



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

SCUOLA DI DOTTORATO IN SCIENZE GIURIDICHE

DIPARTIMENTO DI DIRITTO PRIVATO E STORIA DEL
DIRITTO

CURRICULUM DIRITTO CIVILE
XXV CICLO

**L'interesse non patrimoniale del
creditore nel rapporto obbligatorio**

Dott.ssa Valentina Luisalba Filippini

Tutor: Chiar.ma Prof.ssa Chiara Tenella Sillani

Coordinatore: Chiar.ma Prof.ssa Chiara Tenella Sillani

A.A. 2012/2013

*Siamo schiavi delle leggi
per poter essere liberi.*

(Cicerone)

Capitolo I

La rilettura dell'interesse del creditore in chiave storico giuridica

1) La storia dell'obbligazione in Italia e la genesi dell'art. 1174 c.c.

*Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius rei solvendae secundum nostrae civitatis iura*¹: l'obbligazione si configura, in altri termini, come vincolo giuridico nascente dai rapporti che l'uomo, nella sua quotidianità, instaura con i consociati.

L'obbligazione è, dunque, il frutto della naturale attitudine della persona alla creazione di relazioni che siano idonee a soddisfare le necessità che sorgono dalla convivenza nella società civile.

Sono gli stessi uomini che, per ottenere una certa utilità, si accordano e accettano di rispettare e sottostare alle regole che loro stessi, reciprocamente, si impongono.

Il diritto romano attribuisce a tali legami una forza vincolante, e ritiene che le parti siano tenute all'ossequio di quanto convenuto; la pattuizione così formata prende il nome di *obbligazione* (il termine deriva da *obligatio*, a sua volta riconducibile alla preposizione *ob*: "verso", e al verbo *ligare*: "legare") mentre i soggetti in essa coinvolti sono definiti *creditore* (colui che desidera soddisfare una propria aspettativa) e *debitore* (colui che, a fronte di una controprestazione si rende disponibile a soddisfare l'esigenza del creditore).

Tra gli elementi che, da un punto di vista descrittivo, vengono considerati come costitutivi dell'obbligazione, è dato particolare risalto al c.d. *vincolo giuridico*, il quale designa il legame (*vinculum iuris*) che, in forza dell'esistenza dell'obbligazione, tiene legato il debitore alla promessa fatta e che limita la sua attività in quanto egli è tenuto a un dato comportamento.

E' il *vincolo* che distingue l'obbligazione da un qualunque, altro, dovere che, seppure limitativo della sfera di libertà altrui, non è riconosciuto come

1 Inst. 3.13 pr. V. Gai. 3.88. ss.. "*L'obbligazione è un vincolo giuridico, in forza del quale si può costringere taluno all'adempimento di una prestazione, secondo le leggi del nostro Stato*". Il termine latino *vinculum* evidenzia il legame che si crea nel rapporto tra due o più soggetti; più propriamente, l'espressione veniva utilizzata per indicare una *legatura* fatta con la corda per avvolgere un oggetto.

impegnativo. In particolare, ciò che separa l'obbligazione da obblighi di natura diversa è il fatto che, solo nella prima, accanto all'obbligo (*debitum*) per il soggetto passivo, viene posta una *responsabilità*; in caso di lesione della promessa l'ordinamento consente al creditore insoddisfatto di ottenere ristoro delle proprie ragioni. Se così non fosse, non si potrebbe parlare di obbligazioni giuridiche bensì di, più semplici, obbligazioni naturali, totalmente sprovviste di tutela da parte del sistema.

La sanzione che, invece, il diritto romano collega all'inadempimento delle *obbligazioni giuridiche* consiste nella riparazione di tutte le conseguenze dannose derivate al creditore a seguito del comportamento lesivo tenuto dal debitore. La *minaccia* della sanzione possiede, così, la forza di incentivare il soggetto passivo al rispetto della parola data e di vincolarlo all'adempimento della stessa.

Riconosciuta l'importanza del vincolo, il diritto romano identifica gli altri elementi essenziali che l'obbligazione deve possedere: nei testi di Modestino², in particolare, si trova scritto: "*ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt*",³ ossia l'oggetto dell'obbligazione deve consistere sempre in una somma di denaro o, comunque, in una prestazione oggettivamente monetizzabile.

Ma accanto ad un generico riconoscimento dell'essenzialità attribuita alla prestazione, si fa strada anche l'idea che una certa rilevanza debba essere attribuita allo scopo in vista del quale il soggetto si obbliga.

La nozione di "interesse del creditore" indica proprio l'aspettativa soddisfabile mediante l'esecuzione del rapporto obbligatorio, quella utilità che egli raggiunge attraverso la prestazione.

L'interesse è quindi un'aspirazione, un indirizzo della volontà, una valutazione non necessariamente collegata al patrimonio ma anche derivante da esigenze personali e vitali del creditore.⁴

2 D. 50.16.108, *Modestinus*, Libro IV, *Pandectarum*.

3 Ulpiano, in D. 40.7.9.2. Tradotto: "*In questo, infatti, consiste l'obbligazione, in ciò che può essere pagato e garantito col denaro*" ovvero "*l'obbligazione si riferisce alle cose delle quali soltanto si può dare un valore pecuniario*".

4 M. Brutti, *Il diritto romano nell'antica Roma*, Torino, 2011, pag. 451.

Tuttavia, sempre attraverso la lettura dei testi romani ed, in particolare, di un frammento di Papiniano⁵, si rende evidente che l'interesse creditorio non ricopre quasi mai un ruolo *essenziale* nell'obbligazione; esso, potendo assumere connotati anche non patrimoniali, è semplicemente considerato un "accessorio" della prestazione, senza acquisire rilevanza concreta.

Unici casi in cui, si attribuisce ad esso un qualche valore sono quelli nei quali interesse e prestazione condividano la medesima natura patrimoniale: in tal caso l'interesse supporterebbe la prestazione e sarebbe utile ad affermare la rilevanza del vincolo per il diritto.

Questo modo di concepire l'oggetto dell'obbligazione è il risultato dell'impostazione che il diritto romano conferisce al meccanismo del processo; qualora, infatti, la parte creditrice si aspetti il compimento della parola data dal debitore e così non avvenga, la legge assicurerà una soddisfazione mediante la *condemnatio* pecuniaria.

La condanna consisterà nella dazione di una somma di denaro di entità equivalente al valore della prestazione mancata.

