trattandosi di obbligazioni inerenti all'esercizio di attività professionali, il grado di diligenza necessario per la valutazione dell'esatto adempimento del medico va considerato in relazione agli articoli 1176, co. 2 e 2236 c.c.. Quindi, è la diligenza qualificata di cui alla prima disposizione che costituisce il modello di condotta rispetto al quale parametrare il comportamento del sanitario e che si specifica nei profili della cura, della cautela e soprattutto della perizia, intesa come impiego delle abilità e delle appropriate nozioni tecniche peculiari dell'attività esercitata. L'art. 1176 co. 2 c.c. va, poi, letto congiuntamente con l'art. 2236 c.c., nel senso che entrambi esprimono "l'unitario concetto secondo cui la diligenza deve essere valutata con riguardo alla difficoltà della prestazione resa e la colpa è inosservanza della diligenza richiesta"²⁸¹. Va, poi, aggiunto che la limitazione di responsabilità ai soli casi di colpa grave di cui all'art. 2236 c.c. è ormai pacificamente riferita soltanto all'ipotesi dell'imperizia (e non a quelle dell'imprudenza e della negligenza).

Altra ipotesi frequente di responsabilità è quella per omesse o inesatte informazioni del medico. Un orientamento, ormai superato dalla giurisprudenza, riteneva che l'obbligo di informazione era da collegare al comportamento secondo buona fede cui le parti sono tenute nello svolgimento delle trattative e della formazione del contratto ex art. 1337 c.c.²⁸².

Avverso detta impostazione si è osservato che l'attività medico-professionale si scinde in due fasi: quella preliminare diagnostica, basata sul rilevamento dei dati sintomatologici, e l'altra, conseguente, terapeutica o chirurgica determinata dalla prima. Poiché solo dopo l'esaurimento della fase diagnostica sorge l'obbligo per il medico di informare il paziente sulla natura, i vantaggi e gli eventuali rischi dell'intervento terapeutico o chirurgico risultato necessario, il dovere di informazione, che è diretto ad acquisire un consenso consapevole alla prosecuzione dell'attività professionale, ha natura contrattuale (infatti, sorge quando il contratto è già concluso).

²⁸¹ Cfr., in tal senso, Cass. 28.5.2004 n. 10297, cit..

²⁸² Nel senso della natura precontrattuale della responsabilità per omessa informazione, v. Cass. 15.1.1997 n. 364, in Giust. civ., Mass., 1997, f. 1.

Oggi la giurisprudenza prevalente attribuisce natura contrattuale anche alla responsabilità per omessa o incompleta informazione²⁸³, ritenendo che l'obbligo di adeguata informazione trova la sua fonte nella fattispecie del "contratto di assistenza sanitaria", che caratterizza il rapporto tra paziente ed ente ospedaliero, e/o nel c.d. "contatto sociale" tra il paziente e il medico, che consente di qualificare come contrattuale anche il legame giuridico tra essi instauratosi con l'accettazione del paziente nella struttura in cui il medico è inserito.

Come osservato in una recente pronuncia della Suprema Corte²⁸⁴, "la condotta di corretta informazione sul trattamento sanitario, specie quando è ad alto rischio, non appartiene ad un momento prodromico esterno al contratto, ma è condotta interna al c.d. contatto medico ed è elemento strutturale interno al rapporto giuridico che determina il consenso al trattamento sanitario". Invero, l'attività professionale medica si configura come una prestazione complessa che comprende una fase diagnostica ed una terapeutica, tra le quali si colloca l'obbligo di informazione volto ad ottenere la partecipata adesione del paziente alla terapia ed ai trattamenti propostigli.

Affinchè possa considerarsi correttamente assolto l'obbligo informativo, è necessario che esso riguardi la natura dell'intervento, la sua portata ed estensione, i rischi ed i risultati conseguibili, nonché le possibili conseguenze negative e la possibilità di ottenere il medesimo risultato attraverso altri interventi²⁸⁵.

I giudici hanno precisato che la semplice sottoscrizione del modulo informativo prima dell'intervento non sia in alcun modo idonea a ritenere adempiuto da parte del medico l'obbligo *de quo* qualora quel modulo sia redatto in forma sintetica e indichi solo genericamente che il paziente sarà sottoposto ad un'operazione chirurgica. Quando gli interventi sono di chirurgia estetica, non finalizzati al recupero della salute in senso stretto, l'informazione deve essere più dettagliata in modo da consentire una concreta equiparazione tra rischi e

²⁸³ Cfr., fra le altre, Cass. 23.5.2001 n. 7027, in *Danno e resp.*, 2001, 1165; Cass. 10.9.1999 n. 9617, in *Resp. civ. e Prev.*, 2000, 315; Cass. 1.12.1998 n. 12195, in *Giust. civ.*, 1999, I, 672.

²⁸⁴ V. Cass. 19.10.2006 n. 22390, in *Danno e resp.*, 2007, f. 1, 103.

²⁸⁵ Sull'ampiezza del contenuto del consenso, vedi, fra le tante, Cass. 30.7.2004 n. 14638, in *Giust. civ., Mass.* 2004, f. 7-8; Cass. 21.7.2003 n. 11386, in *Mass.* 2003, 11386; Cass. 16.5.2000 n. 6318, in *Resp. civ. e Prev.*, 2000, 940.

benefici ²⁸⁶. Inoltre, il consenso informato del paziente non deve concernere solo i rischi oggettivi e tecnici, in relazione alla situazione soggettiva ed allo stato dell'arte della disciplina, ma deve riguardare anche la concreta eventuale carente situazione ospedaliera in rapporto alle dotazioni e alle attrezzature nonché al loro regolare funzionamento²⁸⁷, sicchè il paziente possa non soltanto decidere se sottoporsi o meno all'intervento, ma anche se farlo in quella struttura o chiedere di trasferirsi in altra. Pertanto, ove le tecniche di esecuzione dell'intervento chirurgico siano molteplici e comportino rischi diversi, il medico, cui pure spettano le scelte operative, ha il dovere di informare il paziente dei rischi e dei vantaggi specifici ²⁸⁸.

La giurisprudenza ritiene che il principio del consenso informato costituisce una "evidente specificazione" dell'art. 2 Cost. e trova inoltre fondamento nell'art. 13 Cost., il quale "garantisce l'inviolabilità della libertà personale con riferimento anche alla libertà di salvaguardia della propria salute e della propria integrità fisica", nonché nell'art. 32, ult. co., Cost., secondo cui "nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge"²⁸⁹.

Si è così affermato che "la corretta ed adeguata informazione preventiva al paziente è necessaria per salvaguardare il diritto di quest'ultimo all'autodeterminazione, diritto che invece viene leso dall'inadempimento dell'obbligazione informativa, con la conseguenza che in questi casi si è di fronte ad un danno non patrimoniale, e precisamente ad un danno esistenziale,

²⁸⁶ V. sul punto Cass. 8.8.1985 n. 4394, secondo cui l'obbligo di informazione gravante sul chirurgo che pratica interventi di chirurgia estetica si estende alla "conseguibilità di un miglioramento effettivo dell'aspetto fisico, che si ripercuota favorevolmente sulla vita professionale e sulla vita di relazione".

²⁸⁷ V. Cass. 16.5.2000 n. 6318, cit; Cass. 21.7.2003 n. 11316, in Foro It., 2003, I, 2970, secondo cui, anche se al medico di fiducia scelto dal paziente non possono essere addebitate le carenze della struttura sanitaria in cui si trova ad operare, tuttavia egli ha l'obbligo di informarlo della eventuale, anche solo contingente, inadeguatezza della struttura stessa, tanto più se la scelta di essa sia stata effettuata proprio in ragione dell'inserimento di quel medico in quella struttura.

²⁸⁸ Così Cass. 30.7.2004 n. 14638, cit.; e Cass. 21.7.2003, cit., ove si precisa che nel caso di interventi chirurgici particolarmente complessi che si svolgono in equipe e presentano nelle varie fasi rischi specifici e distinti, "l'obbligo di informazione si estende anche alle singole fasi ed ai rispettivi rischi" se tali fasi "assumano una propria autonomia gestionale e diano luogo, esse stesse, a scelte operative diversificate".

²⁸⁹ Cfr. Cass. 14.3.2006 n. 5444, in *Giust. civ.*, 2006, f. 4-5, 802; Cass. 6.10.1997 n. 9705, in *Resp. civ. prev.*, 1998, 667; Cass. 12.6.1982 n. 3604, in *Giust. civ.*, 1983, I, 938.

inteso come riparazione correlata alla privazione del diritto alla scelta consapevole da parte del paziente”²⁹⁰.

Sul punto va osservato che la giurisprudenza tende a riconoscere il risarcimento del danno per il solo fatto dell’inadempimento dell’obbligo di esatta informazione che il sanitario era tenuto ad adempiere, prescindendo dalla correttezza o meno del trattamento o dalla negligenza-imperizia del medico in ordine all’intervento chirurgico. Invero, superando una tradizionale impostazione, secondo cui, qualora mancava il nesso causale tra l’intervento ed il danno subito dal paziente, non poteva esservi alcuno spazio per accertare se occorresse o meno il consenso informato, la Cassazione ha statuito che “l’inadempimento dell’obbligo di informazione dà luogo al diritto al risarcimento del danno conseguente a tale specifica causa e va tenuto distinto dal risarcimento dei danni legati al tipo di intervento praticato”²⁹¹.

Assai frequenti sono le domande risarcitorie per omesse o errate diagnosi di una malattia che, invece, sarebbe stato possibile diagnosticare secondo le ordinarie conoscenze scientifiche. In questi casi i giudici hanno affermato che la diagnosi errata integra di per sé un inadempimento della prestazione sanitaria e, come tale, dà diritto al risarcimento del danno, che viene riconosciuto non solo a titolo di danno patrimoniale, identificato in particolare nella c.d. perdita di chance²⁹², ma anche a titolo di danno non patrimoniale, cioè danno biologico e/o esistenziale.

Particolarmente complessa è la fattispecie di omessa diagnosi di malformazioni del feto, oggetto di alcune recenti pronunce della Cassazione. Preliminarmente occorre distinguere le tre posizioni soggettive che sono suscettibili di essere pregiudicate dall’inadempimento del medico.

La prima posizione giuridica che è stata oggetto di tutela giurisprudenziale è quella della gestante e ciò è dovuto al fatto che il contratto di prestazione medica intercorre tra il ginecologo e la gestante e che solo

²⁹⁰ Così, ad es., Trib. Venezia 4.10.2004, in *Resp. civ. prev.*, 2005, 2, 525; Trib. Genova 10.1.2006, in *Danno e resp.*, 2006, 537.

²⁹¹ In questo senso v. Cass. 14.3.2006 n. 5444, cit.; Cass. 29.7.2004 n. 14888, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, f. 7-8.

²⁹² Il c.d. danno da perdita di chance è stato considerato come “un’autonoma voce di danno emergente che va commisurato alla perdita della possibilità di conseguire un risultato positivo, e non alla mera perdita del risultato stesso, e la relativa domanda è diversa rispetto a quella di risarcimento del danno da mancato raggiungimento del risultato sperato”: così Cass. 2.2.2005 n. 2042, in *Danno e resp.*, 2005, f. 4, 441; Cass. 4.3.2004 n. 4400, *ivi*, 2004, f. 10, 1016.

quest'ultima ha il diritto, al ricorrere dei presupposti di legge, di scegliere per l'interruzione della gravidanza.

Al riguardo la giurisprudenza ha dovuto affrontare la dibattuta questione di quale sia il bene giuridico che la legge n. 194/1978 intende tutelare, con riferimento alla posizione della gestante. Ritenendo che la *ratio* della normativa fosse esclusivamente di proteggere la salute della donna, in un primo tempo la Cassazione ha qualificato il comportamento del ginecologo come fatto illecito, riconducendolo nella sfera della responsabilità aquiliana²⁹³.

Detta impostazione non appare condivisibile sotto vari profili. Infatti, dal punto di vista della ricostruzione giuridica, la condotta omissiva del ginecologo non è inquadrabile nell'ambito dell'art. 2043 c.c., in quanto, dovendosi qualificare in termini contrattuali la responsabilità sia del medico sia dell'ente ospedaliero, anche nei casi di omessa diagnosi prenatale ci si trova di fronte all'inadempimento di una obbligazione di natura contrattuale, che espone il ginecologo al risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 1218 c.c.. Inoltre, nella legge n. 194/1978 è ravvisabile anche la tutela di un diritto all'autodeterminazione in campo di scelte procreative da parte della donna, diritto che può essere pregiudicato dal medico che, attraverso un'errata diagnosi prenatale, priva *ab origine* la gestante di ogni facoltà di scelta.

La giurisprudenza più recente, abbandonando la vecchia impostazione, qualifica in termini contrattuali la responsabilità del ginecologo nei confronti della gestante e riconduce nell'ambito dei danni non patrimoniali il danno da nascita indesiderata, connesso alla lesione di un diritto della personalità che non è solo il diritto alla salute ma anche quello all'autodeterminazione. Il medico che non abbia adempiuto al dovere di informazione sulle malformazioni del feto incorre in una responsabilità contrattuale e deve risarcire non solo il danno alla salute in senso stretto, ma anche il danno biologico in tutte le sue forme²⁹⁴.

In alcune pronunce più recenti la giurisprudenza afferma la risarcibilità anche del danno c.d. esistenziale, che viene ravvisato nella lesione del diritto primario di libertà della gestante ad autodeterminarsi rispetto alla propria vita nonché nella compromissione del diritto ad una procreazione responsabile o

²⁹³ Cfr. Cass. 8.7.1994 n. 6464, in *Giur. it.*, 1995, I, 790.

²⁹⁴ Cfr. Cass. 1.12.1998 n. 12195, in *Foro it.*, 1999, I, 77.

nelle conseguenze psicologiche derivate dall'impossibilità di prepararsi all'evento nefasto²⁹⁵.

In tema di nesso eziologico la giurisprudenza ha ritenuto che il risarcimento del danno per il mancato esercizio da parte della gestante del diritto all'interruzione della gravidanza a causa dell'inadempimento del sanitario può essere riconosciuto alla donna non per il solo fatto dell'inadempimento dell'obbligo di esatta informazione da parte del ginecologo, ma solo se siano provate la sussistenza dei presupposti della fattispecie legale per l'esercizio del diritto stesso e la volontà di esercitarlo da parte della gestante, se fosse stata informata correttamente della diagnosi. Sul punto la Corte di Cassazione ha precisato che "il solo inadempimento del dovere di esatta informazione da parte del sanitario potrà dar luogo al diritto al risarcimento del danno eventuale conseguente a detta causa, ma non del danno conseguente alla lesione del diritto all'interruzione della gravidanza. Ciò per l'ovvia considerazione che in caso di insussistenza degli elementi integrativi della fattispecie legale, la mancata interruzione della gravidanza è da ascrivere eziologicamente alla mancata integrazione della fattispecie legale o alla mancanza di una volontà in tal senso della gestante e non all'omessa o errata informazione da parte del medico"²⁹⁶.

Rimane il problema di stabilire come possa dirsi provato che la gestante, se adeguatamente informata, avrebbe deciso di esercitare il diritto all'interruzione della gravidanza. Secondo l'orientamento tradizionale si doveva compiere un giudizio *ex ante* (cioè al momento della omessa informazione), in via prognostica ed ipotetica, al fine di accertare se la notizia delle reali condizioni del feto avrebbe effettivamente ingenerato nella donna un processo patologico, di natura psichica, suscettibile di grave evoluzione, procedendosi così ad una valutazione postuma fondata su presupposti scientifici, ma espressa pur sempre in termini meramente ipotetici e probabilistici. Più di recente si è affermato un diverso orientamento in forza del quale, proprio perché la gestante è stata privata della possibilità di scelta tra interruzione e prosecuzione della gravidanza, in presenza di gravi malformazioni fetali è possibile assumere come normale e conforme al piano della regolarità casuale la decisione della donna (se tempestivamente informata) di interrompere la gravidanza; decisione che

²⁹⁵ In questi termini, v. Cass. 20.10.2005 n. 20320, in *Danno e resp.*, 2006, 513.

²⁹⁶ Cfr. Cass. 29.7.2004 n. 14488, in *Giust. civ.*, 2005, I, 121.

potrebbe semmai divenire oggetto di indagine qualora siano allegati dal convenuto elementi idonei a ritenere il contrario (ad es., dati statistici o di comune esperienza correlati alle patologie fetali, od anche a fattori ambientali, culturali e personali)²⁹⁷.

Al danno da nascita indesiderata si affianca, specularmente, il problema della vita non voluta dal figlio, che nasce affetto da una malattia e che intende far valere la responsabilità del medico e/o dell'ente ospedaliero. La questione è delicata e riguarda la configurabilità, in capo al soggetto nato con malformazioni, di un diritto al risarcimento dei danni subiti per "vita non sana" azionabile nei confronti del medico che ha omesso di rilevare le malformazioni e di informare la gestante della presenza delle stesse, impedendo alla donna di compiere la scelta di interrompere la gravidanza.

Un primo caso è quello in cui la malformazione del bambino non trova causa in un errore terapeutico commesso dal sanitario, essendo a questi addebitabile soltanto l'inadempimento dell'obbligo di informazione nei confronti della gestante, la quale non ha così potuto autodeterminarsi all'interruzione della gravidanza. Riconoscere in siffatta ipotesi il risarcimento del danno in favore del figlio significherebbe ammettere la configurabilità nel nostro ordinamento di un vero e proprio diritto a non nascere²⁹⁸, come situazione giuridica sostanziale riconoscibile e tutelabile in capo al nascituro; ciò coinvolge anche il tema della individuazione del momento in cui possa ritenersi esistente un soggetto portatore di interessi e diritti tutelati dall'ordinamento. Considerato che il nostro sistema giuridico, come delineato dalla Costituzione e dal codice civile, è incentrato sulla tutela primaria della vita e sulla valorizzazione della nascita come momento che attribuisce alla persona la capacità di essere soggetto giuridico autonomo, è da escludere che l'esistenza possa di per sé costituire fonte di danno risarcibile²⁹⁹. In questo senso si è espressa in modo costante la giurisprudenza, che ha sempre negato la tutela

²⁹⁷ In questi termini, Cass. 10.5.2002 n. 6735, in *Foro it.*, 2002, I, 3115; Cass. 21.6.2004 n. 11488 *cit.*.

²⁹⁸ L'argomento è stato affrontato da Moscarini: *Riflessioni sulla risarcibilità del danno per violazione del diritto a non nascere*, in *Famiglia*, 2005, 193 ss.; Guglielmucci: *Riflessioni in tema di danni da procreazione*, in *Danno e resp.*, 2007, f. 10, 957 e ss; Simone: *Danno alla persona per nascita indesiderata*, in *Danno e resp.* 2002, 493; Cacace: *Ancora a proposito di nascite indesiderate*, in *Danno e resp.*, 2003, 1233.

²⁹⁹ Il problema comunque è aperto, sia a livello di disamina comparatistica che a livello di teoria generale.

L'unico Paese in cui la questione del danno da procreazione è stata risolta, in senso negativo, è la Francia.

risarcitoria nei confronti del bambino con riferimento al danno dato dalla nascita in sé intesa, e cioè il c.d. danno da wrongful birth³⁰⁰.

Detto orientamento poggia sul rilievo che l'ordinamento positivo tutela il concepito e l'evoluzione della gravidanza esclusivamente verso la nascita e non anche verso la "non nascita", essendo pertanto al più configurabile un "diritto a nascere" e a "nascere sani"³⁰¹, suscettibile di essere inteso soltanto nella sua positiva accezione, cioè sotto il profilo privatistico della responsabilità contrattuale o extra-contrattuale o da contatto sociale, nel senso che nessuno può procurare al nascituro lesioni o malattie con comportamento omissivo o commissivo, doloso o colposo.

Inoltre, va aggiunto che il diritto a non nascere sarebbe un diritto adespota, in quanto ai sensi dell'art. 1 c.c. la capacità giuridica si acquista al momento della nascita ed i diritti che la legge riconosce a favore del concepito (artt. 462, 687, 715 c.c.) sono subordinati alla nascita e, quindi, esistenti solo dopo di essa.