Nel corso dei secoli, si sono compiuti molti studi significativi dell'obbligazione romana, tra i quali si distinguono, in particolare, quelli svolti dalla dottrina tedesca di fine XIX secolo.

Tra le questioni affrontate, primario rilievo assume proprio la questione relativa ai tratti distintivi dell'obbligazione.

In merito, sorgono discussioni e si formano orientamenti dottrinali non univoci, sia perché si dibatte sulle caratteristiche della prestazione e sulla natura di essa, sia perché non tutti gli autori sono in accordo circa il ruolo (se esistente) da attribuire all'interesse che accompagna il vincolo. Non sono tutti del parere che l'interesse sia così inutile e ininfluenza sulle sorti del rapporto.

Giuristi quali Savigny⁶, Hellwig⁷, Kohler⁸ e Dernburg,⁹ per identificare le caratteristiche della prestazione, risalgono *in toto* alle sopra richiamate fonti romane.

5 Papiniano, D. 18.7.6 e 18.7.7. Sui passi papiniani cfr. **A. Sicari**, *Lege veditiois, Uno studio sul pensiero giuridico di Papiniano*, Bari, 1996, pag. 65, 290 e 313.

6 **F. C. Von Savigny**, *Obligationenrecht I* (1851), 4-7 (*Le Obbligazioni*, Traduzione italiana di Giovanni Pacchioni con Appendici, Torino, vol. I, 1912-15, pag. 335 e ss.).

Essi ritengono che, affinché si crei un vincolo tutelabile, sia la prestazione che l'interesse creditorio debbano avere una veste patrimoniale. Se così non fosse, tali doveri non potrebbero qualificarsi obbligazioni.

Savigny, in particolare, rifacendosi alla più sopra indicata *condemnatio pecuniaria*, opina che, correlato all'obbligo del debitore, esista in capo al creditore un diritto soggettivo avente come contenuto il potere che, in caso di inadempimento, questi può esercitare sul patrimonio del soggetto passivo.

L'obbligazione, traducendosi nella *proprietà sul denaro* del debitore, e sostituendo *il denaro* al dovere di comportamento non realizzato, consisterebbe in una "signoria sulla persona e sul patrimonio del debitore".

Tale *signoria* differenzerebbe le obbligazioni giuridiche dai doveri di altra natura.¹⁰

La signoria sul denaro, secondo Savigny, sarebbe simile alla proprietà intesa come "dominio su di un oggetto".¹¹ Proprietà e obbligazione sono considerati simili anche perché entrambi dotati di valenza *patrimoniale*.

7 **Hellwig**, *Die Verträge auf Leistung an Dritte*, Leipzig, 1899.

8 **Kohler**, *Obligationsinteresse*, in Arch. f. bürg. Recht, XII, 1899.

9 **A. Dernburg**, *Diritto delle obbligazioni*, Prima Traduzione dal tedesco di Bernardino Cicala, con prefazione di Scialoja, e Chironi, Torino, 1903.

10 **F. C. Von Savigny**, *Obligationenrecht*, cit.

11 **F. C. Von Savigny**, *Obligationenrecht I* (1851), 4-7 (*Le Obbligazioni*, Traduzione italiana di Giovanni Pacchioni con Appendici, Torino, vol. I, 1912-15, pag. 335 e ss.). In particolare: "Il concetto dell'obbligazione venne già da noi altrove definito (a) come una signoria sopra una persona; ma non sulla sua totalità (poiché in questo caso ne resterebbe soppressa la personalità), ma sopra singoli atti della medesima che vengono concepiti come sottratti alla sua libertà e assoggettati al nostro volere.... In ogni obbligazione figurano almeno due persone che si trovano l'una di fronte all'altra in un rapporto di ineguaglianza. Da una parte la libertà personale del creditore resta allargata oltre i suoi confini naturali, trasformandosi in una signoria sulla persona del debitore; dall'altra parte, per contro, la libertà naturale del debitore resta ristretta, venendo egli a trovarsi in uno stato di soggezione o necessità.... Gli atti, la necessità dei quali costituisce l'essenza dell'obbligazione, vennero da noi indicati come atti singoli (in contrapposto alla libertà personale considerata come un tutto), e come sottratti alla libertà propria dell'agente.... Dall'aver noi indicati gli atti che il debitore deve compiere come atti singoli, non deve trarsi l'illazione che ad ogni obbligazione debba corrispondere un solo atto; al contrario ogni obbligazione può essere rivolta a più atti e tali da costituire una attività continuata e complessa. Ma di fronte alla complessiva sfera della libertà del debitore, essi devono consistere in un minimum, giacché solo a tale condizione si può concepire quella soggezione che costituisce l'essenza della obbligazione, senza distruggere la personalità del debitore"

E a questo proposito l'autore afferma: “*La proprietà e l'obbligazione hanno, come elemento comune, la signoria di una persona sopra un lembo di mondo esteriore, onde è che esse costituiscono insieme il diritto patrimoniale, nel quale sono parti coordiante [...] Oltre a ciò l'obbligazione ha, con la proprietà, due notevoli affinità delle quali l'una consiste in ciò: che solo quegli atti possono formare oggetto di una obbligazione i quali siano suscettibili di una stima in denaro; e l'altra in ciò: che le più frequenti e importanti obbligazioni ad altro non tendono se non all'acquisto della proprietà o all'uso di essa*”.¹²

E' da dire che le teorie di Savigny, seppure ben accolte dalla dottrina maggioritaria di metà '800, sono riadattate e ripensate ad opera di alcuni autori successivi.

Kohler¹³, ad esempio, pur condividendo l'impostazione di Savigny basata sulla necessaria patrimonialità dell'obbligazione, ritiene che differenziare quest'ultima rispetto ad altri obblighi in base “alla signoria” sulla persona del debitore (o sul suo patrimonio) sia parametro eccessivamente astratto.

Egli ritiene che l'identificazione del vincolo obbligatorio nulla abbia a che spartire con il potere connesso alla condanna. Il vincolo, da un lato, e le conseguenze dell'inadempimento, dall'altro, si pongono su due diversi livelli. L'oggetto dell'obbligo, infatti, deve vedersi semplicemente nel *valore* della cosa dovuta oppure nello stesso *bene dovuto*, e rileva purchè dotato di carattere patrimoniale.