Diverso, invece, è il caso in cui il medico, oltre ad avere omesso di diagnosticare le malformazioni, si sia reso responsabile delle stesse, nel senso che tali malformazioni sono a lui addebitabili sotto il profilo omissivo o commissivo; ciò può accadere o per lesioni inferte al feto durante la sua vita prenatale a causa di negligenze mediche al momento dell'assistenza al parto oppure per l'errato o il mancato ricorso a terapie geniche in utero che, se la patologia fosse stata correttamente diagnosticata e comunicata alla gestante, avrebbero potuto evitare il peggioramento delle condizioni di salute del nascituro. In tali fattispecie le pretese risarcitorie trovano il loro fondamento non in un discutibile "diritto a non nascere" bensì in un vero e proprio inadempimento da parte del medico, che è assoggettato alle ordinarie regole della responsabilità contrattuale. La giurisprudenza ritiene che la responsabilità non sia preclusa dall'assenza formale di un vincolo contrattuale tra il medico e il

³⁰⁰ La questione è affrontata in modo compiuto da Cass. 29.7.2004 n. 14488, che esclude la configurabilità nel nostro ordinamento dell'aborto eugenetico, essendo ammissibile solo un aborto terapeutico: "sostenere che il concepito abbia un diritto a non nascere, sia pure in determinate situazioni di malformazione, significa affermare l'esistenza di un principio di eugenesi o eutanasia prenatale, che è in contrasto con i principi di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., nonché con i principi di indisponibilità del proprio corpo di cui all'art. 5 c.c.". In senso conforme, v. anche Cass. 14.7.2006 n. 16123, in *Danno e resp.*, 2006, f. 10, 1016.

³⁰¹ In particolare viene richiamato a tal proposito l'art. 32 Cost., nel senso che la tutela della salute come diritto fondamentale dell'individuo non è limitata solo alle attività che si esplicano dopo la nascita o a questa condizionata, ma deve ritenersi estesa anche al dovere di assicurare le condizioni favorevoli nel periodo che la precede al fine di garantire l'integrità del nascituro.

nascituro, in quanto il contratto di prestazione professionale stipulato tra la gestante ed il sanitario obbliga quest'ultimo non solo a prestare alla stessa le cure e le attività necessarie al fine di consentirle una corretta gestazione, ma altresì ad effettuare, con la dovuta diligenza, tutte quelle altre prestazioni necessarie al feto, sì da garantirne la nascita, evitandogli, nei limiti consentiti dalla scienza, qualsiasi possibile danno.

A queste conclusioni si perviene ricorrendo alla teoria dei c.d. effetti protettivi nei confronti di terzi³⁰², in forza della quale si sostiene che gli obblighi scaturenti dal contratto d'opera non sono limitati alla prestazione dedotta in contratto, ma comprendono anche obblighi di protezione a favore del nascituro, in quanto, seppure soggetto terzo rispetto al contratto, la sua situazione soggettiva è strettamente connessa a quella del contraente principale.

Fondamentale, al riguardo, è la pronuncia n. 11503 del 1993³⁰³, con cui la Suprema Corte ha statuito che, in presenza di lesioni gravi del nascituro, addebitabili al comportamento dei sanitari, anche il soggetto che con la nascita acquista la capacità giuridica ha la possibilità di agire per far valere la responsabilità contrattuale per l'inadempimento delle obbligazioni accessorie, cui il sanitario è tenuto in forza del contratto stipulato con il genitore a garanzia di un suo specifico interesse.

I danni patiti dal bambino nato con malformazioni imputabili al sanitario sono stati risarciti a titolo sia di danno biologico (violazione del diritto alla salute) sia di danno esistenziale (qui inteso come definitiva compromissione delle possibilità di realizzazione piena della propria personalità), ritenendoli conseguenze immediate e dirette della responsabilità contrattuale del medico³⁰⁴.

³⁰² La figura del contratto con effetti protettivi verso i terzi nasce nell'ambito della dottrina tedesca come strumento per superare il problema della tipicità degli illeciti extra-contrattuali ed è stata accolta anche nel nostro ordinamento per tutelare quei soggetti che necessariamente o istituzionalmente sono coinvolti nel contratto. Infatti, talora il contratto ha ad oggetto una pluralità di prestazioni; accanto al diritto alla prestazione principale è garantito ed esigibile un ulteriore diritto, di tipo accessorio e derivante dai doveri di protezione, a che non siano arrecati danni a terzi. Questi ultimi, allora, in quanto protetti dal contratto, possono agire proprio sulla base di esso, facendo valere una responsabilità di tipo contrattuale qualora vedessero pregiudicata la posizione che quel contratto mira a tutelare.

³⁰³ Cass. 22.11.1993 n. 11503, in *Giur. it.*, I, 1, 550.

³⁰⁴ Si vedano: Cass. 7.6.2000 n. 7713, in *Foro it.*, 2001, I, 187, con nota di D'Adda: *Il cosiddetto danno esistenziale e la prova del pregiudizio*; Cass. 9.5.2000 n. 5881, in *Danno e resp.*, 2001, 169, con nota di D'Angelo: *Limitata prospettiva di vita e quantificazione del danno*; Cass. 19.5.1999 n. 4852, in *Foro it.*, 1999, I, 2874.

Infine, rimane il problema della tutela giuridica della posizione soggettiva del padre per i danni causati dall'omessa diagnosi di malformazioni del feto.

Inizialmente, la giurisprudenza, pur rilevando che l'erronea lettura delle risultanze ecografiche poteva produrre conseguenze pregiudizievoli anche nei confronti del padre, affermava che nei suoi confronti erano ipotizzabili, al massimo, dei c.d. danni riflessi. In particolare, la Cassazione riteneva che, quando per il mancato legittimo esercizio del diritto di interrompere la gravidanza – causato dall'omissione diagnostica del medico – la donna veniva a subire un danno grave alla salute, era altresì ipotizzabile in capo al marito un danno, pure biologico, ma solo sotto il profilo di danno riflesso, con la conseguenza che esso era configurabile se ed in quanto sussisteva il danno della gestante e nei limiti in cui si riusciva a dimostrare il nesso eziologico tra danno della vittima iniziale (la donna) e danno del congiunto³⁰⁵.

Successivamente la Cassazione, cambiando orientamento, ha riconosciuto anche in capo al padre un danno immediato e diretto. La nuova impostazione parte dall'assunto secondo cui, in tema di responsabilità del medico per omessa diagnosi di malformazioni del feto e conseguente nascita indesiderata, il risarcimento dei danni, che costituiscono conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento del ginecologo all'obbligazione di natura contrattuale gravante su di lui, spetta non solo alla madre, ma anche al padre, "atteso il complesso di diritti e di doveri che, secondo l'ordinamento, si incentrano sul fatto della procreazione³⁰⁶, non rilevando, in contrario, che sia consentito solo alla madre (e non al padre) la scelta in ordine all'interruzione della gravidanza. Infatti, agli effetti negativi del comportamento del medico non può considerarsi estraneo il padre, che deve ritenersi tra i soggetti protetti dal contratto con il medico e, quindi, tra coloro rispetto ai quali la prestazione mancata o inesatta può qualificarsi come inadempimento, con tutte le relative conseguenze sul piano risarcitorio"³⁰⁷.

³⁰⁵ In questi termini si era espressa Cass. 1.12.1998 n. 12195, in *Guida al Diritto* n. 8/1999, 66 ss.

³⁰⁶ Il riferimento è al complesso di diritti e doveri che si desumono sia dalla legge n. 194/1978, sia dalla Costituzione (artt. 29 e 30) e dal codice civile (artt. 143, 147, 261, 279) quanto ai rapporti tra coniugi e agli obblighi dei genitori verso i figli.

³⁰⁷ Così Cass. 10.5.2002 n. 6735, in *Resp. civ. prev.*, 2003, 117 e ss., con nota di Gorgoni: *Il contratto tra la gestante e il ginecologo ha effetti protettivi anche nei confronti del padre.*

Al riguardo acquista un particolare significato la pronuncia della Cassazione n. 20320 del 2005³⁰⁸ che, dopo avere ribadito che anche nei confronti del padre “la prestazione inesatta o mancata (del medico) si qualifica come inadempimento e giustifica il risarcimento di tutti i danni che ne sono derivati”, riconosce al predetto il diritto al risarcimento del danno biologico (da liquidarsi in via equitativa), facendolo rientrare tra i “danni provocati da inadempimento del sanitario, che costituiscono conseguenza immediata e diretta anche nei suoi confronti e, come tale, risarcibile a norma dell’art. 1223 c.c.”.

Infatti, il fondamento normativo del danno non patrimoniale da inadempimento viene ricondotto non nell’ambito dell’art. 2059 c.c., bensì nell’ambito delle norme in tema di responsabilità contrattuale, in quanto si afferma che “esplicitamente prevista dall’art. 1223 c.c. con riferimento al danno patrimoniale, la norma regola anche il danno non patrimoniale”³⁰⁹.

3. Il danno in particolari ipotesi di inadempimenti contrattuali

3.1 Responsabilità degli insegnanti per i danni dell’alunno cagionati a se stesso

Una significativa ipotesi di danno non patrimoniale “contrattuale” da “contatto sociale” è stata affermata nel settore della responsabilità degli insegnanti per i danni dell’alunno cagionati a sé stesso. Al riguardo vi è stato un contrasto giurisprudenziale in ordine all’applicabilità o meno dell’art. 2048, co. 2, c.c. alle ipotesi in cui l’alunno si fosse procurato delle lesioni all’integrità fisica. A fronte di un orientamento favorevole³¹⁰, vi era un’opinione contraria, secondo cui già sul piano dell’interpretazione testuale si ricava che l’art. 2048 c.c. prende in considerazione solo il caso di danni cagionati dall’alunno a terzi,

³⁰⁸ Cass. 20.10.2005 n. 20320, in *Foro it.*, 2006, 2097.

³⁰⁹ Va sottolineato che proprio il caso del contratto del medico con effetti protettivi nei confronti di terzi sia stato preso espressamente in considerazione dalle citate quattro sentenze gemelle delle SS.UU. del 2008, ove si afferma che, nei contratti di protezione che si concludono nel settore sanitario, “gli interessi da realizzare attengono alla sfera della salute in senso ampio, di guisa che l’inadempimento del debitore è suscettivo di ledere diritti inviolabili della persona cagionando pregiudizi non patrimoniali” e che va riconosciuta tutela anche “a soggetti terzi, ai quali si estendono gli effetti protettivi del contratto, e, quindi, oltre alla gestante, al nascituro, subordinatamente alla nascita, ed al padre, nel caso di omessa diagnosi di malformazione del feto conseguente a nascita indesiderata”.

³¹⁰ V. Cass. S.U. n. 260/1972, Cass. n. 8390/1995, Cass. S.U. n. 7454/1997, Cass. n. 6331/1998.

con la conseguenza che il danno da autolesione potrebbe trovare ristoro solo nell'art. 2043 c.c., secondo i principi generali dell'illecito civile³¹¹.

Al fine di dirimere il contrasto nell'anno 2002 si sono pronunciate le Sezioni Unite³¹², che, dopo avere escluso l'applicabilità dell'art. 2048, co. 2, c.c., hanno ricondotto la responsabilità dell'insegnante, per il danno da autolesione subito dall'allievo, nell'alveo della responsabilità contrattuale, facendo ricorso alla teoria del contatto sociale, con conseguente applicazione del regime probatorio desumibile dall'art. 1218 c.c..

La pronuncia prende dapprima in considerazione la posizione dell'istituto scolastico, precisando che l'accoglimento della domanda di iscrizione e la conseguente ammissione dell'allievo determina l'instaurazione di un vincolo negoziale in virtù del quale, all'interno delle obbligazioni assunte dall'istituto, deve ritenersi inclusa quella di vigilare anche sulla sicurezza ed incolumità dell'allievo nel tempo in cui fruisce della prestazione scolastica in tutte le sue espressioni, anche al fine di evitare che l'allievo procuri danno a sé stesso³¹³. Soffermandosi sulla responsabilità del precettore dipendente dall'istituto scolastico, le Sezioni Unite hanno affermato che “osta alla configurabilità di una responsabilità extra-contrattuale ex art. 2048, co. 2, c.c., il fatto che tra precettore ed allievo si instaura, per contatto sociale, un rapporto giuridico, nell'ambito del quale il precettore assume, nel quadro del complessivo obbligo di istruire ed educare, anche uno specifico obbligo di protezione e di vigilanza, onde evitare che l'allievo si procuri da solo un danno alla persona”.

Nel caso in esame si è di fronte ad interessi non patrimoniali che si obiettivizzano nell'ambito del rapporto obbligatorio assunto dalle parti e la loro lesione cagiona dei danni prevedibili per il debitore e, dunque, meritevoli di risarcimento a favore del creditore. Non vi è dubbio che tra gli interessi da realizzare da parte dell'insegnante e dell'istituto scolastico vi sia quello

³¹¹ In questo senso v. Cass. n. 2110/1974, Cass. n. 5268/1995.

³¹² Cass. S.U. 27.6.2002 n. 9346, in *Foro It.*, 2002, I, 2635.

³¹³ Parte della dottrina ha sollevato dubbi circa la natura contrattuale delle iscrizioni e delle ammissioni in un istituto scolastico pubblico, in quanto tali fatti andrebbero qualificati come meri atti amministrativi non negoziali, interamente vincolati nella emanazione, nel contenuto e negli effetti.

all'integrità fisica dell'allievo, con conseguente risarcibilità del danno non patrimoniale da autolesione³¹⁴.

La ricostruzione della responsabilità degli insegnanti in termini di "contatto sociale" è stata ribadita dalla Cassazione nel 2007 con la sentenza n. 8067³¹⁵, in cui si afferma che "nelle controversie instaurate per il risarcimento del danno da autolesioni nei confronti dell'istituto scolastico e dell'insegnante, è applicabile il regime probatorio desumibile dall'art. 1218 c.c., sicchè, mentre l'attore deve provare che il danno si è verificato nel corso dello svolgimento del rapporto, sull'altra parte incombe l'onere di dimostrare che l'evento dannoso è stato determinato da causa non imputabile né alla scuola né all'insegnante".

3.2 Il danno esistenziale per l'inadempimento di alcuni contratti di servizio

Uno dei primi casi in cui la giurisprudenza ha riconosciuto il risarcimento del danno non patrimoniale da inadempimento è quello della *mancata riuscita della video-ripresa di cerimonia nuziale*³¹⁶. Si tratta di risoluzione per inadempimento avente ad oggetto un contratto d'opera stipulato fra una coppia di nubendi ed un fotografo, al quale era stato dato l'incarico di registrare su un supporto audio-visivo la cerimonia nuziale. I coniugi, dimostrato che l'esecuzione dell'incarico era tanto scadente da rendere inutilizzabile l'opera realizzata, chiedevano al giudice la risoluzione del contratto ed il risarcimento dei danni subiti.

Il Pretore di Eboli affermava che "alla stregua della prestazione rimasta ineseguita e non diversamente reintegrabile, non può dubitarsi che gli attori abbiano risentito, in un rapporto eziologico sempre direttamente riconducibile all'inadempimento del convenuto, anche di un danno ricollegato alla sfera psico-affettiva-emotiva (in dipendenza dell'utilizzazione che avrebbero fatto della cassetta anche in proiezione futura ed anche per il soddisfacimento di un

³¹⁴ A questa fattispecie contrattuale hanno fatto espressamente riferimento le quattro "sentenze gemelle" delle S.U. del 2008. In particolare, si è affermato che "costituisce contratto di protezione anche quello che intercorre tra l'allievo e l'istituto scolastico. In esso, che trova la sua fonte nel contatto sociale, tra gli interessi non patrimoniali da realizzare rientra quello all'integrità fisica dell'allievo, con conseguente risarcibilità del danno non patrimoniale da autolesione": v. Cass., S.U., 11.11.2008 n. 26972, cit..

³¹⁵ Cass. 31.3.2007 n. 8067, in *Danno e resp.*, 2007, f. 7, 811, che riconosce il diritto al risarcimento dei danni alla persona dubitati dall'alunno e da lui stesso cagionati, riconducendoli nell'ambito dell'art. 1218 c.c..

³¹⁶ Pret. Salerno, sez. Eboli, 17.2.1997, in *Giust. civ.*, 1998, I, 2037.

loro interesse propriamente affettivo, estensibile pure alla sensibilità dei loro familiari) in relazione all'evidente importanza dagli stessi attribuita al momento della stipulazione del contratto con il convenuto". La pronuncia si dimostra consapevole della rilevanza che, all'interno di un rapporto obbligatorio, l'interesse non patrimoniale può assumere ai sensi dell'art. 1174 c.c. e della conseguente necessità di riconoscere il suddetto interesse anche sul piano risarcitorio qualora si sia concretamente obiettivato nel contenuto contrattuale.

Più complessa è la problematica sollevata da alcune più recenti sentenze di merito che hanno riguardato alcune fattispecie di contratti di servizio.

Ad esempio, è stato concesso il risarcimento danni per la *ritardata attivazione del servizio telefonico*, ritenendo che si tratti di "un inadempimento contrattuale da cui deriva un danno esistenziale, suscettibile di valutazione equitativa e consistente non solo nell'impossibilità di disporre subito del servizio, ma anche dei disagi che il creditore deve affrontare per sollecitare la società ad adempiere"³¹⁷.

Altra ipotesi risarcitoria è quella dei *ritardi in aeroporto*. Ad esempio, si è affermato che "nel trasporto aereo, l'informazione sull'evolversi dei contrattempi e sulle prevedibili contromisure rientra tra gli obblighi non solo di cortesia, ma anche di assistenza del vettore nei confronti dei passeggeri-clienti. Dall'inadempimento di tali obblighi sorge in capo al vettore stesso un'obbligazione risarcitoria. Oltre ai danni patrimoniali di cui l'attore deve dare una prova specifica, deriva, in ogni caso, da tale inadempimento un danno alla sfera esistenziale, quali il nervosismo e la frustrazione connessi al notevole ritardo accumulato dal volo. Tale danno esistenziale è quantificabile equitativamente"³¹⁸.

Altro caso significativo è quello dei danni da interruzione *nella somministrazione di energia elettrica*³¹⁹. Il Tribunale, confermando la pronuncia del Giudice di Pace, ha ritenuto che anche l'inadempimento del contratto di

³¹⁷ G.d.P. Verona 16.3.2000, in *Giur. it.*, 2001, I, 1159, con nota di Bilotta: *Inadempimento contrattuale e danno esistenziale*. Cfr. anche G.d.P. Roma 11.7.2003, in *Danno e resp.*, I, 2004, 85.

³¹⁸ G.d.P. Milano 18.2.2000, in *Giur. it.*, 2001, I, 1159, cit.; cfr. G.d.P. Bari 7.11.2003, in *Danno e resp.*, 2004, 626.

³¹⁹ Trib. Napoli 16.4.2007, in *Corr. Mer.*, 2007, sez. *Osservat. proc. e dir. civ.*, fasc. n. 8-9. Nella sentenza si afferma che "l'assenza di luce artificiale, l'impossibilità di utilizzare tutti gli elettrodomestici, il mancato funzionamento dei condizionatori e dei computers, dell'impianto di riscaldamento dell'acqua e dei citofoni, l'impossibile ricaricamento dei telefoni cellulari ed in generale il senso di angoscia provocato dall'attesa di un ritorno alla normalità, attesa durata circa quindici ore, sono elementi che hanno provocato un danno esistenziale, ingiusto e risarcibile.

somministrazione di energia elettrica, con le conseguenze spiacevoli che esso può comportare sulla persona, possa essere fonte del risarcimento di un danno non patrimoniale, nella specie qualificato come danno esistenziale e definito come pregiudizio che altera le abitudini di vita e le potenzialità realizzatrici della persona.

Soffermandoci sull'impostazione adottata dalle quattro sentenze gemelle del 2008 devesi rilevare che, applicando in concreto i principi ivi enunciati, si finisce per escludere ogni tutela risarcitoria dell'utente in presenza di tutti quei disagi che nei contratti di servizio può subire a cagione dell'inadempimento della controparte.

Le Sezioni Unite dell'11 novembre 2008 hanno adottato un unico criterio per risolvere la questione della risarcibilità del c.d. pregiudizio esistenziale, affermando che, a prescindere dalla fonte da cui deriva (contrattuale o extracontrattuale), esso ha mera valenza descrittiva ed è configurabile in quanto vi sia una lesione di diritti costituzionalmente protetti.

Da ciò hanno tratto la conclusione secondo cui “palesamente non meritevoli della tutela risarcitoria, invocata a titolo di danno esistenziale, sono i pregiudizi consistenti in disagi, fastidi, disappunti, ansie ed in ogni altro tipo di insoddisfazione concernente gli aspetti più disparati della vita quotidiana che ciascuno conduce nel contesto sociale, ai quali ha prestato invece tutela la giustizia di prossimità. Non vale, per dirli risarcibili, invocare diritti del tutto immaginari, come il diritto alla qualità della vita, allo stato di benessere, alla serenità, in definitiva, il diritto ad essere felici. Al di fuori dei casi determinati dalla legge ordinaria, solo la lesione di un diritto inviolabile della persona concretamente individuato è fonte di responsabilità risarcitoria non patrimoniale”³²⁰. Sono state, quindi, indistintamente accomunate le ipotesi di “rottura del tacco di una scarpa da sposa, l'errato taglio dei capelli, l'attesa stressante in aeroporto, il disservizio di un ufficio pubblico, l'invio di illegittime contravvenzioni, la morte dell'animale d'affezione, il maltrattamento di animali, il mancato godimento della partita di calcio per televisione determinato dal black out elettrico”, fattispecie che, in alcuni casi, derivano da fatto illecito e che, in altri, sono invece da inquadrare nell'ambito dell'inadempimento contrattuale.