Tra i contributi rilevanti sul tema in esame, deve evidenziarsi anche quello apportato da Arrigo Dernburg¹⁴, il quale ritiene debba essere accantonato il ruolo attribuito al comportamento debitorio nella differenziazione tra obblighi e

12 **Von Savigny**, *Obligationenrecht* I (1851), 4-7 (*Le Obbligazioni*, cit., pag. 16).

13 **Kohler**, *Obligationsinteresse*, cit., pag. 76.

14 **A. Dernburg**, *Diritto delle obbligazioni*, Prima Traduzione dal tedesco di Bernardino Cicala, con prefazione di Scialoja, e Chironi, Torino, 1903, Sez. I, § 1, n. I, pag. 1. Una chiara esposizione delle obbligazioni in generale offre l'opera di **Pothier**, particolarmente importante per il diritto francese: *Traité des obligations*, vol. I, pag. 1 sgg., nella edizione generale delle sue opere. Cfr. inoltre: **Unterholzner**, *Compilazione conforme alle fonti della teoria del diritto romano delle obbligazioni* [Quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechtes von den Schuldverhältnissen], 2 volumi pubblicati dopo la sua morte da Huschke, 1840; **Savigny**, *Il diritto delle obbligazioni come parte del diritto romano attuale* [Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechtes], vol. I e II, 1851 e 1853 — purtroppo incompleto. Va menzionata anche l'opera del **Molitor**, basata su conferenze, pubblicata dopo la morte dell'autore: *Les obligations en droit romain*, 3 tomes, 1851; e infine **Kocn**, *Diritto delle obbligazioni secondo il diritto* [Recht der Forderungen nach gem. u. preussischem Recht], 3 volumi, 2a ediz., 1859.

semplici doveri, dando invece maggiore rilevanza alla prestazione patrimoniale dedotta in obbligazione.

A suo dire, è la patrimonialità del vincolo a distinguere e caratterizzare l'obbligazione.

Dernburg concepisce le obbligazioni come strumenti attraverso cui produrre esclusivamente un risultato economico utile al creditore. Esse si pongono svariati scopi: ora quello della trasmissione della proprietà di beni, ora quello della concessione in uso di questi ultimi, ora quello dei servizi materiali o spirituali, ora quello di altri vantaggi. A tali fini esse vincolano il debitore a fare, tollerare o a non fare.¹⁵

Nel pensiero di Dernburg è pacifico che la prestazione debba avere un valore patrimoniale perché le obbligazioni appartengono, come i diritti reali, al diritto patrimoniale.

La prestazione è un vincolo all'autonomia privata imposto dall'ordinamento che, nel complesso, tende a conformare i rapporti giuridici all'apparato sanzionatorio; patrimonialità, quindi, non significa “*signoria sul comportamento altrui*” bensì successiva *possibilità di liquidazione* in denaro del comportamento dovuto dal debitore in caso di inadempimento e di conseguente condanna al risarcimento del danno. Questa opinione sarà sostenuta, tempo dopo, anche da Leonhard¹⁶.

Come più sopra accennato, le teorie sull'obbligazione elaborate dalla dottrina hanno avuto ad oggetto non solo la definizione dei caratteri della prestazione, bensì anche l'identificazione di quelli relativi all'interesse.

Ancora una volta, si ritiene opportuno dapprima riportare le riflessioni di Savigny¹⁷.

Egli sostiene che, come avviene nel diritto romano, debba esservi una correlazione necessaria tra interesse e prestazione: quest'ultima si concepisce esclusivamente

15 **Schey**, *Struttura dei diritti di credito* [Struktur der Forderungsrechte] nella *Rivista di Grünhut* [Grünhuts Zeitschrift], vol. IX, pag. 361; **Stintzing**, *Archivio per la pratica civile*, vol. LXXXI, pag. 449.

16 **F. Leonhard**, *Allgemeines Schuldrecht des BGB*, vol. I, München, 1929, par. 19, p. 50 (traduzione di S. Patti).

17 **F. C. Von Savigny**, *Obligationenrecht I* (1851), 4-7 (*Le Obbligazioni*, Traduzione italiana di Giovanni Pacchioni con Appendici, Torino, vol. I, 1912-15, pag. 335 e ss.).

come pecuniariamente valutabile; quindi, se interesse e prestazione sono inscindibilmente collegati, non può esservi un interesse del creditore che sia *non pecuniario*. Nella caratterizzazione dell'obbligazione i due elementi devono, necessariamente, condividere la medesima natura.

Può accadere che l'interesse non sia così connotato; e in tali casi, come si è visto, si esula dal campo dell'"obbligatorio" per entrare in quello dei vincoli di natura morale e "necessaria".¹⁸

L'attenzione che Savigny dedica all'interesse è minima rispetto a quella spesa per la patrimonialità della prestazione, che egli ritiene di importanza fondamentale. Egli sceglie di marginalizzare l'interesse esaltando l'elemento più concreto e reale della prestazione in quanto, nel suo pensiero l'interesse nulla dice sul vincolo e a nulla è utile nella distinzione tra obblighi giuridici e non giuridici.

Tali rapporti, in quanto non obbligatori, seguono regole che il legislatore ha ritenuto opportuno distaccare da quelle che l'ordinamento detta per i negozi giuridici e i contratti.¹⁹

Anche Konrad Hellwig,²⁰ che segue l'impostazione di Savigny, pur riconoscendo in linea di massima che esistano beni non economici suscettibili di essere lesi dal comportamento illecito altrui, nega in radice che, nell'obbligazione contrattuale possa assumere rilievo e validità un interesse non patrimoniale. Egli ritiene che l'interesse possa dirsi degno di attenzione solo se dotato di carattere pecuniario.

In tal senso scrive: *“Che poi in certi casi il diritto romano facesse sorgere degli obblighi da lesioni quasi delittuose di beni non patrimoniali gli è di fuori da ogni dubbio; ma questi casi provano solo come il diritto romano abbia saputo difendere in molteplici forme i beni più elevati non patrimoniali, ed è chiaro che tutte le norme le quali cadono sotto l'altro punto di vista sono prive di ogni valore in riguardo alla questione che consiste nel determinare fino a qual punto all'autonomia dei privati sia concesso di creare i presupposti in base ai quali si*

18 **A. Di Majo**, *Delle obbligazioni in generale (artt. 1173-1176)*, in Commentario al codice civile, Scialoja-Branca, cit., pag. 4-9.

19 **F. C. Von Savigny**, *Le Obbligazioni*, op. ult, cit., pag. 243.

20 **K.M. Hellwig**, *Über die Grenzen der Vertragsmöglichkeit*, in Archiv für die civ. Praxis, vol. 36, 1896, pag. 223 e ss. (traduzione di G. Pacchioni).

*può invocare la tutela dei tribunali per ottenere l'adempimento di una promessa*²¹.

Hellwig considera il diritto delle obbligazioni come parte integrante del diritto patrimoniale, e il contratto di conseguenza come uno strumento del commercio. Ammettere la rilevanza di interessi non pecuniari, quindi, contraddirebbe l'essenza stessa dei crediti che hanno per ambito di applicazione il panorama economico²².

L'Autore tende, comunque, a reputare generalmente irrilevante l'interesse del creditore alla prestazione, sottolineando che, in caso di inadempimento, l'elemento a cui il giudice farà riferimento per la liquidazione del danno creditorio sarà, esclusivamente, il valore della prestazione mancata.

Si pone sulla stessa linea anche il già citato Dernburg,²³ che tratta dell'interesse nell'obbligazione definendolo "scopo". L'autore, nello svolgere alcune considerazioni sul ruolo di questo elemento, afferma che quel che interessa al creditore è, in definitiva, il risultato che deve ottenersi mediante la prestazione; e poiché, dice Dernburg: *"le obbligazioni garantiscono giuridicamente il conseguimento di un vantaggio patrimoniale, esse rappresentano, fin dal loro sorgere, nella stima degli uomini, un valore patrimoniale"*.

Come già Savigny ed Hellwig, anch'egli considera rilevante nel rapporto obbligatorio solo quell'interesse che, al pari della prestazione, appartenga alla sfera patrimoniale.

E interesse patrimoniale non è solo quello che incide in modo diretto sul patrimonio del creditore determinandone un aumento, ma anche quello diretto a

21 **K.M. Hellwig**, *Über die Grenzen der Vertragsmöglichkeit*, in *Archiv für die civ. Praxis*, cit., pag. 223 e ss.

22 **F. C. Von Savigny**, *Le Obbligazioni*, op. ult. cit., pag. 342 e ss.

23 **A. Dernburg**, *Diritto delle obbligazioni*, Prima Traduzione dal tedesco di Bernardino Cicala, con prefazione di Scialoja, e Chironi, Torino, 1903, Sez. I, § 2, n. I, pag. 5. A conferma delle proprie teorie, Dernburg richiama la giurisprudenza romana (Fr. 38, § 17, D. *de verb. obl.*, 45, 1 Ulpianus, libro 49, *ad Sabinum* : *"Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, vol filius patri « stipuletur : inventae sunt enim huiusmodi 23 obligationes ad hoc, ut unusquisque « sibi adquirat quod sua interest : ceterum ut alii dotar, nihil interest mea"*).

far risparmiare al creditore le spese che, altrimenti, egli avrebbe sostenuto per procurarsi il risultato pattuito.²⁴

Tali teorie sulla prestazione e sull'interesse, dominanti nella prima metà del 1800, vengono invece accantonate sul finire del secolo XIX per far posto a più moderne ideologie.

Si fa strada, infatti, un nuovo orientamento dottrinale che non ritiene la "patrimonialità" quale caratteristica imprescindibile di ogni obbligazione (sia essa riferibile alla prestazione sia essa riconducibile all'interesse) perché, si dice, rileggere il rapporto obbligatorio come "strumento" per soddisfare i bisogni del creditore nel *divenire* dei suoi rapporti significa attribuire rilevanza a qualunque sua necessità a prescindere dalla sua natura, sia essa patrimoniale sia essa non patrimoniale.

E' questo il pensiero di Brinz²⁵, Windscheid²⁶ e Rudolf von Jhering²⁷ le cui tesi trovano diffusione tale da riuscire ad influenzare anche i redattori del codice germanico.

Costoro, a differenza di quanto fatto da Savigny, analizzano l'obbligazione prendendo come punto di riferimento privilegiato non solo la prestazione ma anche l'*interesse* che la accompagna, che essi considerano sempre rilevante anche qualora sia di natura morale, affettiva, e in genere non patrimoniale.²⁸

Tale dottrina parte dal concetto che l'interesse alla base del vincolo obbligatorio, se anche avente natura non economica, non possiede per questo meno importanza. Qualunque interesse del creditore, anche puramente morale, può essere dedotto nell'obbligazione e ricevere la relativa tutela, purchè si tratti di interessi seri ed apprezzabili e salvo: "*che manchi la volontà di obbligarsi o che si tratti di mero capriccio*".

24 **A. Dernburg**, *Diritto delle obbligazioni*, cit., pag. 65.

25 **Brinz**, *Kritische Blatter*, n. 3, 1853, in *Le Obbligazioni*, Traduzione italiana di Giovanni Pacchioni con Appendici, Torino, vol. I, 1912-15, appendice I, pag. 491.

26 **Windscheid**, *Pandekten*, parte I, vol. II, Dussendorf, 1873, par. 250 e 251, nota 2 (per la traduzione italiana, Bensa e Fadda, Torino, ed. Utet, 1890-1897).

27 **R. Von Jhering**, *Lo scopo nel diritto* (1877), trad. di M. G. Losano, Torino, 1972, vol. I

28 **B Brinz**, *Kritische Blatter*, n. 3, 1853, in *Le Obbligazioni*, Traduzione italiana di Giovanni Pacchioni con Appendici, Torino, vol. I, 1912-15, appendice I, pag. 491.

Windscheid, a tal proposito, reputa che, in caso di controversie, si debba rimettersi “*al prudente apprezzamento del magistrato*”, il quale diviene arbitro assoluto di ciò che, ai suoi occhi, appaia un interesse giustificato o un interesse manchevole di rilevanza perché “*capriccioso*” o di mero “*ghiribizzo*”.

L'autore, rileggendo le fonti romane in un'ottica diversa da quella di Savigny, Dernburg ed Hellwig, constata che nel codice giustiniano alcuni diritti vengono qualificati “di credito” anche senza avere relazioni con interessi di natura economica.

Egli pone in evidenza il fatto che, certamente, nel diritto romano, la struttura particolare del processo azionato per l'inadempimento di un'obbligazione, avente come sbocco obbligato la pronuncia di condanna ad una somma di denaro, rende *necessitato* il riferimento ad un parametro di valenza monetaria: e tale non può essere che la prestazione. L'interesse del soggetto attivo, seppure presente, è considerato inutile al fine della tutela creditoria, tanto più se di natura non patrimoniale.