³²⁰ V. Cass., S.U., 11.11.2008 n. 26972, cit..

Una tale ricostruzione, se con riferimento alla responsabilità aquiliana è necessitata dal rispetto della tipicità imposta dall'art. 2059 c.c., non ha ragione d'essere nell'ambito della responsabilità contrattuale e corre il rischio di determinare un vuoto di tutela nei confronti del contraente danneggiato che, pur non avendo subito la lesione di un diritto protetto dalla Costituzione, abbia risentito di significativi disagi in conseguenza dell'inadempimento dell'altra parte (in questi casi potrebbe agire solo per gli eventuali danni patrimoniali).

In ambito contrattuale la locuzione *danno esistenziale* assume connotati suoi propri e la sua risarcibilità non può essere condizionata dalle regole dettate in tema di responsabilità aquiliana, e soprattutto da quella della riserva di legge di cui all'art. 2059 c.c. e, quindi, della necessaria rilevanza costituzionale dell'interesse non patrimoniale. L'espressione "danno esistenziale da inadempimento" può essere utilizzata, a fini meramente descrittivi, per indicare ogni pregiudizio ad interessi attinenti alla sfera personale che la parte di un rapporto obbligatorio ha subito come conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento stesso, interessi che assumono rilevanza a fini risarcitori se ed in quanto si siano obiettivati nel contratto, e cioè purchè rientrino nell'area di protezione offerta dal contratto stesso.

Invero, occorre riconoscere che dall'inadempimento di un contratto possono scaturire pregiudizi sia di natura patrimoniale che non patrimoniale ed entrambi devono trovare la loro unica disciplina nelle norme in tema di responsabilità contrattuale, attraverso una interpretazione estensiva degli artt. 1218 e ss. c.c., i quali peraltro non contengono nessun limite testuale in ordine al tipo di danni risarcibili.

I pregiudizi non patrimoniali derivanti dall'inadempimento possono consistere sia in un danno biologico in senso stretto sia, come spesso accade, in una c.d. compromissione dell'esercizio delle attività realizzatrici della persona. In quest'ultima categoria rientra ogni altro danno non patrimoniale, che per comodità espositiva può definirsi *danno esistenziale*, diverso da quello all'integrità psico-fisica medicalmente accertato e consistente – in ambito contrattuale – nella lesione non solo dei diritti fondamentali ma anche di tutti quegli interessi attinenti alla persona che abbiano assunto rilievo all'interno dell'assetto del contratto. Spetterà all'interprete valutare caso per caso se

ricorrano i presupposti per ammetterne il risarcimento, anzitutto alla luce di quanto disposto dall'art. 1225 c.c..

La selezione dei danni risarcibili in ambito contrattuale deve essere attuata non attraverso l'accertamento della sussistenza di un diritto fondamentale leso ma attraverso la verifica che l'interesse non patrimoniale del creditore rientri nell'area di protezione offerta dal contratto stipulato tra le parti e che dalla sua lesione sia derivato un pregiudizio prevedibile dal debitore e, quindi, risarcibile secondo le regole di cui agli artt. 1218 e ss. c.c.. Inoltre, per ammettere il risarcimento dei danni non patrimoniali alla persona occorre che l'offesa sia grave, nel senso che sono da escludere quei risarcimenti che da un punto di vista quantitativo sono irrisori. L'interesse non patrimoniale deve, cioè, essere inciso oltre una soglia minima di offensività, cagionando un pregiudizio tanto serio da essere meritevole di tutela, in un sistema che impone un grado minimo di tolleranza.

3.3 *Il danno da vacanza rovinata*³²¹

Con tale espressione si è soliti indicare il minor godimento e lo stress o nervosismo patiti dal viaggiatore a causa del mancato o inesatto adempimento delle prestazioni oggetto del pacchetto turistico “tutto compreso”. Si tratta di un pregiudizio di natura non patrimoniale consistente soprattutto nel disagio derivante dall'inadempimento di un contratto di servizio, che nella specie è costituito dai c.d. servizi turistici offerti nella forma di viaggi tutto compreso.

Questa fattispecie presenta due aspetti peculiari: il particolare contenuto della prestazione (*rectius*, la particolare causa) del contratto di viaggio e la sussistenza di una disciplina specifica di derivazione comunitaria.

Sotto il primo profilo va osservato che l'interesse del contraente alla vacanza – costituito principalmente da esigenze di riposo, svago, crescita culturale e, pertanto, avente natura tipicamente non patrimoniale³²² - permea direttamente la causa del contratto³²³.

³²¹ Per una esaustiva trattazione si rinvia a M. CAVALLARO, *Prassi applicativa e sistema nel “danno da vacanza rovinata”*, in *Rassegna di Diritto Civile*, 2002, 1-2.

³²² Parte della dottrina, nettamente minoritaria, ravvisa anche in questi casi la configurabilità di un danno di natura patrimoniale, il che presuppone che la vacanza configuri un “bene giuridico” suscettibile di formare oggetto di commercializzazione.

³²³ In dottrina, v. Rossi Carleo: *Turismo organizzato e vacanza rovinata: la risarcibilità del danno*, in *Riv. dir. impr.*, 1995, 447 ss., il quale afferma che “l'interesse non patrimoniale entra nella causa del contratto di viaggio”.

Di recente la giurisprudenza di legittimità ha sostenuto che “i viaggi tutto compreso costituiscono un nuovo tipo contrattuale nel quale la finalità turistica (o, con espressione più generale, lo “scopo di piacere”) non è un mero motivo irrilevante, ma si sostanzia nell’interesse che lo stesso è funzionalmente volto a soddisfare, connotandone la causa concreta e, perciò, determinando l’essenzialità di tutte le attività e dei servizi strumentali alla realizzazione del preminente fine del godimento della vacanza, per come essa viene proposta dall’organizzatore del viaggio e accettata dall’utente. Il bene immateriale della vacanza assume, dunque, un chiaro rilievo causale”³²⁴.

Al di là della complessa questione concernente il concetto di causa, basta considerare che gli interessi non patrimoniali del creditore, cui fa riferimento l’art. 1174 c.c., in queste ipotesi assumono rilievo sul piano delle obbligazioni contrattuali, in quanto la prestazione del *tour operator* è specificamente preordinata al loro soddisfacimento; ne consegue che dal suo inadempimento è prevedibile per il debitore stesso che possano restare pregiudicati proprio gli interessi non economici inerenti alla persona del viaggiatore, i quali sono infatti contemplati dalla *lex contractus* e rientrano nello “scopo di protezione” dei comportamenti dedotti in obbligazione.

Pertanto, la risarcibilità del danno non patrimoniale è una conseguenza normale e diretta dell’inadempimento, in quanto entrambi i contraenti sanno che l’adempimento è destinato a riflettersi su profili non patrimoniali del creditore e tale consapevolezza è presente sin dalla stipulazione del contratto e, pertanto, è fin da quel momento prevedibile a norma dell’art. 1225 c.c.. Negare la risarcibilità del danno derivante dal mancato soddisfacimento del bisogno o dell’interesse non patrimoniali dedotti in contratto equivarrebbe a lasciare spesso privo di qualsiasi tutela risarcitoria tale bisogno o interesse del creditore.

Va, poi, aggiunto che nel caso dei contratti di viaggio “tutto compreso” sussiste una normativa specifica, che contiene un esplicito riferimento al risarcimento dei danni subiti dal viaggiatore. In Italia sono vigenti due fonti di

³²⁴ In questi termini si è espressa, da ultimo, Cass. 24.4.2008 n. 10651, in *Giust. civ.*, *Mass.* 2008, f. 4. La nozione di “causa in concreto” compare poi nell’iter motivazionale di altre pronunce: ad es. Cass. 20.12.2007 n. 26958 e Cass. 24.7.2007 n. 16315, secondo cui “la finalità turistica connota la causa concreta ed assume rilievo, oltre che come elemento di qualificazione, anche relativamente alla sorte del contratto, quale criterio di relativo adeguamento, con la conseguenza che, nell’economia funzionale complessiva di detto contratto, l’impossibilità di utilizzazione della prestazione da parte del consumatore-creditore per causa a lui non imputabile è da considerarsi ragione di estinzione dell’obbligazione, autonoma e distinta dall’impossibilità sopravvenuta totale (art. 1463 c.c.) o parziale (art. 1464 c.c.).

disciplina dei pacchetti turistici: la Convenzione internazionale sul contratto di viaggio (CCV) del 23.4.1970, ratificata con l. 27.12.1977 n. 1084 (applicabile esclusivamente ai viaggi internazionali) e il d.lgs. n. 111 del 1995 (oggi confluito negli artt. 82-100 del nuovo Codice del Consumo) con cui è stata recepita la direttiva 90/314/CEE³²⁵.

La disposizione principale in tema di inadempimento, rappresentata dall'art. 93, co. 1, Cod. Cons., riproduce lo schema generale di responsabilità di cui all'art. 1218 c.c., in quanto il mancato o l'inesatto adempimento delle obbligazioni assunte con la vendita del pacchetto turistico fa sorgere a carico dell'organizzatore e del venditore (secondo le responsabilità rispettive³²⁶) l'obbligo del risarcimento del danno, a meno che non si provi che il mancato o inesatto adempimento sia stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile al debitore.

L'art. 94 Cod. Cons. prevede il risarcimento dei danni alla persona che siano conseguenza dell'inadempimento o dell'inesatto adempimento delle prestazioni oggetto del pacchetto turistico (risarcimento per il quale sono dettate

³²⁵ La direttiva e la CVV si pongono oggi in Italia come fonti normative concorrenziali della materia. Infatti, il legislatore nazionale nell'attuare la direttiva non ha provveduto – nonostante l'invito contenuto nell'art. 2, lett. c, della legge di delega – a introdurre le modifiche ed integrazioni necessarie per coordinare la disciplina comunitaria con quella precedente di cui alla legge di ratifica della CVV, sicchè è lasciato all'interprete il compito di stabilire entro quali limiti la CVV sia ancora operante e quale sia il suo ambito residuale di operatività a fronte della nuova disciplina comunitaria.

³²⁶ Quanto alla posizione dell'organizzatore del viaggio e del venditore del pacchetto turistico l'art. 93, co. 1, Cod. Cons. ha scelto la via della responsabilità concorrente, avvalendosi della libertà concessa agli Stati membri dall'art. 5, co. 1, dir. 90/314 di predisporre sia un sistema di responsabilità esclusiva dell'uno e dell'altro sia un sistema congiunto che, a sua volta, può essere concorrente o solidale. La soluzione del nostro legislatore si pone a metà strada tra la scelta minimalista di individuare un unico soggetto responsabile tra l'organizzatore ed il venditore e la scelta massimalista di creare un vincolo di responsabilità solidale: infatti, l'organizzatore ed il venditore sono chiamati a rispondere dell'inadempimento e dell'inesatto adempimento non in base al vincolo di solidarietà bensì "secondo le rispettive responsabilità". Ciò non esclude la possibilità di estendere la responsabilità del venditore ai danni direttamente connessi alla mancata o inesatta esecuzione dei servizi turistici, non avendo il legislatore stabilito l'esclusione del venditore dal rapporto principale, come è nella CVV. Pertanto, l'individuazione del soggetto chiamato a rispondere della violazione del contratto non è demandata alla legge, ma è disciplinata dalle consuete regole della responsabilità contrattuale, che esigono di ricostruire il contenuto dell'impegno del debitore per definire i contorni della sua responsabilità.

Qualche Autore (vedi Scognamiglio: *il contratto di pacchetto turistico*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di Castronovo-Mazzamuto, Milano, 2007, 999) evidenzia come proprio l'assenza di un criterio legale di ripartizione della responsabilità tra organizzatore e venditore rischia di tradursi in un indebolimento della posizione del consumatore, almeno fino a quando la giurisprudenza non abbia elaborato regole idonee a selezionare il soggetto da rendere responsabile a seconda della tipologia di contratto e, più ancora, della tipologia di inadempimento.

alcune regole particolari³²⁷) e deve essere interpretato come un'apertura – specificamente prevista dalla legge – della responsabilità contrattuale al ristoro dei pregiudizi di natura non patrimoniale connessi all'inadempimento del debitore. La norma del Codice del Consumo va letta come una specifica applicazione della regola generale che si può ricavare dagli artt. 1218 e ss. c.c. in materia di risarcimento dei danni non patrimoniali.

Pertanto, non è necessario ricorrere all'artificiosa ricostruzione, fatta dalla giurisprudenza in varie pronunce, del cumulo o del concorso di responsabilità, contrattuale ed extra- contrattuale, al fine di risarcire i pregiudizi non patrimoniali connessi all'inadempimento.

Il danno da “vacanza rovinata” è l'ipotesi di danno non patrimoniale da inadempimento del contratto di pacchetto turistico più frequente nella prassi. Nella fattispecie la norma di riferimento va individuata o nell'art. 93 Cod. Cons., che ricalca la regola generale dell'art. 1218 c.c., e potrebbe quindi consentire la riparazione di qualsiasi pregiudizio anche non patrimoniale derivante dall'inadempimento, o nell'art. 92, co. 2, Cod. Cons., che prevede il diritto del consumatore, in caso di recesso o annullamento del servizio, ad “essere risarcito di ogni ulteriore danno dipendente dalla mancata esecuzione del contratto”³²⁸.

Al riguardo va osservato che la giurisprudenza ha subito una lenta evoluzione, dimostrandosi restia a riconoscere la categoria del danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale.

³²⁷ L'art. 94 Cod. Cons. assoggetta il risarcimento del danno alla persona ai limiti di liquidazione stabiliti dalle convenzioni internazionali che disciplinano la materia: la Convenzione di Varsavia del 12.10.1929 sul trasporto aereo internazionale; la Convenzione di Berna del 25.2.1961 sul trasporto ferroviario e la già menzionata Convenzione di Bruxelles (CVV) sul contratto di viaggio. Tali limitazioni dell'importo del risarcimento non sono derogabili *in peius*, pena la nullità della relativa clausola contrattuale.

³²⁸ In particolare, l'art. 92 Cod. Cons. contempla al primo comma tre ipotesi. Il primo caso è quello in cui il consumatore decida di recedere dal contratto a causa di una revisione del prezzo al di fuori dei limiti e criteri fissati dall'art. 90; il secondo caso consiste nel recesso del consumatore per mancata accettazione della proposta di modifica unilaterale delle condizioni contrattuali formulata dal venditore o organizzatore a norma dell'art. 91 Cod. Cons.; il terzo caso è quello della cancellazione del pacchetto turistico prima della partenza, per qualsiasi motivo, tranne che per colpa del consumatore. Al verificarsi di una di queste ipotesi, l'art. 92 stabilisce che il consumatore ha diritto di usufruire di un altro pacchetto turistico di qualità equivalente o superiore senza supplemento di prezzo, o di un pacchetto turistico qualitativamente inferiore previa restituzione della differenza del prezzo o con rimborso, entro sette giorni dal recesso o dalla cancellazione, della somma di denaro già corrisposta. Inoltre, il secondo comma riconosce al consumatore il diritto al risarcimento di “ogni ulteriore danno” dipendente dalla mancata esecuzione del contratto.

In un primo tempo i giudici hanno negato in radice la risarcibilità del danno derivante dai disagi subiti dal turista, sul presupposto che “la privazione dei vantaggi connessi ad una vacanza non costituisce reato”³²⁹. Il risarcimento del danno da vacanza rovinata (come danno autonomo e distinto da quello patrimoniale) è stato ammesso per la prima volta dai giudici nel 1989, pur senza fare riferimento ad un preciso fondamento normativo³³⁰. Da allora in poi giudici di merito hanno riconosciuto il diritto del viaggiatore alla riparazione del danno da vacanza rovinata, sia pure con argomentazioni differenti³³¹, basate soprattutto su una lettura aperta dell’art. 2059 c.c.. In molte pronunce si sostiene che il riferimento ai “casi previsti dalla legge” sarebbe soddisfatto dalle norme della legge n. 1084/1977, che ha ratificato la citata Convenzione del 1970, e dal d.lgs. n. 111/1995 (in particolare dall’art. 13 del decreto, oggi art. 92 Cod. Cons.)³³².

Quanto alla qualificazione del pregiudizio il danno da vacanza rovinata è stato inquadrato dai giudici nell’ambito talora del danno morale, talora del danno biologico ed a volte del danno esistenziale, inteso come mancato soddisfacimento delle attività realizzatrici della persona³³³.

Un contributo significativo è stato offerto dalla pronuncia della Corte di Giustizia Europea, sez. VI, 12.3.2002, n. C 168/2000³³⁴. I giudici comunitari, risolvendo una questione pregiudiziale relativa all’art. 5 della direttiva CEE

³²⁹ V. Trib. Firenze 20.1.1954, in *Giur. it.*, 1954, I, 481; App. Catanzaro 30.6.1953, in *Rep. Foro It.*, 1954, voce *Responsabilità civile*, n. 406; App. Milano 24.6.1988, in *Dir. trasporti* 1990, I, 258.

³³⁰ Si tratta della sentenza Trib. Roma 6.10.1989, in *Resp. civ. prev.*, 1991, 512.

³³¹ Si vedano i numerosi riferimenti giurisprudenziali riportati da Molfese: *Il contratto di viaggio e le agenzie turistiche*, Padova, 1999, 307 e ss..

³³² V., ad es., Trib. Milano 4.6.1998 n. 6736, in *Contratti*, 1999, 39, secondo cui “in caso di inadempimento del contratto di viaggio, va pure liquidato il danno morale. Tale danno, nonostante la collocazione della norma all’interno dell’art. 2059 c.c., è liquidabile anche nella sfera dei rapporti contrattuali, consentendo detta norma l’estensione, grazie al rinvio, oltre che nel caso in cui il fatto costituisca reato, agli ulteriori casi previsti dalla legge, rinvenendosi riscontro nell’art. 13 della CCV: nell’espressione *qualunque pregiudizio* si rinviene il fondamento normativo dell’estensione ex art. 2059 c.c. dell’obbligo risarcitorio anche ai profili non patrimoniali del danno subito dal fruitore di servizi turistici”.

³³³ In questo senso vedi: Trib. Napoli 27.4.2006; G.d.P. Roma 12.5.2003; G.d.P. Milano 12.2.2003; G.d.P. Milano 18.12.2000, in *Giur. it.*, 2001, I, c. 1158.

³³⁴ La sentenza è riportata e commentata in *Foro It.*, 2002, IV, 329 ss., con nota di Palmieri; in *Danno e resp.*, 2002, 1099 e ss., con nota di Maiolo: *La Corte di Giustizia: il danno da vacanza rovinata ed il sistema bipolare di responsabilità civile*, e di Carassi: *L’interpretazione da parte della Corte di Giustizia CE delle norme comunitarie è, indiscutibilmente vera nomofilachia*; in *Resp. civ. prev.*, 2002, 363 con nota di Guerinoni: *L’interpretazione della Corte di Giustizia riguardo al danno da vacanza rovinata*; in *Giur. It.*, 2002, 1801, con nota di Sesta: *Danno da vacanza rovinata e danno morale contrattuale*.

1990/314³³⁵ in materia di viaggi, vacanze e circuiti “tutto compreso”, hanno stabilito che la norma deve essere interpretata nel senso che “il consumatore ha diritto al risarcimento anche del danno morale derivante dall’inadempimento o dalla cattiva esecuzione delle prestazioni fornite in occasione di un viaggio tutto compreso”³³⁶.

La Corte ha affrontato per la prima volta un tema, quello del danno morale contrattuale, che rappresenta un problema civilistico particolarmente dibattuto a livello europeo.

Invero, l’esigenza di uniformare sul punto la legislazione degli Stati membri è particolarmente sentita, considerato che in alcuni sistemi giuridici, come quello francese, la regola generale è nel senso della risarcibilità del danno non patrimoniale contrattuale, mentre in altri sistemi la soluzione risulta molto più diversificata. Ad esempio, nell’ordinamento inglese si distingue talora tra le varie tipologie di pregiudizi non patrimoniali, affermandosene la risarcibilità soltanto in determinate ipotesi, come quelle del danno consistente in una sofferenza psichica o in un patema d’animo o in una compromissione della salute. L’ordinamento tedesco si configura, in ordine al risarcimento dei danni non patrimoniali, come un sistema fortemente restrittivo, ispirato al principio di tipicità delle ipotesi in cui è ammesso il risarcimento.