Windscheid, tuttavia, osserva che, seppure nel diritto romano si sia preferito esaltare l'obbligazione in relazione ai suoi indici patrimoniali, si deve rimarcare che: “*nella coscienza nostra, oggi, è profondamente radicata l'idea che vi siano certe esigenze di contenuto morale, non economico di cui il diritto deve preoccuparsi, tutelando*”.²⁹

Si rende necessario, allora, superare i limiti imposti dal diritto romano riconoscendo tutela a tutte le obbligazioni, e a tutti gli interessi in esse dedotti, anche qualora non siano patrimoniali.

Egli difatti non ritiene corretto, “ricusare” il riconoscimento ad un diritto di credito perché la prestazione non è legata a valori patrimoniali.

Della medesima opinione si mostra Jhering, il quale, rifacendosi al diritto romano (che Savigny considera il *baluardo* della patrimonialità della prestazione a discapito dell'interesse non economico) evidenzia come nel diritto comune: “*nessuno ebbe mai a pretendere, come requisito della validità di una obbligazione, che il creditore dovesse avere all'esecuzione della medesima un interesse pecuniario. Nel diritto comune trovasi invece riconosciuta la validità*

²⁹ **Windscheid**, *Pandekten*, cit., § 251, nota 3.

degli sponsali, e dei patti con i quali i genitori si obbligavano ad educare i figli in una data religione, cioè contratti nei quali di interesse pecuniario non vi è traccia. Nessun giurista", proseguiva, *"ebbe mai, dai glossatori fino ai tempi nostri, a citare il fr. 9, par. 2, Dig. 40, 7, a sostegno della pecuniarietà"*³⁰.

L'autore estrae dai testi romani l'esempio del cameriere che pattuisce la libertà domenicale: se fosse vera la teoria per il quale l'interesse che sorregge l'obbligo rileva solo in quanto economico al pari della prestazione, il suddetto cameriere non dovrebbe poter convenire in giudizio il suo padrone in caso di violazione del patto, giacché l'interesse che motiva il cameriere a chiedere la libertà domenicale non possiede carattere pecuniario. In conclusione, egli afferma: *"Dovrà dunque il diritto civile difendere solo beni materiali? Tutti gli altri beni saranno dunque da considerarsi privi di valore, delle quali i giudici non avranno da occuparsi affatto? Dovrà dunque dirsi che al giudice preme solo la borsa dei cittadini... e che dove non vi è una borsa non vi è diritto? Ma come mai la dottrina stessa ammette che questi beni possano venir comperati? Essi hanno dunque un valore! [...] Né vale dire che il giudice civile non ha a sua disposizione altro mezzo che la condanna pecuniaria"*.

Anche Joseph Kohler,³¹ assume una posizione molto vicina a quella di Windscheid e Jhering; l'autore rimarca che, concepire l'interesse come rilevante solo se pecuniario rappresenta: *"un residuo dell'economia dei popoli antichi, fondata sulla schiavitù"*³².

Le due differenti tesi dei vari giuristi d'oltralpe si diffondono a macchia d'olio non solo in Germania (dove ad avere la meglio, infine, sono le dottrine di Windscheid e Jhering accolte anche nel codice civile germanico) ma anche in Italia, dove tali teorizzazioni divengono oggetto di discussione da parte dei pensatori della nostra dottrina proprio nel periodo della codificazione civilistica post unitaria.

Tuttavia, a differenza di quanto accaduto nell'esperienza tedesca, il diritto italiano sceglie di seguire le tesi patrimonialistiche di Savigny, al punto che il Codice

30 **R. Von Jhering**, *Lo scopo nel diritto* (1877), op. ult. cit..

31 **J. Kohler**, *Das Obligationsinteresse*, in *Archiv. Fur Burg. Recht*, 1899, vol. 12, pagg. 1-88.

32 **J. Kohler**, *Das Obligationsinteresse*, op. ult. cit., pag. 13.

Civile del 1865, nel regolare le obbligazioni al libro III, pone un'intera sezione intitolata "*Dei modi di acquistare e di trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle cose*": la collocazione, dunque, trasmette l'idea che si sia quasi voluto limitare la materia delle obbligazioni a quella dei negozi traslativi e costitutivi di diritti reali, costituiti nell'ottica del raggiungimento di utilità esclusivamente patrimoniali.

Giova ricordare inoltre che, almeno inizialmente, l'istituto dell'obbligazione è utilizzato per la regolamentazione di quei vincoli nascenti nell'ambito degli scambi di mercato in un'ottica patrimoniale ed economica.

Ciò è suffragato dal fatto che lo *ius scriptum* integrativo della disciplina del Codice Civile³³ è costituito dal Codice del Commercio, poi abrogato e unificato nell'unico codice civile del 1942, il quale tratta la disciplina delle "*Obbligazioni commerciali in generale*" nel titolo VI, agli artt. 35 e seguenti.³⁴

Dell'affinità esistente tra *obbligazione* e *commercio* tratta Polacco³⁵ che scrive: "*balza immediatamente agli occhi di ognuno il rapporto intimo di questa parte del diritto civile col diritto commerciale, diritto contrattuale per eccellenza, che presuppone la nota teoria generale delle obbligazioni quale è fornita dal codice civile*".

In questo periodo, data l'applicazione comune delle norme dettate in tema di obbligazioni civile e commerciali, viene maturando l'idea della fusione dei due codici. Si richiama, tra le previsioni comuni, quella relativa alle tipologie di diritti che la legge accorda al creditore una volta riconosciuta la validità e il carattere vincolante dell'accordo raggiunto dai privati per la regolamentazione dei propri interessi.³⁶

In primo luogo, compete al creditore il diritto di costringere il debitore all'adempimento della sua obbligazione in modo efficace: grazie agli strumenti

33 Codice civile del Regno d'Italia, 1865, artt. 1097 – 1235, Libro III, Titolo IV. le prime disposizioni che aprono il Titolo IV, dedicato alle "*obbligazioni e contratti in genere*", sono proprio relative ai negozi stipulati secondo il diritto privato.

34 Del Codice del Commercio si danno due edizioni. La prima del 1865 e la seconda del 1882.

35 **V. Polacco**, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, II ed, Athenaeum, Roma, 1898, pag. 6.

36 **C. Gangi**, *Le obbligazioni*, in *Lezioni di diritto civile, Parte Generale*, AA. 1926-1927, pag. 50 e ss.

della procedura civile, infatti, gli è consentito di ottenere coattivamente l'adempimento³⁷.

In seconda istanza, spetta al creditore il diritto di chiedere il risarcimento dei danni al debitore che, per dolo o colpa, non soddisfi l'obbligazione o la soddisfi in modo incompleto (art. 1218).³⁸

In ultimo, sono accordati al creditore i diritti ausiliari a tutela del proprio credito: la possibilità di procedere ad atti conservativi, il diritto di revocare gli atti compiuti dal debitore in frode delle sue ragioni, ecc...

In caso di controversie derivanti dall'inosservanza degli impegni presi, quindi, la tutela apprestata agli operatori del diritto consiste nel rimedio del risarcimento, o dell'esecuzione coattiva.

L'assetto normativo prettamente patrimonialistico e commerciale crea terreno fertile per svariate critiche dottrinali da parte di quella parte del pensiero giuridico italiano ritiene del tutto erronea tale impostazione seguace della tradizionale tesi di Savigny.

Fioriscono così, in seno al pensiero giuridico, le prime accese discussioni in tema di obbligazione, economicità della prestazione e rilevanza dell'interesse anche non patrimoniale, le quali ricalcano le due nette posizioni contrapposte già da tempo schierate in Germania.

Una prima risalente corrente di pensiero, come detto, fa propria la dottrina savignana dando rilevanza alla patrimonialità della prestazione e trascurando completamente l'interesse che spinge il creditore a richiedere l'adempimento di un obbligo, soprattutto se dotato di carattere non patrimoniale.

Tra gli esponenti di questo orientamento si annovera Giorgio Giorgi³⁹ il quale afferma che, per identificare l'obbligazione: *“basti rammentare, come l'obbligazione non sia tanto un dovere dal lato del debitore, quanto un diritto dal*

37 Cod. proc. civ., lib. III, Della esecuzione forzata delle sentenze, delle ordinanze e degli atti ricevuti da un ufficiale pubblico.

38 A tal proposito, giova ricordare che, già nel codice post-unitario, i danni ristorabili mediante lo strumento del risarcimento erano qualificabili in termini di danno emergente e lucro cessante (art. 1227), ed erano esclusivamente quelli che risultavano essere conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento (art. 1229).

39 **G. Giorgi**, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, Vol. I, Firenze, 1924, pag. 36-37.

lato del creditore. Anzi, come diritto, unicamente come diritto, l'obbligazione prende posto nel diritto privato; e non ve l'abbiamo annoverata tra i diritti patrimoniali [...]”.

L'autore spiega che al diritto patrimoniale è collegata la facoltà giuridica di esigere ciò che è dovuto; questa facoltà, attribuita dalla legge, sarebbe protetta dal potere statale attraverso la predisposizione di tutti i mezzi idonei ad assicurare l'adempimento, *“affinchè il creditore possa dirsi sicuro di avere nel suo patrimonio, o quei beni stessi che formano oggetto materiale del diritto, o almeno il loro equivalente”.*

Tra essi assume rilievo primario l'azione processuale, la possibilità di far valere il proprio diritto dinanzi ad un Tribunale al fine di ottenere l'adempimento, oppure, l'esecuzione coattiva.⁴⁰

Anche Pacchioni⁴¹, decisamente schierato a favore delle teorie savignane, sostiene che il rapporto obbligatorio deve presentare profili di patrimonialità almeno per quanto concerne la prestazione; in merito all'interesse egli ritiene che, essendo l'obbligazione diretta a raggiungere per lo più risultati economici di scambio, appare evidente che anche l'utilità che il creditore si aspetta di soddisfare debba essere patrimoniale: *“quando l'obbligo giuridico ha per oggetto una prestazione che cade nella sfera dei liberi scambi, ed ha contenuto essenzialmente privato, e può essere soddisfatta per equivalente economico, allora esso prende una configurazione tutta speciale e diventa la vera e propria obbligazione del diritto patrimoniale privato [...] e l'interesse che l'adempimento soddisfa e che l'inadempimento lede è sempre un interesse privato e patrimoniale. La caratteristica fondamentale dell'obbligazione del diritto patrimoniale consiste dunque in ciò, che essa può essere realizzata. Ed è poi questa possibilità di realizzazione che attribuisce all'obbligazione la natura di bene o valore economico e giuridico”.*

40 **G. Giorgi**, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, cit., pag. 36, n. 34. L'autore scrive: *“niun dovere è più certo della elemosina. E pure il povero, che muore di fame, si rivolgerebbe inutilmente ai Tribunali per strappare dalle mani del ricco l'obolo per campare. L'elemosina, pertanto, non è un'obbligazione.”.*

41 Cfr. considerazioni di **Pacchioni** in Appendice I della traduzione di **F. C. Von Savigny**, *Le Obbligazioni*, Torino, vol. I, 1912-15, appendice I, pag. 527 e ss, § 7.

Si registrano in questo periodo anche gli interventi di Vittorio Polacco⁴², Calogero Gangi,⁴³ Ludovico Barassi⁴⁴ e Alfredo Ascoli⁴⁵: tutti costoro trattano ampiamente del tema; ma mentre alcuni non sono dell'idea che l'interesse debba essere totalmente trascurato, altri orientano le loro argomentazioni solo sull'importanza della prestazione patrimoniale, richiamando a sostegno delle loro tesi sia il diritto romano che le successive elaborazioni della tradizionale dottrina tedesca.

In questo panorama variegato di opinioni, spicca l'intervento di Vittorio Scialoja⁴⁶ che, distaccandosi dagli assolutismi estremi dei due orientamenti sopra esposti, per la prima volta, denuncia la "confusione" che si è creata sul tema, confondendo i concetti di *prestazione* ed *interesse*; tali elementi sono ugualmente essenziali per l'esistenza dell'obbligazione ma devono adeguatamente distinguersi.

Sia Savigny che Windscheid hanno interpretato il requisito dell'interesse come se fosse da "giustificare" nell'ottica della prestazione: dato che quest'ultima ha contenuto patrimoniale, allora o l'interesse non rileva oppure, se è rilevante, deve essere coerente alla natura dell'oggetto dell'obbligazione. Scialoja, invece, non condivide queste riflessioni; egli riprendendo le fonti romane, spiega che nell'obbligazione è solo la prestazione a dover essere patrimoniale o, meglio, suscettibile di valutazione economica. L'interesse è altro rispetto a quest'ultima; ecco perchè può essere diretto a soddisfare utilità economiche come anche scopi morali, ideali, affettivi o sentimentali, senza che ciò metta in dubbio la sua rilevanza.