Dopo la pronuncia dei giudici comunitari si riscontrano varie sentenze che si richiamano direttamente ad essa al fine di riconoscere, anche nel nostro ordinamento, la risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento del contratto di viaggio. Si è così affermato che “nel caso in cui un viaggiatore non riesca a fruire, in tutto o in parte, della vacanza per l’inadempimento del *tour operator*, quest’ultimo è tenuto, oltre alla refusione delle spese sostenute dal viaggiatore, anche al risarcimento del danno non patrimoniale da vacanza rovinata, che costituisce un’ipotesi di danno morale da inadempimento,

³³⁵ L’art. 5 n. 2 comma primo della citata direttiva impone agli Stati membri di adottare le misure necessarie affinché l’organizzatore di viaggi risarcisca “i danni arrecati al consumatore dall’inadempimento o dalla cattiva esecuzione del contratto”. Il problema si pone perché nessuna disposizione della direttiva prevede espressamente il risarcimento del danno da vacanza rovinata.

³³⁶ Nella pronuncia si premette che la direttiva “ha per scopo, in particolare, l’eliminazione delle divergenze accertate tra le normative e le prassi nei diversi Stati membri in materia di viaggi tutto compreso” e che “l’esistenza di un obbligo di risarcire i danni morali in taluni Stati membri e la sua mancanza in altri avrebbe come conseguenza delle distorsioni di concorrenza notevoli, tenuto conto del fatto che frequentemente si rilevano danni morali in tale settore”. Tanto precisato, la Corte osserva che la direttiva mira ad offrire una tutela effettiva ai consumatori e che, nell’ambito dei viaggi turistici, il risarcimento del danno per il mancato godimento della vacanza ha per gli stessi un’importanza particolare.

eccezionalmente risarcibile alla luce del diritto comunitario, come interpretato dalla Corte di Giustizia”³³⁷.

Pertanto, la giurisprudenza più recente sembra orientata a riconoscere il danno da vacanza rovinata come un danno regolato dai criteri della responsabilità per inadempimento ed a non richiamare la disposizione dell’art. 2059 c.c.³³⁸.

In questo modo, sia pure nel limitato settore dei viaggi tutto compreso, ancora considerato come un’ipotesi eccezionale, i giudici riconoscono la risarcibilità, ai sensi dell’art. 1218 c.c., di un *danno morale* di natura contrattuale³³⁹, dai contenuti più ampi di quelli conosciuti nel nostro ordinamento in relazione al danno morale di cui all’art. 2059 c.c.³⁴⁰.

Il risarcimento dei pregiudizi di natura non economica conseguenti ad inadempimento nei contratti di viaggio, soprattutto alla luce della pronuncia della Corte di Giustizia, non dovrebbe, però, essere più considerato come una ipotesi eccezionale, in quanto – a nostro avviso – costituisce applicazione dei principi generali in tema di responsabilità contrattuale, le cui disposizioni si prestano ad una interpretazione espansiva, tale da consentire la loro applicazione anche ai danni non patrimoniali.

³³⁷ Così Trib. Roma 26.11.2003, in *Contratti*, 2004, 511; Trib. Roma 2.10.2003, e Trib. Roma 19.5.2003, secondo cui “l’inadempimento o la cattiva esecuzione delle prestazioni fornite in esecuzione di un contratto turistico impongono l’obbligo di risarcire il danno morale da vacanza rovinata, consistente nello stress e nel minor godimento della vacanza. Secondo quanto ritenuto dalla Corte di Giustizia Europea - con la sentenza 12.3.2002 n. 168/00 – il danno da vacanza rovinata rappresenta una figura di danno morale risarcibile senza alcun limite, secondo quanto disposto dai principi del diritto comunitario”.

³³⁸ Si vedano: Trib. Verbania 23.4.2002, in *Giur. it.*, 2004, 550; Trib. Treviso 14.1.2002, in *Giur. mer.*, 2002, 1194; Trib. Napoli 11.3.2006, in *Corr. mer.*, 2006, 4, il quale sostiene che “in caso di inadempimento del contratto da parte del *tour operator*, il risarcimento del danno non patrimoniale subito dall’acquirente del pacchetto turistico per non avere fruito del soggiorno acquistato può liquidarsi in via equitativa in misura pari al doppio del pacchetto medesimo”; Trib. Roma 11.5.2004, in *Danno e resp.*, 2005, 3, 297, che parla di “danno alla salute derivante dall’inadempimento di un contratto di viaggio tutto compreso”, precisando che “è integralmente imputabile all’agenzia organizzatrice a titolo di responsabilità contrattuale, indipendentemente dalla causa che ha provocato l’inadempimento e anche se tale inadempimento è riconducibile ad un preposto dell’agenzia, al quale, per la competenza acquisita, competevano le scelte per l’organizzazione del viaggio”.

³³⁹ Nella giurisprudenza più recente vi è la tendenza a riconoscere la risarcibilità del danno da vacanza rovinata anche in presenza di servizi turistici disaggregati non combinati in un viaggio organizzato. Cfr., ad esempio, G.d.P. Massa 13.11.2003, che ha riconosciuto il danno da vacanza rovinata in materia di trasporto aereo, in presenza di mancata o ritardata consegna del bagaglio del passeggero, sulla base del rilievo che il servizio di trasporto era stato nella specie acquistato al fine di fruire di una vacanza.

³⁴⁰ Il problema del fondamento normativo è importante, in quanto l’essere il danno morale in questione di natura contrattuale significa che esso è sottoposto ai principi vigenti in tema di responsabilità contrattuale, tra cui quello della prevedibilità del danno di cui all’art. 1225 c.c., che sicuramente ben si concilia con l’art. 5, par. 2, della direttiva comunitaria, nel quale si consente di limitare contrattualmente il danno risarcibile diverso dalle lesioni corporali.

3.4 Il trasporto di persone³⁴¹

In questo caso si è in presenza di uno schema contrattuale tipico che è già di per sé orientato alla tutela della persona del creditore. Invero, l'art. 1681 c.c. stabilisce che “salva la responsabilità per il ritardo e per l'inadempimento nell'esercizio del trasporto, il vettore risponde dei sinistri che colpiscono la persona del viaggiatore durante il viaggio e della perdita o dell'avaria delle cose che il viaggiatore porta con sé, se non prova di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno”. La giurisprudenza ha spesso tentato di aggirare la questione della risarcibilità del danno non patrimoniale ricorrendo all'artificiosa costruzione del cumulo di responsabilità, contrattuale ed extra-contrattuale. Si è così affermato che “in tema di trasporto di persone, l'azione di risarcimento del danno da responsabilità contrattuale e quella da responsabilità extra-contrattuale, fondata la prima sull'inadempimento delle obbligazioni nascenti dal contratto di trasporto e la seconda sulla violazione del principio generale del *neminem laedere*, sono del tutto distinte, essendo diversi i diritti in relazione ai quali sono accordate e richiedendo indagini su elementi di fatto differenti. La scelta fra le due azioni ed anche il loro esercizio cumulativo nel processo rientra nel potere dispositivo della parte, con la conseguenza che, ove la parte opti per una di esse, non è consentito al giudice di accogliere la domanda per un titolo diverso”³⁴².

Tutto questo, però, in astratto, poiché con riguardo al caso concreto del trasporto di persone la suddetta diversità è davvero marginale.

Anzitutto, occorre precisare che quello del concorso di azioni era un espediente al quale si ricorreva anche per eludere il termine di prescrizione annuale previsto dall'art.2951 c.c.; infatti, qualificando l'infortunio occorso al passeggero quale danno promanante dalla circolazione di veicoli, si poteva invocare la (più favorevole) prescrizione biennale sancita dall'art.2047 c.2 c.c.

³⁴¹ Tale è definito dall'art. 1678 c.c. il contratto con cui “il vettore si obbliga, verso corrispettivo, a trasferire persone o cose da un luogo ad un altro”. Al riguardo la giurisprudenza ha precisato che si tratta di un “contratto di risultato” (cfr. Cass. 28.6.2005 n. 13905, in *Giust. civ., Mass.*, 2005, f. 6) e che la sua esecuzione non si esaurisce nell'attività di trasferimento della merce o della persona, ma comprende l'adempimento delle altre obbligazioni accessorie, necessarie al raggiungimento del fine pratico prefissosi dalle parti (cfr. Cass. 19.6.1993 n. 6841, in *Dir. mar.*, 1993, 1037).

³⁴² Così Cass. 3.10.1996 n. 8656, in *Giust. civ., Mass.*, 1996, f. 10; Cass. 24.5.1993 n. 5831, in *Mass.* 1993, 5831; Cass. 22.9.1983 n. 5638, *ivi*, 1983, f. 8.

(attesa la genericità della norma nella parte in cui si riferisce ai veicoli di ogni specie).

Quanto, poi, alle concrete modalità di esercizio dell'azione risarcitoria non va dimenticato che in tema di danni da trasporto di persone il ricorso alla teoria del concorso di azioni era agevolato anche (per non dire soprattutto) dal dettato normativo dell'art.1681 c.c. laddove prevede, quale prova liberatoria per il vettore, l'adozione di tutte le misure idonee ad evitare il danno, atteso che la medesima locuzione è prevista dagli artt.2050 e 2054 c.c. per l'esonero da responsabilità, rispettivamente, dell'esercente un'attività pericolosa e del conducente di un veicolo senza guida di rotaie³⁴³. È di tutta evidenza, infatti, che il trasporto di persone costituisce attività pericolosa e, dunque, fonte di responsabilità per il vettore ex art.2050 c.c. e lo stesso dicasi per il conducente di veicoli senza guida di rotaie (in relazione all'art.2054 c.c.).

Pertanto, la conformità di disciplina probatoria appare giustificata dalla connaturale natura contrattuale e al tempo stesso extracontrattuale del trasporto di persone.

Peraltro, la conformità della disciplina concernente il profilo probatorio della responsabilità del vettore nel trasporto di persone si coglie non soltanto sul piano della prova liberatoria, ma anche su quello della prova degli elementi costitutivi dell'obbligazione risarcitoria, ossia della responsabilità stessa, atteso che il passeggero danneggiato, tanto in caso di azione contrattuale quanto in caso di azione extracontrattuale, non è affatto tenuto a provare la colpa del vettore/danneggiante, beneficiando, rispettivamente, delle presunzioni di cui agli artt.1218 e 2050 o 2054 c.c. Il danneggiato, quindi, doveva dimostrare in entrambi i casi l'evento, i danni ed il nesso di causalità, con precisazione che con riguardo all'evento egli era tenuto a specificare se l'infortunio subito fosse

³⁴³ Siffatta coincidenza non è casuale. La corrispondenza della disciplina concernente la responsabilità del vettore sul piano contrattuale e su quello extracontrattuale è stata volutamente prevista dal legislatore del 1942, come è dato evincere dalla relazione al Codice Civile al § 571: “[...] Nell'art.1681, primo comma, si richiede infine che il debitore dimostri soltanto di avere adottato le misure atte ad evitare il danno. Questa disposizione trova riscontro, in campo diverso, nella disciplina per attività che hanno connaturale la pericolosità (articoli 2050 e 2054, primo comma), rispetto alle quali importa conoscere esclusivamente la concreta possibilità di evitare la lesione della sfera altrui. Contenuto della prova liberatoria della responsabilità non può essere, in tali casi, se non la dimostrazione dell'adempimento del dovere di impedire che, dall'esercizio dell'attività stessa, derivi danno per altri. La diligenza del soggetto deve essere, nelle ipotesi in parola, valutata con rigore, perché chi esercita attività pericolose ha la possibilità di prevedere l'evento dannoso ed è nella condizione più favorevole per adottare ogni misura possibile di cautela”.

avvenuto nel corso dell'esecuzione di un contratto di trasporto stipulato con il vettore/danneggiante (profilo, questo, rilevante per la qualificazione della domanda in termini di responsabilità contrattuale), oppure a causa dell'esecuzione dell'attività (pericolosa) di trasporto (in tal caso essendo la domanda proposta in via extracontrattuale).

Questo orientamento giurisprudenziale, tuttavia, è difficilmente sostenibile sia in termini dogmatici sia sul piano sistematico.

Peraltro, il ricorso al cumulo o concorso di azioni per garantire l'adeguato risarcimento dei danni non patrimoniali al contraente danneggiato era uno strumento per risolvere problemi di giustizia sostanziale ed evitare incongruità del sistema, in un contesto in cui l'art. 2059 c.c. era relegato ai soli casi di danno morale da reato.

Oggi non vi è più la necessità di ricorrere a tale strumento, atteso che l'art. 2059 c.c. viene interpretato in modo costituzionalmente orientato ed i danni non patrimoniali possono essere risarciti sulla base degli artt. 1218 e ss. c.c..

Nella fattispecie in esame va preso in considerazione, innanzitutto, l'art. 1681 c.c., al quale infatti è possibile ancorare le pretese risarcitorie dei danni alla persona del viaggiatore che, per loro natura, sono di tipo non patrimoniale e che derivano dall'inadempimento del contratto da parte del vettore³⁴⁴. Al riguardo si osserva che il legislatore, data la particolare rilevanza degli interessi (non patrimoniali) coinvolti, ha optato per una presunzione di responsabilità a carico del vettore in ordine ai sinistri che colpiscono durante il viaggio la persona del viaggiatore e ciò costituisce applicazione della regola della distribuzione dell'onere della prova, affermata in via generale dall'art. 1218 c.c.. Infatti, come precisato dalla giurisprudenza, la presunzione di cui all'art. 1681 c.c. opera "quando sia provato il nesso di causalità tra il sinistro occorso al viaggiatore e l'attività del vettore nella esecuzione del trasporto; a tal fine non è necessario che il passeggero individui la precisa anormalità del servizio che ha determinato il sinistro, ma deve provare che l'evento lesivo è stato causato in

³⁴⁴ Questa fattispecie contrattuale è stata, peraltro, espressamente considerata dalle Sezioni Unite 11.11.2008 come una delle possibili fonti di danni non patrimoniali da inadempimento. Infatti, si è affermato che "la tutela all'integrità fisica del trasportato è compresa tra le obbligazioni del vettore, che risponde dei sinistri che colpiscono la persona del viaggiatore durante il viaggio (art. 1681 c.c.). Il vettore è quindi obbligato a risarcire a titolo di responsabilità contrattuale il danno biologico riportato nel sinistro dal viaggiatore": così, Cass., S.U. 11.11.2008 n. 26972, cit..

termini oggettivi dal fatto del vettore e, quindi, dall'attività del trasporto"³⁴⁵. E' evidente che la tutela dell'incolumità fisica del viaggiatore è un dato comune a tutte le diverse ipotesi di trasporto e che, ove la stessa venisse compromessa, sono ipotizzabili danni di natura biologica, esistenziale e morale connessi all'obbligazione principale del vettore. Peraltro, la risarcibilità dei danni non patrimoniali da inadempimento si giustifica per il fatto stesso che gli interessi non patrimoniali assumono rilievo all'interno del contratto in quanto la singola obbligazione è già specificamente preordinata al loro soddisfacimento, come accade nelle ipotesi di lavoro subordinato e prestazione sanitaria.

Anche nel caso del *trasporto di cose* si possono configurare, sia pure in ipotesi marginali, danni di natura non patrimoniale che, se debitamente provati e se l'interesse non patrimoniale che vi è sotteso rientra nell'area di protezione offerta dal contratto, possono dare luogo a fondate pretese risarcitorie. Si pensi ai casi del danneggiamento o del furto di determinati beni che per il proprietario assumono un particolare valore *esistenziale*, o perché connessi ad un profilo strettamente affettivo o perché consistenti in opere d'arte del cui trasporto l'artista ha incaricato il vettore. Proprio il caso del furto di opere d'arte consegnate dall'artista al vettore per il trasporto è stato preso in considerazione da una recente sentenza³⁴⁶. I giudici affermano che "per effetto dell'irreversibile sottrazione delle opere, l'attore ha visto irrimediabilmente sottratta una fetta del suo percorso artistico, trattandosi di un gruppo di sculture assolutamente esemplari dell'intera produzione di un periodo determinato. La mancata possibilità dell'artista di documentare una fase peraltro significativa della sua ricerca creativa aggrava il dato di per sé della perdita, la quale sottrae non solo al mercato, ma alla stessa conoscenza storico-critica un consistente nucleo di lavori. Al cospetto di un'artista, data l'unicità delle sue opere, la perdita in questione incide sulla più intima sfera personale, finendo per distruggere un tratto della sua esistenza". Alla luce di queste considerazioni i giudici ritengono che l'attore abbia risentito anche un danno, eziologicamente riconducibile all'inadempimento del vettore, incidente sulla sua sfera personale e, segnatamente, sulla sua immagine artistica. Il risarcimento di questo danno si mantiene nell'ambito dell'art. 1225 c.c., poiché, conoscendo la natura dei beni

³⁴⁵ Così Cass. 13.7.1999 n. 7423, in *Giust. civ, Mass.* 1999, f. 7-9; Cass. 4.4.2003 n. 5329, *ivi*, 2003, f. 4; Cass. 5.11.2002 n. 13635, *ivi*, 2002, f. 11.

³⁴⁶ V. Trib Venezia 7.4.2003.

trasportati, il vettore avrebbe potuto rappresentarsi le conseguenze derivanti dalla sottrazione di beni per definizione infungibili”.

3.5 Il contratto di locazione di immobili

Questo rapporto contrattuale è idoneo a fondare in concreto varie possibilità di risarcimento di danni non patrimoniali, che siano conseguenza immediata e diretta dell’inadempimento degli obblighi assunti dalle parti.

Anzitutto si possono individuare ipotesi di danni di natura non patrimoniale che siano ascrivibili all’inadempimento del locatore, come nel caso di sfratto illegittimo o mancata manutenzione dell’immobile o pregiudizi alla persona del conduttore derivanti dai vizi occulti dell’immobile.

L’ipotesi più significativa di danno non patrimoniale risarcibile è quella che si ricava dall’art. 1578 co. 2 c.c., secondo cui “il locatore è tenuto a risarcire al conduttore i danni derivanti dai vizi della cosa, se non prova di aver senza colpa ignorato i vizi stessi al momento della consegna”. Tale disposizione che – a differenza delle azioni di cui al primo comma – presuppone l’inadempimento colposo del locatore e non prevede specificazione alcuna in ordine al tipo di danni risarcibili, può aprire la strada alle domande risarcitorie anche di danni non patrimoniali (soprattutto *sub specie* di danno biologico) qualora quei vizi abbiano eventualmente causato un pregiudizio alla salute (*rectius*, all’integrità fisica o psico-fisica) del conduttore.

Al riguardo la Suprema Corte ha osservato che l’art. 1580 c.c. attribuisce al conduttore, la cui salute sia minacciata da vizi della cosa *a lui noti* al momento della conclusione del contratto, il potere di chiedere la risoluzione del contratto, nonostante qualunque rinuncia, ma non anche l’ulteriore rimedio del risarcimento del danno eventualmente subito in conseguenza dei vizi *de quibus*, stante il carattere eccezionale di questa norma, che deroga al principio generale dell’irrelevanza dei vizi conosciuti dal conduttore di cui all’art. 1578, co. 1, c.c.³⁴⁷. Viceversa, “nelle ipotesi in cui la cosa sia affetta da vizi non conosciuti dal conduttore trovano applicazione le disposizioni di cui agli artt. 1218 e 1453 c.c.”, con ciò prefigurando la possibilità che i danni alla salute, derivanti dai vizi

³⁴⁷ La giurisprudenza ha precisato che qualora i vizi siano stati conosciuti dal conduttore ed il locatore abbia assunto espressamente l’obbligo di eliminarli, senza poi adempiervi, il conduttore può comunque domandare la risoluzione del contratto per inadempimento ed il risarcimento dei danni: cfr. Cass. 5.2.1979 n. 774, in *Giust. civ., Mass.*, 1979, f. 2.

occulti della cosa locata, siano suscettibili di risarcimento secondo le regole ordinarie della responsabilità contrattuale.

I danni non patrimoniali potenzialmente rinvenibili nel corso di un rapporto locativo possono riguardare la sfera esistenziale anche del locatore, come nel caso di mancato o ritardato rilascio dell'immobile locato.