42 **V. Polacco**, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, II ed, Athenaeum, Roma, 1914, pagg. 73 e ss.

43 **C. Gangi**, *Le obbligazioni*, parte generale, vol. I, 1926-1927, pag. 46, 72 e ss.. Anche Carmelo Scuto, anni dopo, darà il suo contributo allo studio della disposizione di cui all'art. 1174 c.c. ponendo, anch'egli, l'attenzione sulla *prestazione* dovuta dal debitore, che è vista come: "*il comportamento (positivo o negativo) cui il debitore è tenuto affinché il creditore consegua un determinato risultato, economico o giuridico*" (**C. Scuto**, *La teoria generale delle Obbligazioni - con riguardo al nuovo codice civile*, vol. I, Milano, 1950, pag. 90 e ss.); Nello stesso senso, si orienta Ruggero Luzzatto che condividerà il pensiero di Gangi affermando che: "*la coazione, o meglio la possibilità di questa, non è che uno degli elementi del rapporto, ma non lo esaurisce [...] la costrizione non è l'obbligazione*" (**R. Luzzatto**, *Le obbligazioni nel diritto italiano*, ed. Giappichelli, 1950, pag. 4).

44 **Barassi**, *La teoria generale delle Obbligazioni*, vol. I, *La struttura*, cit., pag. 112.

45 **A. Ascoli**, *Corso di diritto civile* (delle Obbligazioni), Università di Roma, 1927.

46 La sua opinione, oggi, deve infatti considerarsi codificata nell'art. 1174 c.c.; cfr. **V. Scialoja**, *Diritto delle Obbligazioni* (lez. Diritto romano), s.d., Roma, 1889-90, pag. 42, pag. 79 e ss.

E' così che, la dottrina degli anni '40, si propone di superare l'ideologia dei predecessori (impostazione considerata come un vero e proprio "errore"⁴⁷) e, abbandonata l'idea di un diritto che presti attenzione alle sole istanze patrimonialiste senza alcun riguardo per l'interesse sotteso alla prestazione, si cerca di elaborare nuove tesi volte far "riprendere" a quest'ultimo il proprio ruolo nella struttura del rapporto.

Giorgianni⁴⁸, ad esempio, sostiene che l'interesse, lungi dall'essere un elemento superficiale e inutile dell'obbligazione, abbia invece una funzione determinante per operare la distinzione tra *obblighi giuridici* e altri rapporti privi di precettività, come accade per differenziare le obbligazioni contratte a titolo gratuito (dove è senz'altro presente un interesse alla prestazione) e i rapporti di mera cortesia.

La dottrina a tale proposito, ad esempio, approfondisce il tema degli impegni assunti gratuitamente a scopo reclamistico o promozionale e della distribuzione di merce a titolo gratuito. In tali fattispecie vi sono prestazioni a carico di una sola parte dove il soggetto passivo è spinto a vincolarsi sulla base di un suo personale interesse, patrimoniale o meno, e pur in assenza di una controprestazione.⁴⁹

L'interesse qualifica la giuridicità del vincolo.

Le riflessioni dogmatiche sul tema e la consapevolezza, sempre più avvertita, che la fisionomia dell'obbligazione si compone di interesse e prestazione, porta alla totale riformulazione delle norme sul rapporto obbligatorio avvenuta nel 1942, con l'avvento del nuovo codice civile, nel quale si accorpa anche la disciplina fino ad allora prevista dal Codice del Commercio.

In esso, il legislatore inserisce una nuova disposizione, sconosciuta al codice del 1865, che si occupa di individuare i caratteri distintivi dell'istituto: si tratta dell'art. 1174 c.c., norma che anche la Relazione al Ministro Guardasigilli

47 **M. Giorgianni**, *L'Obbligazione*, cit., vol. I, pag. 33 e ss.

48 **U. Breccia**, *Le Obbligazioni*, in Trattato Iudica-Zatti, Milano, 1991.

49 **G. Cian**, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, cit., pag. 203, **C. Scuto**, *La teoria generale delle Obbligazioni - con riguardo al nuovo codice civile*, op. ult. cit., pag. 90 e ss., **L. Barassi**, *La teoria generale delle Obbligazioni*, vol. I, *La struttura*, Milano, 1946, pag. 71 e ss.; **R. Sacco**, **G. De Nova**, *Il Contratto*, in Trattato di Diritto privato, vol X, Torino, 2009, pag. 865 e ss..

riconosce essere stata: “*emanata nel precipuo proposito di dare elementi per la configurazione pratica del rapporto obbligatorio*” (n. 557)⁵⁰.

L'articolo in oggetto, sancisce una volta per tutte, gli elementi imprescindibili che caratterizzano l'obbligazione giuridica recependo le riflessioni svolte sul punto da Scialoja: da un lato vi è la *prestazione*, dall'altro *l'interesse del creditore* che può avere natura *anche non patrimoniale*.⁵¹

Invero, è da dire che la disposizione in esame nasce a seguito di un tortuoso percorso intrapreso dal legislatore. Inizialmente, infatti, la bozza dell'art. 1174 c.c., era contenuta nel “*Progetto preliminare Ministeriale di Codice civile*” del 1940, dove all'art. 3 del *Libro delle obbligazioni*, si legge che: “*Non vi è obbligazione se la prestazione non è economicamente valutabile e non corrisponde ad un interesse del creditore*”.

La disposizione segue la disciplina dettata al precedente art. 1 con la quale il legislatore definisce l'obbligazione come: “*il vincolo in virtù del quale il debitore è tenuto verso il creditore ad una prestazione positiva o negativa*” . Tali disposizioni, unitamente all'art. 2 in tema di garanzia patrimoniale del debitore, forniscono al lettore una sintetica, ma compiuta, rappresentazione dell'istituto.

Nella versione del 1941, invece, il legislatore rinuncia a precisare il concetto di obbligazione perché ritiene: “*l'argomento schiettamente dogmatico*”⁵² e, comunque, “*esorbitante rispetto al campo normativo in cui esso deve strettamente attenersi*”.