In simili ipotesi, però, finora la giurisprudenza ha ammesso il risarcimento solo del danno patrimoniale. Infatti, si è affermato che “il maggior danno che il locatore assuma di aver subito per effetto della morosità del conduttore e del mancato tempestivo rilascio dell'immobile locato (art. 1591 c.c.), scaturendo da una fonte di responsabilità *ex contractu*, va rigorosamente provato, nella sua sussistenza e nel suo concreto ammontare, dal locatore medesimo, onde far emergere il verificarsi di una lesione effettiva nel suo patrimonio, ravvisabile nella circostanza del non aver potuto locare o alienare il bene a condizioni vantaggiose e dimostrabile attraverso la prova dell'esistenza di ben precise proposte di locazione o di acquisto, ovvero di altri concreti propositi di utilizzazione”³⁴⁸.

3.6 Il contratto di compravendita

La questione della risarcibilità dei pregiudizi di natura non patrimoniale è particolarmente complessa, anche alla luce dell'attuale disciplina, che è costituita sia dalle disposizioni codicistiche di cui agli artt. 1470 e ss. sia dalla normativa del Codice del Consumo, relativa alla vendita di beni di consumo.

Va precisato che esula dalla presente trattazione la tematica della responsabilità del produttore per i danni, anche alla persona, causati da prodotti difettosi: infatti, con l'entrata in vigore del D.P.R. n. 244/1988 (il cui contenuto oggi è confluito negli artt. 114 – 127 Cod. Cons.) è stato introdotto un regime di responsabilità oggettiva e di natura extracontrattuale in capo al produttore, per cui la disciplina applicabile è quella dell'illecito aquiliano.

Partendo dalla normativa codicistica si osserva che l'art. 1476 c.c., in tema di obbligazioni principali del venditore, stabilisce che questi è tenuto non solo a consegnare la cosa al compratore ed a fargliene acquistare la proprietà, ma anche a “garantire il compratore dall'evizione e dai vizi della cosa”.

³⁴⁸ V. Cass. 28.1.2002 n. 933, in *Giust. civ.*, *Mass.*, 2002; Cass. 22.7.2004, *ivi*, 2004, f. 7-8; Cass. 13.7.2005 n. 14753, *ivi*, 2005, f. 7-8.

Per verificare se sia possibile fondare una pretesa risarcitoria per danni non patrimoniali da inadempimento occorre partire dalle disposizioni in materia di vizi della cosa venduta.³⁴⁹

Il legislatore, dopo avere specificato il contenuto della garanzia per i vizi dovuta dal venditore, individua all'art. 1492 c.c. le c.d. azioni edilizie esperibili dal compratore³⁵⁰, per poi stabilire all'art. 1494 c.c., primo comma, che “in ogni caso il venditore è tenuto verso il compratore al risarcimento del danno, se non prova di aver ignorato senza colpa i vizi della cosa”, aggiungendo al secondo

³⁴⁹ L'art. 1490 c.c. sancisce che “il venditore è tenuto a garantire che la cosa venduta sia immune da vizi che la rendano inidonea all'uso cui è destinata o ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore. Il patto con cui si esclude o si limita la garanzia non ha effetto, se il venditore ha in mala fede taciuto al compratore i vizi della cosa”. Si deve trattare, comunque, di c.d. vizi occulti; infatti, ai sensi dell'art. 1491 c.c., la garanzia non è dovuta se al momento del contratto il compratore conosceva i vizi della cosa o se i vizi erano facilmente conoscibili, salvo, in questo caso, che il venditore abbia dichiarato che la cosa era esente da vizi.

La vendita di cosa viziata, disciplinata dalle disposizioni di cui agli artt. 1490 e ss., va tenuta distinta tanto dalla vendita di cosa priva delle qualità promesse, quanto dalla c.d. vendita di *aliud pro alio*.

Infatti, anzitutto il vizio redibitorio è cosa diversa dalla mancanza di “qualità promesse o essenziali per l'uso cui è destinato” ex art. 1497 c.c.: pur presupponendo entrambi l'appartenenza della cosa al genere pattuito, il primo riguarda le imperfezioni o i difetti inerenti al processo di produzione, fabbricazione o conservazione della cosa medesima mentre la seconda è inerente alla natura della merce e “consiste nella carenza di tutti quegli attributi che esprimono la funzionalità, l'utilità o il pregio del bene e che, senza mai pregiudicarne l'individualità, la consistenza o l'appartenenza al suo originario genere merceologico, influiscono sulla classificazione della cosa in una specie piuttosto che in un'altra”. In giurisprudenza, vedi Cass. 13.1.1997 n. 244, in *Giust. civ.*, Mass., 1997, 41.

Vizi redibitori e mancanza di qualità si distinguono a loro volta dall'ipotesi di *aliud pro alio*, che ricorre quando la cosa venduta appartenga ad un genere del tutto diverso, o presenti difetti che le impediscono completamente di assolvere alla sua funzione naturale o a quella in concreto assunta come essenziale dalle parti. Trattasi di fattispecie non prevista dal codice, frutto dell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale; al riguardo è stato precisato che si è di fronte all'inadempimento di una specifica obbligazione derivante dal contratto di compravendita (cioè, quella di consegnare esattamente la cosa pattuita, ex art. 1476, n. 1, c.c.), con la conseguenza che devono essere esperiti gli ordinari rimedi previsti dall'ordinamento in caso di inadempimento (artt. 1453 e ss. c.c.) e non i rimedi speciali di cui agli artt. 1490 e ss. c.c.. Pertanto, il compratore ha diritto sia a domandare la risoluzione del contratto sia (a differenza del caso dei vizi redibitori) ad esperire l'azione di esatto adempimento. In giurisprudenza, cfr.: Cass. 25.9.2002 n. 13925, in *Arch. civ.*, 2004, 48; Cass. 3.8.2000 n. 10188, in *Contratti*, 2001, 262; Cass. 16.11.2000 n. 14865, in *Giust. civ.*, Mass. 2000, 2348).

³⁵⁰ Ai sensi dell'art. 1492 c.c. il compratore può domandare a sua scelta la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo (salvo che per determinati vizi gli usi escludano la risoluzione) e, qualora sia fatta mediante domanda giudiziaria, la scelta diventa irrevocabile. Inoltre, la norma precisa che “se la cosa consegnata è perita in conseguenza dei vizi, il compratore ha diritto alla risoluzione del contratto; se invece è perita per caso fortuito o per colpa del compratore, o se questi l'ha alienata o trasformata, egli non può domandare che la riduzione del prezzo”. Quanto agli effetti della risoluzione, l'art. 1493 c.c. stabilisce che il venditore deve restituire il prezzo e rimborsare al compratore le spese ed i pagamenti legittimamente fatti per la vendita, mentre il compratore deve restituire la cosa, se questa non è perita.

comma che “il venditore deve altresì risarcire al compratore i danni derivanti dai vizi della cosa”³⁵¹.

L’azione risarcitoria prevista dall’art. 1494 c.c. è un’azione di natura contrattuale, che presuppone l’inadempimento colposo del venditore.

La giurisprudenza ha chiarito che “l’azione di risarcimento danni proposta dall’acquirente ai sensi dell’art. 1494 c.c. non si identifica con le azioni di garanzia di cui all’art. 1492 c.c., in quanto mentre la garanzia opera anche in mancanza della colpa del venditore, l’azione di risarcimento danni presuppone di per sé la colpa di quest’ultimo, consistente nell’omissione della diligenza necessaria a scongiurare l’eventuale presenza di vizi della cosa e può estendersi a tutti i danni subiti dall’acquirente. Da ciò consegue, tra l’altro, che questa azione può essere proposta anche cumulativamente o in alternativa alle azioni edilizie”³⁵².

Dunque, con l’azione di danni il compratore fa valere l’inadempimento, da parte del venditore, dell’obbligazione di comportamento presupposta dall’art. 1494 c.c., cioè del controllo inteso ad accertare l’eventuale presenza di vizi nella cosa venduta e la norma, più che presumere la colpa del debitore, richiama la regola generale dell’art. 1218 c.c., addossando al venditore l’onere di provare che l’accertamento dei vizi era impossibile per causa a lui non imputabile.

Queste conclusioni debbono valere per entrambi i commi di cui all’art. 1494 c.c.; infatti, il requisito della colpa, espressamente previsto dal primo

³⁵¹ La giurisprudenza ritiene che l’art. 1494 c.c. trova applicazione anche nel campo della grande distribuzione o della rivendita dei prodotti industriali di massa, nel senso che “il rivenditore è responsabile nei confronti del compratore del danno a lui cagionato dal prodotto difettoso, se non fornisce la prova di aver attuato un idoneo comportamento positivo tendente a verificare lo stato e la qualità della merce ed a controllare in modo adeguato l’assenza di vizi, tenendo conto che i doveri professionali del rivenditore, se non possono includere l’effettuazione di indagini e riscontri assidui su ogni singolo prodotto, impongono, secondo l’uso della normale diligenza, controlli periodici o su campione, onde evitare che notevoli quantitativi di merce presentino gravi vizi di composizione e conservazione”: così Cass. 26.11.1997 n. 11845, in *Giust. civ.*, *Mass.* 1997, 2272; Cass. 30.8.1991 n. 9277, *ivi*, 1991, f. 8.

Analogamente, in caso di c.d. vendite a catena la giurisprudenza precisa che “spettano all’acquirente due azioni: quella contrattuale, che sorge soltanto nei confronti del diretto venditore ai sensi dell’art. 1494 c.c., e quella extracontrattuale, che è esperibile dal compratore contro il produttore”: così Cass. 31.5.2005 n. 11612, in *Giust. civ.*, *Mass.* 2005, f. 5.

³⁵² Cfr. Cass. 7.6.2000 n. 7718, in *Vita not.*, 2000, 1477; Cass. 28.3.2001 n. 3425, in *Giust. civ.*, *Mass.* 2001, 449.

Secondo l’impostazione prevalente la diversità delle due azioni non esclude che, anche con riferimento alla domanda di risarcimento danni, debbano sussistere i presupposti della garanzia di cui all’art. 1490 c.c. e si applichino i termini di decadenza e prescrizione di cui all’art. 1495 c.c.. Sul punto la Cassazione ha affermato che “i termini di decadenza e prescrizione di cui all’art. 1495 c.c. riguardano tutte le azioni spettanti al compratore per i vizi della cosa e, pertanto, anche quella di risarcimento dei danni relativi” (v. Cass. 3.8.2001 n. 10728, in *Giust. civ.*, *Mass.*, 2001, f. 8-9; Cass. 13.3.1980 n. 1696, *ivi*, 1980, f. 3).

comma, deve intendersi richiesto anche per l'ipotesi di cui al secondo comma, come si può desumere facilmente dal collegamento logico e sistematico tra le due parti della norma in esame³⁵³. Invero, non è condivisibile l'impostazione seguita da una parte della dottrina, rimasta minoritaria, secondo cui la responsabilità prevista dal secondo comma sarebbe extracontrattuale. Al riguardo si è sostenuto che: al primo comma “i vizi della cosa venduta vengono in considerazione sotto il profilo del mancato conseguimento, da parte del compratore, del risultato contrattuale pattuito e la responsabilità gravante sul debitore è propriamente responsabilità per inadempimento contrattuale”; il secondo comma si occupa, invece, dei “danni derivanti dai vizi della cosa e questi non sono danni da inadempimento contrattuale bensì da fatto illecito, quale è il fatto di avere consegnato cose suscettibili di recare pregiudizio all'integrità fisica o ai beni dell'*accipiens*. Il che vuol dire che l'art. 1494, comma 2, introduce una speciale regola di responsabilità extracontrattuale oggettiva che, in deroga all'art. 2043 c.c., investe chi metta in vendita cose affette da vizi suscettibili di recare nocumento, concedendo la prova liberatoria dell'averne senza colpa ignorato i vizi della cosa”³⁵⁴.

Tuttavia, questa ricostruzione non convince perché contrasta con una doverosa lettura sistematica dell'art. 1494 c.c. che si trova collocato in ambito contrattuale e perché il codice disciplinando la materia dei vizi non fa alcun rinvio alle norme sulla responsabilità extracontrattuale.

Sul punto la Corte di legittimità ha costantemente affermato che “l'art. 1494 c.c. disciplina, *al primo come al secondo comma*, un'ipotesi di *responsabilità contrattuale del venditore* per inosservanza dell'obbligo di diligenza relativo allo stato della merce oggetto del trasferimento, con la

³⁵³ Si consideri, anche da un punto di vista testuale, l'utilizzo del termine “altresì”, di cui al secondo comma dell'art. 1494 c.c., con il quale si intende evidentemente richiamare quanto previsto al primo comma in tema di colpa. In questo senso vedi Greco - Cottino: *Della Vendita*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, libro quarto, 276; Luzzatto: *La compravendita*, edizione postuma a cura di Persico, Torino, 1961, 286-287; Rubino: *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1971, 825. In senso contrario vedi Galgano: voce *Vendita (dir. priv.)*, in *Enc. del diritto*, Varese 1993, 495, per il quale il secondo comma introduce una speciale regola di responsabilità extracontrattuale oggettiva che prescinde dalla colpa del venditore. Analogamente, cfr. Visentini: *Inadempimento e mora del debitore*, in *Codice civile, Commentario*, a cura di P. Schlesinger, artt. 1218-1222, Milano, 1987, 399, secondo cui entrambi i commi dell'art. 1494 c.c. si riferiscono ad una responsabilità di natura extra-contrattuale ove non rileva la colpa del debitore.

³⁵⁴ Si tratta dell'impostazione seguita da Galgano, voce *Vendita*, cit. 495. Nello stesso senso Cabella Pisù: *Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali*, Milano, 1983.

conseguenza che si tratta di azione risarcitoria proposta dal compratore *ex contractu*³⁵⁵.

La distinzione tra le due fattispecie risarcitorie previste dall'art. 1494 c.c. assume rilievo sotto il profilo del tipo di danni che possono essere risarciti.

Il primo comma riguarda danni tipicamente patrimoniali e comprende il c.d. interesse positivo, nel senso che il compratore deve essere posto in una situazione economica equivalente a quella in cui si sarebbe trovato se la cosa fosse stata immune da vizi³⁵⁶; così, anzitutto, vengono in rilievo le spese affrontate per eliminare il vizio³⁵⁷, i pregiudizi economici derivanti dalla temporanea inutilizzabilità della cosa³⁵⁸, il lucro cessante per la sua eventuale mancata rivendita³⁵⁹.

Va ora esaminato il secondo comma, che estende espressamente la responsabilità del venditore fino ai danni derivati dai vizi della cosa. Al fine di rinvenire un criterio distintivo con l'altra fattispecie risarcitoria, la dottrina dominante afferma che, mentre il primo comma dell'art. 1494 c.c. fa riferimento ai c.d. *danni diretti* (come le spese per la riparazione ed il lucro cessante), il secondo contempla i c.d. *danni indiretti* ed ulteriori, che la cosa viziata ha causato anzitutto alla persona del compratore, oltre che ad altri beni di sua proprietà ed ai terzi nei cui confronti il venditore sia chiamato a rispondere³⁶⁰.

³⁵⁵ Così, Cass. 21.1.2000 n. 639, in *Contratti*, 2000, 903: dalla natura contrattuale dell'azione risarcitoria di cui all'art. 1494 c.c., i giudici fanno discendere la sua inapplicabilità nei confronti del produttore, cui il compratore non è legato da alcun vincolo contrattuale.

³⁵⁶ Cfr. Cass. 1.2.1995, in *Giust. civ., Mass.*, che evidenzia come il primo comma dell'art. 1494 c.c. copra l'interesse positivo (danno emergente e lucro cessante) e non il c.d. interesse negativo, in quanto tale norma consente di ripristinare la stessa situazione in cui il compratore si sarebbe trovato se la cosa fosse stata immune da vizi e non ha, invece, la funzione di ripristinare la situazione eventualmente conseguente alla mancata conclusione del contratto o alla sua conclusione a prezzo inferiore. In tal senso è anche la posizione quasi unanime della dottrina.

³⁵⁷ Cfr. Cass. 17.8.1990 n. 8336, in *Giust. civ., Mass.* 1990, f. 7-8; Cass. 30.7.1983 n. 5425 in *Giust. Civ.*, 1984, I, 178.

³⁵⁸ A tali danni vanno aggiunti quelli derivanti dall'uso scorretto del bene viziato, causato da mancata informazione da parte del venditore: v., ad es., Trib. Biella 13.3.1975, in *Giur. merc.*, 1976, I, 324, con nota di Alpa.

³⁵⁹ Cfr. Cass. 7.6.2000 n. 7718, in *Giust. civ., Mass.*, 2000, 1241.

³⁶⁰ Va segnalato che si è fatta una ulteriore distinzione tra c.d. danni relativi, conseguenti all'inadempimento, e c.d. danni assoluti, in violazione, appunto, di diritti assoluti (cfr. Bianca: *La vendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, VII, t. 1, Torino, 1972, 986), in base alla quale la giurisprudenza di legittimità è giunta a limitare ai soli danni relativi l'ambito di applicazione della norma in esame, riconducendo, invece, i danni assoluti nell'alveo della norma generale dettata in tema di responsabilità aquiliana.

Cfr., in tal senso, Cass. 15.6.1988 n. 4089, in *Giust. civ., Mass.*, 1988, f. 6; Cass. 13.3.1980 n. 1669, in *Giust. civ.*, 1980, I, 1914, con nota di Alpa. Invece, in senso contrario, Bianca, *op. ult. cit.*, 987, che dopo avere qualificato in termini di responsabilità contrattuale l'azione risarcitoria di cui all'art. 1494 c.c., comma 2, ritiene che essa sia esperibile anche nell'ipotesi di lesione di diritti assoluti.

Il fatto che dottrina e giurisprudenza maggioritarie siano concordi nell'inquadrare l'azione di cui all'art. 1494, comma 2, c.c. nell'ambito della responsabilità contrattuale e nell'affermare, in base a questa disposizione, la risarcibilità dei pregiudizi di natura non economica, è un elemento significativo ai fini del presente lavoro. Invero, se si ritiene che il secondo comma dell'art. 1494 c.c. presuppona, a differenza delle azioni di cui all'art. 1492 c.c., l'inadempimento e la colpa del venditore e comprende, a differenza di quanto previsto dal primo comma, i danni c.d. indiretti tra cui quelli alla persona del compratore, non vi è ragione per negare l'inquadramento di questi danni nell'ambito dei pregiudizi di tipo non patrimoniale derivanti da un inadempimento e non vi è ragione di ricorrere allo strumento del cumulo di azioni.

Pertanto, a nostro avviso i risarcimenti riconosciuti dalla giurisprudenza per i danni alla persona del compratore, subiti in conseguenza dei vizi della cosa compravenduta, ben possono costituire una ipotesi di danno non patrimoniale da inadempimento, che trova il proprio referente normativo nell'ambito delle disposizioni contrattuali e quanto agli altri danni non patrimoniali basterà far richiamo a quanto osservato *supra*, Cap. III, § 4.

3.7 Vendita di beni di consumo

Per quanto concerne tale fattispecie, la cui disciplina attualmente è contenuta negli artt. 128-135 del codice del Consumo, il discorso deve essere impostato in modo diverso. Infatti, occorre tenere conto della peculiarità di questa normativa che, a fronte di un inconsueto obbligo del venditore di "consegnare al consumatore beni conformi al contratto di vendita" (art. 129 Cod. Cons.) e di un ampio ventaglio di *diritti* riconosciuti al consumatore in caso di inosservanza del suddetto obbligo (art. 130), non contiene alcun esplicito riferimento al risarcimento del danno. Occorre, quindi, verificare se il silenzio mantenuto dalla Direttiva comunitaria e dalla normativa interna di recepimento implichi l'esclusione del diritto al risarcimento a favore del consumatore oppure se a tale silenzio debba attribuirsi qualche altro significato.

In primo luogo devono essere esaminate le tematiche della natura dei rimedi offerti al consumatore dalla nuova disciplina e dei rapporti intercorrenti con le previgenti norme sulla compravendita.

Il dibattito dottrinale che ha fatto seguito all'emanazione della Direttiva 1999/44/CE è stato caratterizzato dalla contrapposizione di soluzioni interpretative tra loro diverse. Le due linee di pensiero che si sono contrapposte possono definirsi, con una certa approssimazione, teoria della garanzia e teoria della responsabilità e si basano su un diverso modo di interpretare gli artt. 129 e 130 Cod. Cons.³⁶¹, che racchiudono il nucleo concettuale della nuova disciplina.

In base ad una prima impostazione teorica gli strumenti di tutela offerti al consumatore dall'art. 130 Cod. Cons. dovrebbero essere ricondotti nello schema della garanzia, in quanto "la disciplina della vendita di beni di consumo rappresenta un'evoluzione dell'antico concetto, per l'innanzi saldamente ancorato alle azioni edilizie (*actio redibitoria* e *actio quanti minoris*), e dunque destinato ad esplicitare i suoi effetti sul piano della mera rilevanza economica dell'affare, ed ora ricalibrato per consentire il soddisfacimento dello stesso interesse perseguito dal compratore con il contratto di vendita, il c.d. fine specifico di consumo³⁶².

³⁶¹ L'art. 129 Cod. Cons. impone al venditore di consegnare al consumatore beni conformi al contratto di vendita; l'art. 130 Cod. Cons. considera il venditore responsabile nei confronti del consumatore per qualsiasi difetto di conformità esistente al momento della consegna.

³⁶² Così Nicolussi: *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, in Eur. dir. priv., 2003, 530 e ss.. Si segnalano, poi, le considerazioni di Mazzamuto: *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita dei beni di consumo*, in *Europa e dir. priv.* 2004, 1067. In particolare, questo Autore afferma che, anche per la vendita di beni di consumo, si deve parlare di garanzia e non di responsabilità in quanto non può ritenersi che la consegna di un bene conforme e, quindi, il relativo controllo di conformità, possano costituire l'oggetto dell'obbligazione contrattuale posta a carico del venditore. Più precisamente si afferma che: "l'oggetto della consegna è il bene specifico o individuato e, dunque, il bene come esso è qui ed ora...Al contenuto dell'obbligazione di consegna rimane estraneo qualsiasi profilo obbligatorio che abbia tratto ad un'attività positiva tesa a conformare il modo di essere della cosa e vi si ricollega tutt'al più l'obbligazione accessoria di custodia, di cui all'art. 1177 c.c., reputata un'obbligazione di mezzi, il cui contenuto consiste nello svolgimento di un'attività diligente allo scopo di conservare il bene da consegnare, al fine di preservarlo da accadimenti che possano determinare il deterioramento o la perdita...L'obbligazione di consegna rappresenta un elemento estremamente controverso del contratto di compravendita, tanto che da più parti se ne afferma la natura di effetto normale e non anche essenziale, in quanto nella compravendita l'obbligazione di consegnare materialmente il bene può in concreto mancare (*traditio brevi manu*) o essere differita (*costituito possessorio*)...La riconduzione della disciplina della vendita di beni di consumo all'alveo della responsabilità per inadempimento presuppone il riconoscimento dell'obbligazione del venditore di verifica e di eventuale ripristino della conformità dei beni commerciali e soltanto con l'attribuzione di un tale contenuto alla generica e declaratoria obbligazione di consegna di beni conformi si può considerare soddisfatta l'imprescindibile simmetria tra oggetto dell'obbligazione inattuata e contenuto dell'azione di adempimento. L'Autore sostiene che l'inquadramento giuridico dei rimedi di cui all'art. 130 Cod. Cons. nell'ambito della forma della *garanzia* non è dettata tanto dall'impossibilità logica di concepire l'evento cui mira il contratto (ad es., l'assenza di vizi) come obbligo di prestazione, quanto piuttosto "da ragioni di opportunità e da valutazioni di ordine economico", nel senso che sono proprio le ragioni "di efficienza del mercato che rendono preferibile l'inquadramento degli effetti della difformità del contratto nella forma giuridica della garanzia".

Tuttavia, questa ricostruzione non tiene conto del fatto che la peculiare fisionomia economica della vendita di beni di consumo ha indotto il legislatore, comunitario e nazionale, a predisporre una regolamentazione che intende discostarsi notevolmente dagli schemi tradizionali offerti all'acquirente ai sensi degli artt. 1490 e ss.. Ciò si deduce sia dalla innovativa terminologia usata (si parla di "obbligo" del venditore di "consegnare beni conformi" e di "responsabilità" del venditore nei confronti del consumatore per "ogni difetto di conformità") sia dal contenuto dei rimedi (costituiti in via preferenziale dalla "riparazione o sostituzione" del bene).

Con la nuova disciplina si è accordata preminenza all'interesse del compratore al conseguimento di un bene dotato di specifiche caratteristiche e qualità ed a tal fine è stato introdotto un sistema di tutele incentrato sulla priorità di quello che può essere definito come un vero e proprio "diritto all'esatto adempimento"³⁶³, con la conseguenza che il nuovo apparato normativo non può essere letto secondo i consueti schemi del contratto di compravendita.

Secondo la prevalente dottrina si è di fronte ad un vero e proprio ampliamento dell'area della responsabilità da inadempimento del venditore³⁶⁴, che viene estesa fino a sanzionare ogni difetto di conformità del bene compravenduto.

Il c.d. "difetto di conformità" costituisce un concetto unitario, ampio ed omnicomprensivo, il quale, sebbene già presente nella Convenzione di Vienna (art. 135) sui contratti di vendita internazionale di beni mobili, risulta nuovo per il sistema giuridico italiano imperniato, in materia di compravendita, sulla distinzione tra vizi materiali (art. 1490 c.c.), mancanza di qualità essenziali o promesse (art. 1497 c.c.), difetto di funzionamento (art. 1512 c.c.) e *aliud pro*

³⁶³ Cfr., in particolare, Falzone Calvisi: *Garanzie legali nella vendita: quale riforma*, in *Contr. Impr/Eur.*, 2000, 461; Amadio: *Proprietà e consegna nella vendita di beni di consumo*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 133 e 150; Luminoso : *Appunti per l'attuazione della direttiva 1999/44/CE e per la revisione della garanzia per vizi nella vendita*, in *Contr. Impr/Eur.*, 2001, 108 ss..

³⁶⁴ Accolgono la c.d. "teoria della responsabilità", affermando che gli obblighi di cui all'art. 129 Cod. Cons. hanno la natura di obbligazione contrattuale: De Cristofaro: *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore: L'ordinamento italiano e la direttiva 99/44/CE sulla vendita e le garanzie di beni di consumo*, Padova, 2000, 53; De Cristofaro: *La nuova disciplina codicistica dei contratti per la fornitura di beni mobili conclusi dai consumatori con professionisti*, in *Studium Iuris*, 2002, 1180; Iurilli: *Autonomia contrattuale e garanzie nella vendita di beni di consumo*, Milano, 2004, 130 ss.; Amadio: *La "conformità del contratto" tra garanzia e responsabilità*, in *Contr. Impr/Eur.*, 2001, 10; Pisciotta: *Scambio di beni di consumo e modelli codicistici di protezione dell'acquirente*, Napoli, 2003, 62 ss. e 140 ss..

alio (categoria di creazione giurisprudenziale), distinzione che, limitatamente alla vendita di beni di consumo, deve ritenersi definitivamente superata³⁶⁵.

Sotto il profilo dogmatico si può affermare che la prestazione dovuta dal professionista sembra rivolta, più che a realizzare una condotta umana, ad assicurare un risultato oggettivo, relativo al modo di essere della cosa, che in passato si riteneva non potesse formare oggetto di obbligazione in senso tecnico e che ora costituisce l'esito necessitato di una corretta interpretazione della nuova disciplina in materia di beni di consumo³⁶⁶.

Pertanto, nei contratti relativi all'acquisto di beni di consumo la conformità del bene al contratto deve configurarsi come l'oggetto non di una garanzia in senso tecnico bensì di una specifica obbligazione gravante sul professionista, diversa ed autonoma sia da quella avente ad oggetto il trasferimento della proprietà sia da quella di consegna del bene, le quali rimangono invece interamente ed esclusivamente assoggettate alla disciplina generale del contratto e dei singoli tipi contrattuali³⁶⁷. Di conseguenza, la violazione della suddetta obbligazione contrattuale da parte del venditore va ricondotta nell'alveo della responsabilità da inadempimento, il cui presupposto necessario è che il difetto di conformità (oltre a manifestarsi nel termine di due anni, ex art. 132, co. 1, Cod. Cons.) sussista al momento della consegna del bene di consumo, e ciò anche indipendentemente dall'accertamento della colpa

³⁶⁵ Sul punto si vedano i contributi di De Cristofaro: *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, cit., 64; Bin: *Per un dialogo con il futuro legislatore dell'attuazione: ripensare l'intera disciplina della non conformità dei beni nella vendita alla luce della direttiva*, in *Contr. Impr/Eur*, 2000, 45; Bianca: *Consegna di aliud pro alio e decadenza dai rimedi per omessa denuncia nella direttiva 99/44/CE*, in *Contr. Impr/Eur.*, 2001, 16.

³⁶⁶ Quanto al contenuto dell'obbligazione del professionista di consegnare beni conformi al contratto, le qualità e le caratteristiche che il bene di consumo deve possedere sono, in primo luogo, quelle individuate dalle clausole del regolamento negoziale adottato dalle parti, predisposte unilateralmente dal professionista o da questi negoziate con il consumatore nell'ambito di una trattativa individuale. Nel caso in cui le qualità o caratteristiche del bene di consumo non abbiano totalmente o parzialmente formato oggetto di apposite pattuizioni, o la sussistenza di tali pattuizioni non sia dimostrabile, si può fare ricorso alle regole integrative o suppletive stabilite dall'art. 129, comma 2, Cod. Cons., che non si escludono a vicenda, ma sono destinate, ricorrendone i presupposti, a trovare applicazione cumulativa per determinare i contenuti dell'obbligazione, gravante sul professionista, di consegnare beni conformi al contratto. In argomento, v. Mariconda: *Conformità al contratto dei beni di consumo e onere della prova*, in *Corr. Giur.*, 2002, 1099, secondo cui le "circostanze menzionate dalla disposizione rappresenterebbero le caratteristiche o requisiti che il bene di consumo deve possedere per poter corrispondere al modello di bene che si presume conforme al contratto".

³⁶⁷ Così, De Cristofaro: *La nuova disciplina codicistica dei contratti per la fornitura dei beni mobili conclusi dai consumatori con professionisti*, cit., 1314.

del professionista, in quanto si è di fronte ad una “nozione oggettiva di inadempimento, quale difetto di conformità”³⁶⁸.

Non vi è dubbio, allora, che “il diritto al ripristino, il quale costituisce una novità per i sistemi di *civil law* che si ispirano al principio della garanzia, si iscrive ora a pieno titolo tra i rimedi contro l’inadempimento e ciò nei termini di un’azione per l’esatto adempimento; mentre anche la riduzione adeguata del prezzo e la risoluzione, cioè i tradizionali rimedi di romana memoria, finiscono per perdere la loro origine convenzionale per assumere il carattere di rimedi legali contro l’inadempimento”³⁶⁹.

Al riguardo si è sostenuto in dottrina che “il legislatore comunitario, sia pure per questo tipo di vendita, ha inteso collegare il rimedio (cioè l’azione di esatto adempimento) direttamente al contenuto programmatico del contratto rapportato al bene che è oggetto di esso”³⁷⁰.

La chiave di lettura della novella ispirata dalla direttiva comunitaria deve prendere le mosse necessariamente dall’art. 1453 c.c., inteso come norma generale di reazione all’inadempimento, in quanto il “diritto al ripristino” previsto dall’art. 130 Cod. Cons. non è altro che un “diritto all’esatto adempimento” e costituisce un surrogato della stessa azione di esatto adempimento.

Pertanto, il diritto al risarcimento del danno non può essere escluso *a priori* per il solo fatto della sua mancata menzione nel corpo della Direttiva.

Ciò trova conferma nel contenuto sia della norma di apertura della nuova disciplina (art. 128 Cod. Cons.), in cui si precisa che essa si riferisce solo a “taluni aspetti dei contratti di vendita”, e cioè quelli strettamente connessi al problema della non conformità al contratto dei beni acquistati dai consumatori, sia della norma di chiusura, laddove si afferma che le nuove norme “non escludono né limitano i diritti che sono attribuiti al consumatore da altre norme dell’ordinamento giuridico”.

Sulla base degli artt. 1453 e 1218 c.c. si può affermare il diritto del consumatore a domandare il risarcimento sia del c.d. danno inadempimento consistente nel non immediato raggiungimento dell’utilità finale perseguita con

³⁶⁸ In questi termini, vedi Di Majo: *Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo*, in *Europa e dir. priv.*, 2002, 13.

³⁶⁹ Così Di Majo: *Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo*, cit. 13.

³⁷⁰ In tal senso, Di Majo: *Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo*, cit. 8.

il contratto (e cioè la non immediata conformità del bene al contratto e, quindi, il ritardo nell'adempimento)³⁷¹ sia degli eventuali danni ulteriori rispetto a quello cui l'ordinamento pone rimedio con il diritto al ripristino.

In definitiva, appare coerente con una interpretazione sistematica delle norme in materia di vendita di beni di consumo affermare che, pure in assenza di una disciplina *ad hoc* per il risarcimento del danno-conseguenza nel caso di inadempimento all'obbligazione di conformità, il consumatore abbia comunque la possibilità di esperire l'azione ex art. 1218 c.c., con la quale può ottenere il risarcimento non solo dei danni patrimoniali ma anche dei pregiudizi di natura non patrimoniale che rientrano, come sopra sostenuto, nell'area di operatività di quest'ultima norma e che, proprio con riferimento alla vendita di beni di consumo, possono costituire una conseguenza ulteriore – meritevole di tutela – dell'inadempimento del venditore.

Come si è visto, nella vendita di beni di consumo al momento della conclusione del contratto sorge automaticamente per il venditore l'obbligazione di conformità, che si ritiene adempiuta in una serie di ipotesi descritte dall'art.

³⁷¹ Autorevole dottrina evidenzia che “ove si ritenga che la direttiva abbia in certa misura anche innovato sul rapporto garanzia-inadempimento, travasando contenuti della prima nel secondo, è da ritenere che anche il regime legale del risarcimento nella vendita dei beni di consumo ne rimanga influenzato” (così, Di Majo: *Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo*, cit., 13). In particolare, l'A. evidenzia che la previsione del risarcimento deve fare i conti con la nozione *oggettiva* di inadempimento, quale *difetto di conformità*. Invero, la responsabilità del venditore è costruita attorno all'inadempimento dell'obbligo di conformità, che ricorre tutte le volte in cui viene consegnato un bene con qualsiasi difetto, da valutarsi alla stregua di presunzioni/criteri posti dalla legge. Così, per le ipotesi previste dalle lett. a), b), c), d), co. 2, art. 129 Cod. Cons., il difetto di conformità sarà considerato comunque inadempimento del venditore e le uniche ipotesi di esonero dalla responsabilità (“non vi è difetto di conformità”) fanno riferimento al comportamento poco diligente del consumatore (art. 129, co. 3 Cod. Cons.). In questi casi la responsabilità del venditore sarà esclusa dalla prova che “il consumatore era a conoscenza del difetto” o “non poteva ignorarlo con l'ordinaria diligenza” o che il difetto di conformità “deriva da istruzioni o materiali forniti dal consumatore”. Allo stesso modo, ai sensi dell'art. 129, co. 4, Cod. Cons., il venditore non può essere considerato responsabile se dimostra che le dichiarazioni pubbliche non gli sono imputabili (perché non ne era a conoscenza, o perché la dichiarazione è stata adeguatamente corretta o perché non ha comunque influenzato la decisione del consumatore). Tanto precisato, occorre poi verificare se effettivamente rimangano margini per un'azione diretta ad ottenere anche il risarcimento del danno derivante dalla non immediata conformità al contratto. Nel caso di ripristino o riparazione del bene senza spese per il consumatore, il risultato da costui perseguito dovrebbe ritenersi raggiunto, per cui non dovrebbe esservi spazio per proporre un'azione risarcitoria tendente a ristorare l'acquirente-consumatore per l'insoddisfazione derivante dall'acquisto. Tuttavia, anche in tale ipotesi non può escludersi la configurabilità di danni da ritardo nell'adempimento, risarcibili secondo le regole generali.

Peraltro, l'art. 13°, co. 7, lett.c) Cod. Cons. prende anche in considerazione il caso in cui “la riparazione o la sostituzione precedentemente effettuata ha arrecato notevoli inconvenienti al consumatore”. L'ipotesi è prevista quale presupposto che consente il passaggio al rimedio della riduzione del prezzo o della risoluzione: in questo caso il consumatore, insieme al ricorso ad uno dei due rimedi, potrà chiedere il risarcimento dei danni connessi ai “notevoli inconvenienti”.

129, co. 2, Cod. Cons. (*lett. a-d*). In tutte le suddette ipotesi vengono individuati dei criteri (c.d. presunzioni di conformità) alla cui stregua può essere valutato il soddisfacimento del consumatore-acquirente. Da tali criteri si desume che il pieno soddisfacimento del creditore-consumatore è raggiunto nel caso in cui lo stesso consegua il proprio *interesse*, che consiste nell'ottenimento non tanto della consegna del bene oggetto della compravendita quanto della utilità finale attesa.

Tale utilità del consumatore può corrispondere ad un interesse non patrimoniale (art. 1174 c.c.) che può essere espressamente esplicitato (art. 129, co. 2, lett *d*) o può desumersi ragionevolmente dalla stessa natura del bene compravenduto (art. 129, co. 2, lett.*c*) al momento della conclusione del contratto.

Pertanto, anche nella vendita dei beni di consumo la risarcibilità della lesione di interessi non patrimoniali deve essere ammessa purchè rientranti nello scopo di protezione del contratto e sempre che sussista la prevedibilità del danno da parte del debitore. I danni prevedibili al momento della conclusione della vendita sono quelli riconducibili al mancato soddisfacimento di tutti gli interessi (anche non patrimoniali) del creditore-consumatore, corrispondenti all'utilità finale attesa dallo stesso e desumibili o dalle dichiarazioni rese dal consumatore (cui il Codice del Consumo conferisce espressamente rilievo) oppure anche oggettivamente dalla natura del bene compravenduto.

Peraltro, le presunzioni o criteri di conformità consentono un'applicazione elastica del principio posto dall'art. 1225 c.c. in tema di prevedibilità del danno³⁷², fermo restando che il consumatore deve in ogni caso fornire la prova di tale ulteriore pregiudizio.

³⁷² A favore del risarcimento del danno non patrimoniale contrattuale in caso di vendita di beni di consumo vedi PISCIOTTA, *Il risarcimento del danno*, in *La vendita di beni di consumo*, a cura di ALESSI, Milano, 2005, 103 e ss., la quale ritiene che proprio "in caso di inadempimento consistente nella non conformità del bene al contratto, il risarcimento potrà avere ad oggetto tanto i danni patrimoniali quanto quelli non patrimoniali e questi ultimi quando lo scopo di protezione sia oggettivamente o (meglio ancora) soggettivamente considerato come aspetto essenziale del comportamento dedotto in obbligazione". L'Autrice fa l'esempio dell'acquisto di vetri isolanti acustici da parte di un consumatore; in questa ipotesi lo "scopo di protezione" del comportamento dedotto in obbligazione (come obbligo di protezione) consiste nel fornire un bene destinato a tutelare la salute del consumatore dall'inquinamento acustico. Il difetto di conformità (inadempimento), oltre a produrre un danno patrimoniale, determina un danno che consiste nella lesione dell'interesse perseguito dal creditore (utilità finale) non rilevante patrimonialmente che si desume però oggettivamente dalla stessa natura del bene e che consiste appunto nel diritto di essere protetto dall'inquinamento acustico. Nel caso di inadempimento dell'obbligo di conformità al contratto, consistente nella mancata consegna di quei vetri con

quelle determinate caratteristiche, il consumatore potrebbe ottenere anche il risarcimento del danno consistente nella lesione di quell'interesse non patrimoniale manifestato ovvero desumibile oggettivamente al momento della conclusione del contratto.

Bibliografia ragionata

La bibliografia sul tema, specialmente a seguito delle recenti pronunce delle S.U. della Corte di Cassazione dell'11 novembre 2008, è in costante evoluzione e necessita di costante aggiornamento.

Per un inquadramento di carattere generale si segnalano da ultimo:

ANGIULI A., *Il danno non patrimoniale agli enti collettivi tra danno-evento e danno-conseguenza*, in *Giur. it.*, 2008, 878 ss.;

ASCOLI, *Sulla risarcibilità del danno morale*, in *Riv. dir. civ.*, 1934;

BARCELLONA M., *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2008;

BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1964;

BARCELLONA M., *Attribuzione normativa e mercato nella teoria dei beni giuridici*, in *Quadrimestre*, 1987;

BELFIORE A., *i beni e le forme giuridiche di appartenenza. A proposito di una recente indagine*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p.855 ss.

BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 1994;

BIANCA, *Diritto Civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 1994;

BIONDI B., *I beni*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, Torino, 1956;

BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983;

BONILINI, *Responsabilità extracontrattuale*, in *Encicl. dir.*, vol. XXXIX Milano, 1988;

BRUGI, *Risarcimento del danno morale*, in *Riv. dir. comm.*, 1921, II;

BURDESE, *Manuale di diritto privato italiano*, Torino, 1974;

BUSNELLI, *Interessi della persona e risarcimento del danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996;

CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, ed. III, 2006;

CASTRONOVO C., *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Europa e diritto privato*, 2008, 315 ss.;

CATAUDELLA A., *La tutela civile della vita privata*, Milano, 1972;

CESAREO CONSOLO, *Trattato sul risarcimento del danno in materia di delitti e quasi delitti*, Torino, 1908;

COVIELLO, *L'art.185 del codice penale e la risarcibilità dei danni morali in*

materia civile, in *Riv. dir. civ.*, 1932, p.317;

D'ADDA: *Il cosiddetto danno esistenziale e la prova del pregiudizio*, nota a Cass. 7.6.2000 n. 7713, in *Foro it.*, 2001, I, 187;

D'ANGELO, *Limitata prospettiva di vita e quantificazione del danno* nota a Cass. 9.5.2000 n. 5881, in *Danno e resp.*, 2001, 169;

DE CUPIS, *Il danno*, vol. I, Milano, 1979;

DEL PUNTA R., *Le disquisizioni finiscono qui: il giudice di merito di fronte al danno non patrimoniale*, in *Foro toscano*, 2008, 286 ss.;

DI MAJO, *Incontro di formazione organizzato dal CSM del 13 novembre 2007*;

FRANZONI M., *Prove di assetto per il danno non patrimoniale: alcune suggestioni*, in *Corriere giur.*, 2008, 621 ss.;

GABBA, *Contributo alla teorica del danno e del risarcimento in diritto civile italiano*, in *Giur. It.*, 1896, I, 2, c.570;

GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2001;

GIANTURCO, *Diritto delle obbligazioni. Lezioni di diritto civile raccolte da A. Rubilli e L. Gianturco*, Napoli, 1894;

GIORGIANI, *L'obbligazione*, Milano, 1968;

GRASSI U., *I danni non patrimoniali ed il "doppio" art. 2043 c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 943 ss.;

GUERINONI E., *Il nuovo danno non patrimoniale*, Torino, 2009;

MACCHIAVELLO E., *La Cassazione si pronuncia sul caso Stalteri: da potenziale leading case sui danni da fumo a sentenza sul "nuovo" danno non patrimoniale*, in *Giur. it.*, 2008, 1392 ss.;

MESSINETTI D., *Oggetto dei diritti*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p.809;

MESSINETTI D., *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, Milano, 1970, p.54;

PACCHIONI, *Del risarcimento dei danni morali*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, II;

PACCHIONI, *Della irrisarcibilità dei danni morali*, *ivi*, 1922, II;

PACCHIONI, *Dei delitti e dei quasi delitti*, in *Diritto civile italiano*, parte II, diritto e obbligazioni, vol. IV;

PARADISO M., *"Danno esistenziale" e "danni non patrimoniali" tra ingiustizia del danno e abrogazione di fatto dell'art. 2059 c.c.*, Atti del convegno *"I danni: verso quali prospettive"*, Catania, 23 e 24 novembre 2007;

PARADISO M., *Il danno alla persona*, Milano, 1981;

PARADISO M., “*Danno esistenziale*” e “*danni non patrimoniali*” tra ingiustizia del danno e abrogazione di fatto dell’art. 2059 c.c., in *Danno e resp.*, 2008, 943 ss.;

PERFETTI, *Prospettive di un’interpretazione dell’art.2059 c.c.*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1978;

PONZANELLI G., *I giudici di pace, i principi informativi e la riparazione del danno non patrimoniale nel giudizio di equità*, in *Danno e resp.*, 2008, 1258 ss.;

PONZANELLI G., *Ci vuole un diritto fondamentale per la concessione del danno non patrimoniale*, in *Danno e resp.*, 2008, 445 ss.;

PROCIDA MIRABELLI di LAURO A., *Le Sezioni unite e il danno non patrimoniale: luci ed ombre*, in *Diritto e giur.*, 2008, 527 ss.;

RAVAZZONI, *La riparazione del danno non patrimoniale*, Milano, 1962;

RICCIUTO - ZENO ZENCOVICH, *Il danno da mass media*, Padova, 1990;

ROVELLI, *L’art.185 cod. pen. e la risarcibilità dei danni non patrimoniali*, in *Riv. dir. priv.*, 1935, II;

SALVI, *Il danno extracontrattuale, modelli e funzioni*, Napoli, 1985;

SCOGNAMIGLIO R., *Il danno morale*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, 316;

SCOZZAFAVA T. O., *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano, 1982;

SCUTO, *Osservazioni sul danno non patrimoniale e sulla sua risarcibilità nel nostro diritto positivo*, in *Dir. e giur.*, 1954;

SOPPA E., *Danno risarcibile ex art. 2050 c.c.: compatibilità tra responsabilità presunta, responsabilità oggettiva e danno non patrimoniale*, in *Danno e resp.*, 2008, 1213 ss.;

ZENO-ZENCOVICH V., *Cosa*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, IV, Torino, 1989, p. 438;

ZIVIZ P., *Danno non patrimoniale: mossa obbligata per le Sezioni unite*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 1011 ss.

Per un commento delle sentenze delle S.U. dell'11 novembre 2008 e, più in generale, sul nuovo assetto delineato dalle pronunce citate, cfr.:

BILOTTA F., *I pregiudizi esistenziali: il cuore del danno non patrimoniale dopo le S.U. del 2008*, in *Resp. civ.*, 2009, 45 ss.;

BUSNELLI F., *Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*,

2009, 97 ss.;

CACACE, *Ancora a proposito di nascite indesiderate*, in *Danno e resp.*, 2003, 1233;

CAPONI R., *Interpretazione adeguatrice "sconfinata"? (La giurisprudenza della Corte di cassazione sul danno non patrimoniale)*, in *Giur. it.*, 2009, 1029 ss.;

CASSANO G., *Danno non patrimoniale ed esistenziale: primissime note critiche a Cassazione civile, Sezioni unite, 11 novembre 2008, n. 26972*, in *Giur. it.*, 2009, 259 ss.;

CASSANO G., *La giurisprudenza della Cassazione in tema di danno non patrimoniale ed esistenziale dal 2006 alle Sezioni Unite 26972/2008*, in *Arch. giur. circ. sin. strad.*, 2009, 2, 93 ss.;

CASTRONOVO C., *Danno esistenziale: il lungo addio*, in *Danno e resp.*, 2009, 5 ss.;

CHINDEMI D., *Una nevicata su un campo di grano*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 219 ss.;

CONTE G., *Il difficile equilibrio tra l'essere e l'avere: alcune considerazioni critiche sulla nuova configurazione del danno non patrimoniale*, in *Giur. it.*, 2009, 1030 ss.;

DI MAJO, *Mezzi e risultati: una storia infinita*, in *Corr. Giur.*, 2005;

FACCI G., *Il danno non patrimoniale dopo le sentenze dell'11.11.2008*, in *Resp. civ.*, 2009, 52 ss.;

FACCI G., *Il danno non patrimoniale nelle relazioni familiari dopo le sentenze delle sezioni unite dell'11 novembre 2008*, in *Famiglia e diritto*, 2009, II;

FORNACIARI M., *Il danno non patrimoniale dopo le sezioni unite: prime impressioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 803 ss.;

FRANZONI M., *Il danno non patrimoniale nel diritto vivente*, in *Corr. giur.*, 2009, 5 ss.;

GAZZARRA M., *Danno non patrimoniale da inadempimento: le Sezioni Unite e le prime applicazioni della giurisprudenza di merito*, in *Danno e responsabilità*, 2009, III;

GUGLIELMUCCI, *Riflessioni in tema di danni da procreazione*, in *Danno e resp.*, 2007, f. 10, 957 e ss.;

LAMARQUE E., *Il nuovo danno non patrimoniale sotto la lente del costituzionalista*, in *Danno e resp.*, 2009, 363 ss.;

LANDINI S., *Danno biologico e danno morale soggettivo nelle sentenze della Cass. SS.UU. 26972, 26973, 26974, 26975/2008*, in *Danno e resp.*, 2009, 45 ss.;

MAZZAMUTO S., *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, in *Contratto e impresa*, 2009, 589 ss.;

MAZZARESE, *Le obbligazioni penali*, Padova, 1986;

MENGONI V., *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi (Studio critico)*, in *Riv. dir. civ.*, 1954, I;

MONATERI P. G., *Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 56 ss.;

MOSCARINI: *Riflessioni sulla risarcibilità del danno per violazione del diritto a non nascere*, in *Famiglia*, 2005, 193 ss.;

NAVARRETTA E., *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 63 ss.;

PERLINGIERI P., *L'onnipresente art. 2059 c.c. e la "tipicità" del danno alla persona*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, 520 ss.;

POLETTI D., *La dualità del sistema risarcitorio e l'unicità della categoria dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 76 ss.;

PONCIBÒ C., *Gli enti: dal danno morale al "nuovo" danno non patrimoniale*, in *Danno e resp.*, 2009, 237 ss.;

PONZANELLI G., *Sezioni unite: il «nuovo statuto» del danno non patrimoniale (Nota a Cass. 11 novembre 2008. n. 26973)*, in *Foro it.*, 2009, I, 134 ss.;

PROCIDA MIRABELLI di LAURO A., *Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni unite. Un "de profundis" per il danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2009, 32 ss.;

RICCIO A., *Verso l'atipicità del danno non patrimoniale: il mancato rispetto dei vincoli derivanti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo solleva una nuova questione di costituzionalità dell'art. 2059 c.c.?*, in *Contratto e impresa*, 2009, 277 ss.;

ROSSETTI M., *Post nubila phoebus, ovvero gli effetti della sentenza delle sezioni unite n. 26972 del 2008 in tema di danno non patrimoniale*, in *Giust.*

Civ. 2009, 930;

SCOGNAMIGLIO C., *Il sistema del danno non patrimoniale dopo le decisioni delle Sezioni Unite*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 261 ss.

SCOGNAMIGLIO R., *Il danno non patrimoniale innanzi alle Sezioni Unite*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, 486 ss.

SGANGA C., *Le Sezioni unite e l'art. 2059 c.c.: censure, riordini e innovazioni del dopo principio*, in *Danno e resp.*, 2009, 50 ss.;

SIMONE, *Danno alla persona per nascita indesiderata*, in *Danno e resp.* 2002, 493;

TOMARCHIO V., *L'unitarietà del danno non patrimoniale nella prospettiva delle Sezioni unite*, in *Giur. it.*, 2009, 318 ss.;

TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, 1954;

VALLEBONA A., *Il danno non patrimoniale tra presunzioni semplici e presunzioni giurisprudenziali (nota a Cass. civ. Sez. Un., 16 febbraio 2009, n. 3677)*, in *Mass. giur. lav.*, 2009, 317 ss.

VETTORI G., *Danno non patrimoniale e diritti inviolabili*, in *Obbl. contr.*, 2009, 103 ss.

Viglione, *Prestazione d'opera intellettuale e disciplina applicabile tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato*, in *La Nuova giur. civ. comm.*, 2006, f. 7-8, pt. 1, 835;

ZIVIZ P., *Il danno non patrimoniale: istruzioni per l'uso*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 94 ss.;

ZIVIZ P., *Le «magnifiche sorti e progressive» dell'impianto teorico delle Sezioni Unite*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 765 ss.

Sul danno non patrimoniale per inadempimento, anche alla luce della giurisprudenza più recente, si vedano:

AMADIO, *La condizione di adempimento. Contributo alla teoria del negozio di condizionamento*, Padova, 1966;

AMATO C., *I primi passi del danno non patrimoniale per inadempimento contrattuale dopo le Sezioni unite di San Martino*, in *Danno e resp.*, 2009, 771 ss.

AMORTH, *Errore e inadempimento*, Milano, 1967;

BILOTTA, *Inadempimento contrattuale e danno esistenziale*, nota a G.d.P. Verona 16.3.2000, in *Giur. it.*, 2001, I, 1159;

BONA C., *Danno non patrimoniale da inadempimento: risarcibilità e limiti*, in *Danno e resp.*, 2008, 185 ss.;

CARINGELLA F., *Manuale di diritto civile*, III, *Il contratto*, Varese, 2007, 1085;

CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997;

CICERO C., *Inadempimento contrattuale e danno non patrimoniale. Verso il tramonto del danno esistenziale, all'alba del nuovo danno morale*, in *Riv. giur. sarda*, 2009, 16 ss.

CITARELLA G., *Danno non patrimoniale e contratto*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 434 ss.

COLACINO G., *Inadempimento, danno non patrimoniale e regole di responsabilità*, in *Contratto e impresa*, 2009, 649 ss.;

COSTANZA, *Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987;

DALMARDELLO, *Danni morali contrattuali*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1933;

DI MAJO, *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. Giur. Treccani*, IV;

DI MARZIO, *Danno non patrimoniale da inadempimento: le prime pronunce di merito dopo le Sezioni Unite*, in *Responsabilità civile e previdenza*, n°12 del dicembre 2009;

FERRI G. B., *Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, I;

FRANZONI M., *Il danno morale e il danno non patrimoniale da inadempimento*, in *Resp. civ.*, 2009, 581 ss.;

GAZZARRA M., *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Napoli, 2003;

GIARDINA F., *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, Milano, 1993, in *Riv. crit. dir. priv.* 1987, 79

GORGONI, *Il contratto tra la gestante e il ginecologo ha effetti protettivi anche nei confronti del padre*, nota a Cass. 10.5.2002 n. 6735, in *Resp. civ. prev.*, 2003, 117 e ss.;

LIBERATI A., *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Padova, 2004;

MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984;

MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (Analisi comparata di un problema)*, Padova, 1989;

PARTISANI R., *Il danno non patrimoniale da inadempimento della obbligazione, nella rilettura costituzionalmente orientata dell'art. 1218 c.c.*, in *Resp. civ.*, 2009, 68 ss.;

POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma, 1914;

RAVAZZONI, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, in *Studi in memoria di Donatuti*, II, Milano, 945;

ROSSELLO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in ALPA e BESSONE, *La responsabilità civile*, I, 289;

SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *NDI*, XV, 670;

TESCIONE F., *Il danno non patrimoniale da contratto*, Napoli, 2008;

TESCIONE F., *Il danno non patrimoniale da contratto: le apparenti asimmetrie sistemiche*, in *Danno e resp.*, 2009, 373 ss.;

TESCIONE F., *Per una concezione unitaria del danno non patrimoniale (anche da contratto) oltre l'art. 2059 c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, 530 ss.;

TOMARCHIO V., *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Napoli, 2009;

TRIMARCHI, *Clausola penale*, in *Noviss. Dig. It.*, III, Torino, 1959;

ZACCARIA A., *Il risarcimento del danno non patrimoniale in sede contrattuale*, in *Resp. civ.*, 2009, 28 ss.

ZENO-ZENCOVICH, *Interesse del creditore e danno contrattuale non patrimoniale*, in *Riv. dir. comm.*, 1987.

Sul danno non patrimoniale con riferimento a specifiche fattispecie:

AMADIO, *La "conformità del contratto" tra garanzia e responsabilità*, in *Contr. Impr/Eur.*, 2001;

AMADIO, *Proprietà e consegna nella vendita di beni di consumo*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I;

ASQUINI, *Massime non consolidate in tema di responsabilità nel trasporto di persone*, *Riv. dir. comm.*, 1952, II, 2

BIANCA, *Consegna di aliud pro alio e decadenza dai rimedi per omessa denuncia nella direttiva 99/44/CE*, in *Contr. Impr/Eur.*, 2001;

BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto

da Vassalli, VII, t. 1, Torino, 1972, 986;

BIN, *Per un dialogo con il futuro legislatore dell'attuazione: ripensare l'intera disciplina della non conformità dei beni nella vendita alla luce della direttiva*, in *Contr. Impr/Eur*, 2000;

CABELLA PISU, *Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali*, Milano, 1983;

CARASSI, *L'interpretazione da parte della Corte di Giustizia CE delle norme comunitarie è, indiscutibilmente vera nomofilachia*, in *Danno e resp.*, 2002;

CAVALLARO M., *Prassi applicativa e sistema nel "danno da vacanza rovinata"*, in *Rassegna di Diritto Civile*, 2002, 1-2;

DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore: L'ordinamento italiano e la direttiva 99/44/CE sulla vendita e le garanzie di beni di consumo*, Padova, 2000;

DE CRISTOFARO: *La nuova disciplina codicistica dei contratti per la fornitura di beni mobili conclusi dai consumatori con professionisti*, in *Studium Iuris*, 2002, 1180;

DEL PUNTA R., *Il danno non patrimoniale dopo le Sezioni unite del 2008: riflessioni di sistema e ricadute lavoristiche*, in *Giur. it.*, 2009, 1038 ss.;

DI MAJO, *Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo*, in *Europa e dir. priv.*, 2002;

FACCI G., *Il danno non patrimoniale nelle relazioni familiari dopo le sentenze delle sezioni unite dell'11 novembre 2008*, in *Famiglia e diritto*, 2009, 113 ss.;

FALZONE CALVISI, *Garanzie legali nella vendita: quale riforma?*, in *Contr. Impr/Eur.*, 2000, 461;

GALGANO, voce *Vendita (dir. priv.)*, in *Enc. del diritto*, Varese 1993;

GRECO – COTTINO, *Della Vendita*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, libro quarto;

GUERINONI, *Il danno da vacanza rovinata*, nota a Trib. di Milano, 4 giugno 1998, in *Contratti*, 1999, p.39;

GUERINONI, *L'interpretazione della Corte di Giustizia riguardo al danno da vacanza rovinata*, in *Resp. civ. prev.*, 2002, 363;

IUDICA, *Danno alla persona per inefficienza della struttura sanitaria*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, 3;

IURILLI, *Autonomia contrattuale e garanzie nella vendita di beni di consumo*,

Milano, 2004;

LIBERATI A., *Rapporto di lavoro e danno non patrimoniale*, Milano, 2009;

LUMINOSO, *Appunti per l'attuazione della direttiva 1999/44/CE e per la revisione della garanzia per vizi nella vendita*, in *Contr. Impr/Eur*; 2001, 108 ss;

LUZZATTO, *La compravendita*, edizione postuma a cura di Persico, Torino, 1961;

MAIOLO, *La Corte di Giustizia: il danno da vacanza rovinata ed il sistema bipolare di responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2002, 1099 e ss.;

MARICONDA, *Conformità al contratto dei beni di consumo e onere della prova*, in *Corr. Giur.*, 2002;

MAZZAMUTO, *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita dei beni di consumo*, in *Europa e dir. priv.* 2004, 1067;

MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, Milano, 1975;

MOLFESE, *Il contratto di viaggio e le agenzie turistiche*, Padova, 1999;

NICOLUSSI, *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, 530 e ss.;

PALMIERI A., *Risarcimento del danno non patrimoniale subito dal passeggero per i disagi conseguenti a disservizi imputabili al vettore aereo*, in *Giudice di pace*, 2008, 56 ss.;

PISCIOTTA, *Il risarcimento del danno*, in *La vendita di beni di consumo*, a cura di Alessi, Milano, 2005;

PISCIOTTA, *Scambio di beni di consumo e modelli codicistici di protezione dell'acquirente*, Napoli, 2003;

RAMACCIONI G., *Il risarcimento del danno non patrimoniale ai sensi dell'art. 15 del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 ("Codice in materia di protezione dei dati personali"): ambiti applicativi e giurisprudenza di riferimento*, in *Diritto e formazione*, 2009, 25 ss.;

ROSSI CARLEO: *Turismo organizzato e vacanza rovinata: la risarcibilità del danno*, in *Riv. dir. impr.*;

RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1971;

RUSSO, *Concorso dell'azione aquiliana con la contrattuale nel trasporto di persone*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, 962;

SCOGNAMIGLIO, *Il contratto di pacchetto turistico*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di Castronovo-Mazzamuto, Milano, 2007, 999;

SESTA, *Danno da vacanza rovinata e danno morale contrattuale*, in *Giur. It.*, 2002, 1801;

VACCÀ C., *Inadempimento contrattuale e risarcimento del danno non patrimoniale: da vacanze da sogno a vacanze da incubo*, nota a Trib. di Roma, 6 ottobre 1989, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1992, p.263;

VALLEBONA A., *Danno non patrimoniale e rapporto di lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2009, 62 ss.;

VALLEBONA A., *Le Sezioni Unite sulla tutela del lavoratore pubblico contro l'atto amministrativo presupposto e ancora sul danno non patrimoniale*, in *Mass. giur. lav.*, 2009, 317 ss.;

VENTURINO D., *Risarcibilità del danno non patrimoniale alle società*, in *Dir. prat. soc.*, 2009, 7-8, 30 ss.

VERNIZZI S., *Brevi considerazioni in materia di ritardo nel trasporto aereo di persone, contenuto della prova liberatoria a carico del vettore e danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 404 ss.

VISENTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, in *Codice civile, Commentario*, a cura di P. Schlesinger, artt. 1218-1222, Milano, 1987, 399;

ZENO-ZENCOVICH V., *Il danno da vacanza rovinata: questioni teoriche e prassi applicativa*, nota a Pret. Di Roma, 11 dicembre 1996, in *Nuova giur. civ. commentata*, 1997, I, p.880.

Bibliografia e Giurisprudenza straniera

Cass., Ch. Reun., 15 giugno 1833, S, 1, 458;

Cass., 13 febbraio 1923, DC, I, 52;

Cour d'Appel Paris, 25 maggio 1950, in *Rev. trim. dir. civ.*, 1950, 495;

Cour d'Appel Paris, 24 ottobre 2001, in *Dalloz*, 2001, IR, 3333;

Cour d'Appel Paris, 23 febbraio 2004, in *Juris-Data* n. 237.382;

Farley v. Skinner [2001] 3 WLR 889;

Grant v. Australian Knitting Mills Ltd [1936] A.C. 85;

Hamlin v. Great Northern Railway Co. [1856] 1 H.N. 408;

Hobbs v. South Western Railway Co. [1875] L.R. 10 Q.B. 111;

Jarvis v. Swan Tours Ltd. [1973], Q.B. 233;

OLG Saarbrücken cit. in SOLÉ FELIU, *op. cit.*, 16; BGH, 16 marzo 1999, in *BGHZ*, 141, 127;

Ruxley Electronics and Construction v. Forsyth [1995] ABC.L.R. 06/29;

SSTS, 3 maggio 2006, in *RJ*, 2006, 4070;

STS, 21 ottobre 1996, in *RJ*, 1996, 7235;

STS, 28 maggio 2001, in *RJ*, 2001, 3437;

STS, 26 novembre 2001, in *RJ*, 2001, 9524;

STS, 11 marzo 2002, in *RJ*, 2002, 5691;

STS, 10 giugno 2002, in *RJ*, 2002, 4982;

STS, 18 luglio 2000, in *RJ*, 2000, 5952;

STS, 14 luglio 2005, in *RJ*, 2005, 6532;

STS, 27 luglio 2006, in *RJ*, 2006, 6548;

STS, 15 febbraio 2008, in *RJ*, 2008, 2670;

Watts v. Morrow [1991] 1 WLR 1421.

Giurisprudenza Italiana

App. Firenze 17.12.1887, in *Foro it.*, 1888, I, c.409 e ss., confermata da Cass.

Firenze 28.03.1889, in *Foro it.*, 1889, I;

Cass. di Roma a Sez. Unite, 27.04.1912, in *Giur. It.*, 1912, I, 1, c.837;

Cass. Roma, 18 maggio 1923;

Cass. Roma a Sez. Unite 22 maggio 1923;

Cass. Sez. I, 20 ottobre 1924;

App. Catanzaro 30.6.1953, in *Rep. Foro It.*, 1954, voce *Responsabilità civile*, n. 406;

Trib. Firenze 20.1.1954, in *Giur. it.*, 1954, I, 481;

App. Milano 4 aprile 1955, in *Foro it.*, 1955, I, c. 905;

Cass. 8 aprile 1959, n. 1041, in *Resp. civ. prev.*, 1960, 164;

Corte Cost. 3 luglio 1967 n°78 in *Giust. civ.*, 1967, III, 200;

Trib. Biella 13.3.1975, in *Giur. merc.*, 1976, I, 324, con nota di Alpa;

Cass. 5.2.1979 n. 774, in *Giust. civ., Mass.*, 1979, f. 2;

Cass. n. 1176/1979, in *Giust. civ.*, 1979, I, 1440;

Cass. pen. Sez. I n°7195/1979;

Cass. 7.8.1979 n. 4565, in *Giust. civ., Mass.*, 1979, f. 8;

Cass. 10.12.1979 n. 6416;

Cass. 13.3.1980 n. 1696, in *Giust. civ., Mass.*, 1980, f. 3;

Cass. 13.3.1980 n. 1669, in *Giust. civ.*, 1980, I, 1914, con nota di Alpa;

Cass. 12.6.1982 n. 3604, in *Giust. civ.*, 1983, I, 938;

Cass. 30.7.1983 n. 5425 in *Giust. Civ.*, 1984, I, 178;

Cass. 22.9.1983 n. 5638;

Corte cost. n. 170/1984;

Cass. 5.8.1985 n. 4382, in *Giust. civ., Mass.*, 1985, f. 8-9;

Cass. 8.8.1985 n. 4394;

Corte Cost. n°184/1986;

Cass. n. 6707/1987, in *Foro It.*, 1988, I, 1629;

Cass. n. 2144/1988, in *Resp. civ. prev.*, 1988, 992;

Cass. 18.5.1988 n. 3463, in *Corr. Giur.* 1988, 989;

Cass. 15.6.1988 n. 4089, in *Giust. civ., Mass.*, 1988, f. 6;

App. Milano 24.6.1988, in *Dir. trasporti* 1990, I, 258;

Tribunale di Roma 25 settembre 1989, in *Dir. inf.* 1990, p.993;

Trib. Roma 6.10.1989, in *Resp. civ. prev.*, 1991, 512;
Trib. di Roma, 6 ottobre 1989, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1991, p.512;

Cass. 17.8.1990 n. 8336, in *Giust. civ., Mass.* 1990, f. 7-8;

Corte di Appello di Roma 16 gennaio 1991, in *Foro it.* 1992, I, 942;
Cass. 30.8.1991 n. 9277, in *Giust. civ., Mass.*, 1991, f. 8;

Trib. di Bologna, 15 ottobre 1992, in *Contratti*, 1993, p.327;

Cass. 24.5.1993 n. 5831, in *Mass.* 1993, 5831;
Cass. 19.6.1993 n. 6841, in *Dir. mar.*, 1993, 1037;
Cass. 22.11.1993 n. 11503, in *Giur. it.*, I, 1, 550;

Corte Cost. n°372/1994;
Cass. 8.7.1994 n. 6464, in *Giur. it.*, 1995, I, 790;
Cass. 5 ottobre 1994 n. 8090;
Cass. 19.10.1994 n. 8533, in *Giust. civ., Mass.*, 1994, 1247;
Cass. 14.12.1994 n. 10685, in *Arch. loc.*, 1995, 339;

Cass. 3.10.1996 n. 8656, in *Giust. civ., Mass.*, 1996, f. 10;

Cass. 13.1.1997 n. 244, in *Giust. civ., Mass.*, 1997, 41;
Cass. 15.1.1997 n. 364, in *Giust. civ., Mass.*, 1997, f. 1;
Pret. Salerno, sez. Eboli, 17.2.1997, in *Giust. civ.*, 1998, I, 2037;
Cass. 6.10.1997 n. 9705, in *Resp. civ. prev.*, 1998, 667;
Cass. 26.11.1997 n. 11845, in *Giust. civ., Mass.* 1997, 2272;

Cass. 4.2.1998 n. 1127, in *Giur. it.*, 1998, 1800;
Trib. Milano 4.6.1998 n. 6736, in *Contratti*, 1999;
App. Perugia 8.6.1998, in *Rass. giur. umbra*, 1999, 1;
Cass. 1.12.1998 n. 12195, in *Giust. civ.*, 1999, I, 672;
Cass. 1.12.1998 n. 12195, in *Foro it.*, 1999, I, 77;

Cass. 1.12.1998 n. 12195, in *Guida al Diritto* n. 8/1999, 66 ss.;
Cass. S.U. n°1512/1998;
Cass., sez. lav., 21.12.1998 n. 12763, in *Notiziario giur. lav.* 1999, 184;

Cass. 8.1.1999 n. 683, in *Resp. civ. prev.*, 1999, 683;
Cass. Sez. Unite n°500/1999;
Cass. Sez. 1, n. 2574 del 20/03/1999;
Cass. 19.5.1999 n. 4852, in *Foro it.*, 1999, I, 2874;
Cass. 13.7.1999 n. 7423, in *Giust. civ. Mass.* 1999, f. 7-9
Cass. 10.9.1999 n. 9617, in *Resp. civ. e Prev.*, 2000, 315;
Trib. Torino 16.11.1999, in *Resp. civ. prev.*, 2000, f. 720;

Cass. 20 gennaio 2000 n°602;
Cass. 21.1.2000 n. 639, in *Contratti*, 2000, 903;
Cass. 5 febbraio 2000 n°1307;
Cass. 23.2.2000 n. 2044, in *Giur. it.*, 2000, 2015;
Giud. Pace Verona, 16 marzo 2000, in *Giur. it.*, 2001, 1159;
Cass., sez. lav., 18.4.2000 n. 5049, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, I, 511;
Cass. 2.5.2000 n. 5491, in *Lav. e giur.*, 2000, 830;
Cass. 16.5.2000 n. 6318, in *Resp. civ. e Prev.*, 2000, 940;
Cass. 7.6.2000 n. 7718, in *Vita not.*, 2000, 1477;
Cass. 7.6.2000 n. 7718, in *Giust. civ., Mass.*, 2000, 1241;
Cass. 3.8.2000 n. 10188, in *Contratti*, 2001, 262;
Cass. 6.11.2000 n. 14443, in *Lav. e prev. oggi*, 2000, 2287;
Cass. 16.11.2000 n. 14865, in *Giust. civ., Mass.* 2000, 2348;
G.d.P. Milano 18.12.2000, in *Giur. it.*, 2001, I, c. 1158;

Trib. Forlì 15.3.2001, in *Guida lav.*, 2003, 103;
Cass. 28.3.2001 n. 3425, in *Giust. civ., Mass.* 2001, 449;
Cass. 14.4.2001n. 5592, in *Notiziario giur. Lav.*, 2001, 759;
Trib. Como 22.5.2001, in *Lav. giur.*, 2002, 73;
Cass. 23.5.2001 n. 7027, in *Danno e resp.*, 2001, 1165;
Cass. Sez. 2, n. 7127 del 25/05/2001;
Cass., sez. lav., 3.7.2001 n. 9009, in *Resp. Civ. prev.*, 2001, 1177;

Cass. 3.8.2001 n. 10728, in *Giust. civ., Mass.*, 2001, f. 8-9;
Trib. Pisa 3.10.2001 e Trib. Forlì 15.3.2001, in *Lav. giur.*, I, 2002, 552;
Cass. 9.10.2001 n. 12359, in *Giust. civ., Mass.*, 2001, f. 10;
Cass. 9.10.2001 n. 12359, in *Guida al dir.*, 2001, n. 48,66;
Cass., S.U., 30.10.2001 n. 13533, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002, 707 e in *Foro Ital.*,
2002, I, 769;

Cass. 2.1.2002 n. 10 in *Rep. giur. it.*, 2002, 793;
Trib. Treviso 14.1.2002, in *Giur. mer.*, 2002, 1194;
Cass. 28.1.2002 n. 933, in *Giust. civ., Mass.*, 2002;
Cass. 7.3.2002 n. 3928, in *Giust. Civ., Mass.*, 2002, f. 3);
Trib. Verbania 23.4.2002, in *Giur. it.*, 2004, 550;
Cass. 10.5.2002 n. 6735, in *Foro it.*, 2002, I, 3115;
Corte di Giustizia (sesta sezione) 12 maggio 2002 (C-168/2000) – danno da
vacanza rovinata;
Cass. S.U. 27.6.2002 n. 9346, in *Foro It.*, 2002, I, 2635;
Cass., sez. lav., 1.7.2002 n. 9530, in *Notiziario giur. lav.*, 2002, 655;
Cass. 6.7.2002 n. 9856, in *Giur. It.*, 2003, 1603;
Trib. Milano 21.8.2002, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2002, 916;
Cass. 25.9.2002 n. 13925, in *Arch. civ.*, 2004, 48;
Cass. n°13942/2002;
Cass. 5.11.2002 n. 13635, in *Giust. civ., Mass.* 2002, f. 11.
Cass. 12.11.2002 n. 15868, in *Rep. giur. It.*, 2002, voce Lavoro (Rapporto) n.
796;
Trib. Milano 28.12.2002, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2002, 371;

App. L'Aquila 9.1.2003, in *Nuovo dir.* 2003, 646;
Trib. Torino 28.1.2003, in *Giur. Piem.*, 2003, 92;
G.d.P. Milano 12.2.2003;
Cass. 4.4.2003 n. 5329, *Giust. civ., Mass.* 2003, f. 4;
Trib Venezia 7.4.2003;
G.d.P. Roma 12.5.2003;
Cass. Sez. III, 12.5.2003, nn. 7281, 7282, 7283;
Trib. Roma 19.5.2003;

Giud. Pace Roma, 11 luglio 2003, in *Danno resp.*, 2004, 85;
Cass. 21.7.2003 n. 11386, in *Mass.* 2003, 11386;
Cass. 21.7.2003 n. 11316, in *Foro It.*, 2003, I, 2970;
Trib. Roma 2.10.2003;
G.d.P. Bari 7.11.2003, in *Danno e resp.*, 2004, 626;
Cass. 8.11.2003, n. 16792, in *Mass.* 2003, 16792;
G.d.P. Massa 13.11.2003;
Giud. Pace Massa, 17 novembre 2003, in *Dir. trasp.*, 2004, 1000;
Trib. Roma 26.11.2003, in *Contratti*, 2004, 511;
Cass. Sez. Unite nn. 8827 e 8828 del 2003;
Corte Cost. 11.7.2003 n°233;
Cass. n°16947/2003;
Cass. Sez. III, 23.12.2003, n°19769, in *Giust. civ.*, 2004, I, 1763;

Cass. 4.3.2004 n. 4400, *Danno e resp.*, 2004, f. 10, 1016;
Cass. 27.4.2004 n. 7980, in *Mass.* 2004, 7980;
Trib. Roma 11.5.2004, in *Danno e resp.*, 2005, 3, 297;
Cass. 24.5.2004 n. 8438, in *Foro Ital.*, 2004, I, 2320;
Cass. 28.5.2004 n. 10361, in *Mass.*, 2004, 10361;
Cass.19.5.2004 n. 9471, in *Danno e resp.*, 2005, f. 1, 23 ss;
Cass. 28.5.2004 n. 10297, in *Danno e resp.*, 2005, f. 1, 23 ss;
Cass. 21.6.2004 n. 11488, in *Danno e resp.*, 2005, f. 1, 23 ss;
Cass. 22.7.2004, in *Giust. civ., Mass.*, 2004, f. 7-8;
Cass. 29.7.2004 n. 14488, in *Giust. civ., Mass.*, 2004, f. 7-8;
Cass. 3.8.2004 n. 14812, *ivi*, 2004, f. 7-8;
Cass., sez. lav., 1.6.2004 n. 10510, in *Giust. Civ., Mass.* 2004, f. 6;
Cass. 10.6.2004 n. 11045, in *Mass.*, 2004, 11045;
Cass., sez. lav., 26.6.2004 n. 11932, in *Giust. Civ. Mass.*, 2004, f. 6;
Cass. 14.7.2004 n. 13066, in *Danno e resp.*, 2003, f. 5, 537;
Cass. 23.7.2004 n. 13887, in *Mass.*, 2004, 13887;
Cass. 29.7.2004 n. 14488, in *Giust. civ.*, 2005, I, 121;
Cass. 30.7.2004 n. 14638, in *Giust. civ., Mass.* 2004, f. 7-8;
Trib. Venezia 4.10.2004, in *Resp. civ. prev.*, 2005, 2, 525;
Giud. Pace Bassano del Grappa, 17 dicembre 2004, in *Dir. trasp.*, 2005, 1108;

Cass. 14.1.2005 n. 644;
 Cass. 2.2.2005 n. 2042, in *Danno e resp.*, 2005, 441;
 Cass., sez. lav., 8.3.2005 n. 4959, in *Lav. giur.*, 2005, 939;
 Cass. 23.3.2005 n. 6326;
 Cass. 12.4.2005 n. 7453;
 Cass, sez. lav., 5.5.2005 n. 9353, in *Dir. e Giur.*, 2005, 2616;
 Cass. 18.5.2005 n. 7997, in *Giust. civ., Mass.* 2005, f. 4;
 Cass. 31.5.2005 n. 11612, in *Giust. civ., Mass.* 2005, f. 5;
 Corte di Giustizia delle Comunità Europee sentenza del 16 giugno 2005 (C-105/03) – sentenza Pupino
 Cass. 28.6.2005 n. 13905, in *Giust. civ., Mass.*, 2005, f. 6;
 Cass. 2.7.2005 n. 14094, in *Giust. civ., Mass.*, 2005, f. 7-8;
 Cass. 13.7.2005 n. 14753, in *Giust. civ.*, 2005, f. 7-8;
 Cass. 20.10.2005 n. 20320, in *Danno e resp.*, 2006, 513;
 Cass. 20.10.2005 n. 20320, in *Foro it.*, 2006, 2097;
 Cass. 11.11.2005 n. 22894, in *Danno e resp.*, 2006, f. 2, 214;
 Cass., sez. lav., 14.11.2005 n. 2292, in *Giust. Civ. Mass.*, 2005, f. 7-8;
 Cass. n. 4466/2005;

 Trib. Genova 10.1.2006, in *Danno e resp.*, 2006, 537;
 Cass. 12.1.2006 n. 425 in *Giust. Civ. Mass.*, 2006, f.1;
 Cass.26.1.2006 n. 1698, in *Giust. civ.*, *Mass.* 2006;
 Trib. Napoli 11.3.2006, in *Corr. mer.*, 2006, 4;
 Cass. 14.3.2006 n. 5444, in *Giust. civ.*, 2006, f. 4-5, 802;
 Trib. Latina, Sez. dist. Terracina, 19 giugno 2006, n. 252, in *Dir. inform.*, 2007, 793;
 Cass. 14.7.2006 n. 16123, in *Danno e resp.*, 2006, f. 10, 1016;
 Giud. Pace Roma, 29 settembre 2006, in *Dir. trasp.*, 2007, 909;
 Cass. n°25500/2006;
 Trib. Napoli 27.4.2006;
 Cass. 19.10.2006 n. 22390, in *Danno e resp.*, 2007, f. 1, 103;
 Giud. Pace Palermo, 10 novembre 2006, in *Giud. pace*, 2007, 255;
 Cass. Sez. 1, n. **27285 del 20/12/2006**;

Cass. Sez. **3**, n. **2746 del 08/02/2007**;
Cass. 31.3.2007 n. 8067, in *Danno e resp.*, 2007, f. 7, 811;
Cass. Sez. **3**, n. **10830 del 11/05/2007**;
Giud. Pace Ancona, 16 maggio 2007, in *Dir. lav. Marche*, 2008, 1-2, 100;
Cass. 14.6.2007 n. 13953, in *Danno e resp.*, 2007, f. 10, 1062;
Trib. Napoli 16.4.2007, in *Corr. Mer.*, 2007, sez. *Osservat. proc. e dir. civ.*, fasc. n. 8-9;
Cass. 24.7.2007 n. 16315;
Cass. Sez. **1**, n. **18939 del 10/09/2007**;
Cass. 20.12.2007 n. 26958 ;

Cass., S.U., 11.1.2008 n. 577, in *Resp. e Risarcim.*, 2008, f. 2, 41 ss;
Cass. Sez. **Lavoro**, n. **1985 del 29/01/2008**;
Cass. civ. S.U. n°5785 del 4 marzo 2008;
Cass. 24.4.2008 n. 10651, in *Giust. civ., Mass.* 2008, f. 4;
Cass. pen. Sez. II n°19665/2008;
Cass. civ. Sez. II n. **11410 del 08/05/2008**;
Cass. Sez. **Unite**, n. **18623 del 08/07/2008**;
Cass. Sez. **3**, n. **19938 del 18/07/2008**;
Cass. Sez. **3** n. **25016 del 10/10/2008**;
Cass. S.U. del 11/11/2008 nn. 26972, 26973, 26974 e 26975
Cass. S.U. Civ. n°27337/2008;

Trib. Trieste, 8 gennaio 2009, in *Danno resp.*, 2006, 439;
Trib. Bari, 20 gennaio 2009, in *Danno resp.*, 2009, 687;
Trib. Lodi, 27 gennaio 2009, in www.lex24.ilsole24ore.com;
Trib. Lecce, Sez. dist. Maglie, 11 febbraio 2009, in www.personaedanno.it;
Trib. Montepulciano, 20 febbraio 2009, in questa *Rivista*, 2009, 1128; in www.personaedanno.it;
Trib. Roma, 12 maggio 2009, Rel. Thellung de Courtelary, inedita;
Trib. Roma, 21 luglio 2009, Rel. Thellung de Courtelary, in www.personaedanno.it.