In conclusione, egli considera opportuno sopprimere totalmente la norma di cui all'art. 1; decide, invece, di mantenere il contenuto dell'art. 2 nell'odierno art. 2740 c.c., e di trasporre quello dell'art. 3 nell'art. 1174 c.c..

50 *Relazione del Ministro Guardasigilli al codice Civile del 1942*, Collana diretta da Guido Alpa e Roberto Mazzei, 2010; cfr. art. 3 del progetto preliminare, prima redazione, del Libro delle Obbligazioni, 1940: “*Non vi è obbligazione se la prestazione non è economicamente valutabile e non corrisponde ad un interesse del creditore*”.

51 **Art. 1174 c.c.:** “*La prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere ad un interesse, anche non patrimoniale, del creditore*”.

52 *Relazione del Ministero Guardasigilli al Libro "Delle Obbligazioni" del Codice Civile*, pubblicata sulla Gazzetta ufficiale del Regno d'Italia del 05 febbraio 1941, pp. LXXII-LXXIV, cap. III, n. 10, punto 23.

Della ragione questa scelta è data spiegazione nei lavori preparatori: Giaquinto, nella Relazione al progetto Ministeriale del *Libro delle Obbligazioni*, sostiene che *“Il requisito della patrimonialità della prestazione...è richiesto in coerenza al principio secondo cui l'obbligazione si realizza coattivamente solo attraverso la responsabilità patrimoniale del debitore. L'interesse del creditore può avere carattere non economico (umanitario, scientifico o, in genere, morale) [...] “L'articolo non fa che riaffermare il concetto che la prestazione deve essere economicamente valutabile e deve corrispondere ad un interesse dei creditori. Questo può essere di natura varia; è necessario però che un interesse vi sia e, se non c'è, viene a mancare un elemento essenziale per la perfezione del vincolo... Non vi è obbligazione quando il contenuto del dovere correlativo non abbia i caratteri della prestazione secondo l'art. 4”.*

Inoltre, si riporta: *“[...] Si noti che nell'art. 4 si distingue l'interesse alla prestazione dalla prestazione medesima. L'interesse alla prestazione non deve essere necessariamente pecuniario, perchè il diritto mira a realizzare e tutelare anche le più alte idealità...basta che esso includa uno scopo ritenuto utile secondo l'apprezzamento predominante della coscienza sociale, cioè indipendentemente dal giudizio subiettivo che ne possa fare il soggetto del rapporto. La prestazione deve invece essere suscettibile di valutazione economica [...]”* (n. 23)⁵³.

Ma nonostante l'introduzione dell'art. 1174 c.c., che identifica in modo esauriente gli elementi del rapporto, il dibattito dottrinale sul tema non si quietava.

La dottrina che ha visto nascere il nuovo codice civile, si domanda se l'art. 1174 debba considerarsi una norma “definitoria”, nel senso proprio di una norma la cui funzione è di identificare quali situazioni giuridiche debbano considerarsi *obbligazioni* (e quindi pertinenti al diritto delle obbligazioni) e quali ne siano escluse (poiché trattasi di obblighi o doveri di altra natura, pertinenti ad altri settori o materie); oppure se tale disposizione abbia scopo “precettivo”, e imponga alle parti una sorta di *limite* alla libertà di creazione degli obblighi.

53 Relazione del Ministero Guardasigilli al Libro "Delle Obbligazioni" del Codice Civile, pubblicata sulla Gazzetta ufficiale del Regno d'Italia del 05 febbraio 1941, pp. LXXII-LXXIV, cap. III, n. 10, punto 23.

Ludovico Barassi⁵⁴ ritiene che l'uso del verbo "dovere" nel dettato dell'art. 1174 c.c. (cfr. "*deve essere suscettibile di valutazione economica... e deve rispondere ad un interesse*"), farebbe propendere più per la natura precettiva che definitoria della norma: essa, in buona sostanza, introdurrebbe due principi separati, uno riferibile alla prestazione e l'altro all'interesse creditorio. Barassi scrive a tale proposito: "*bisogna proprio distinguere come ha fatto oggi l'art. 1174: cioè non confondere il contenuto della prestazione con lo scopo che il creditore si propone di raggiungere con essa [...] E' proprio il non aver distinto tra prestazione e scopo che ha condotto a conclusioni erronee*".

Visione differente è quella di Michele Giorgianni⁵⁵ che, invece, attribuisce portata definitoria alla norma, considerando le due statuizioni della disposizione come entità non separate bensì integrate fra loro,.

Il legislatore, accostando il carattere patrimoniale della prestazione all'interesse anche morale dell'avente diritto, avrebbe creato un *accostamento imprescindibile*: da un lato avrebbe optato per una prestazione apprezzabile in termini di sacrificio patrimoniale del debitore, e dall'altro avrebbe scelto, come contrappunto, un tipo di interesse, anche non patrimoniale, del creditore.

L'obbligazione è, per definizione e per natura, lo strumento che assicura la realizzazione dei valori di scambio: dunque si è reputato opportuno un controbilanciamento di tale carattere con il riferimento ai "*più nobili scopi o idealità*" (secondo quanto riportato nella Relazione) cui l'obbligazione può essere strumentalmente preordinata.⁵⁶

Giorgianni⁵⁷, inoltre, contesta il fatto che parte della dottrina,⁵⁸ facendosi portatrice della tradizione romanistica, considera necessaria l'esistenza di una prestazione patrimoniale, perchè correlata alle modalità con le quali funziona il

54 U. Barassi, *La Teoria generale delle obbligazioni*, vol. I, La struttura, Milano, 1946, pag. 113.

55 M. Giorgianni, *L'Obbligazione*, 1968, Milano, vol. I, pag. 29 e ss..

56 A. Di Majo, *Delle obbligazioni in generale (artt. 1173-1176)*, in Commentario al codice civile, Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1988..

57 M. Giorgianni, *L'Obbligazione*, 1968, Milano, vol. I, pag. 33.

58 P. Bonfante, *Corso di diritto romano*, IV, *Le obbligazioni*, ristampa a cura di G. Bonfante e Crifò, Milano, 1979, pag. 60; F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III ed, Milano, 1959, par. 99, n. 11, pag. 39; E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, vol. I, Milano, 1953, pag. 51 e ss.; C. Scuto, *Istituzioni di diritto privato*, vol. II, parte I, Napoli, 1942, pag. 4.

risarcimento del danno: si dice che, ove la prestazione non avesse carattere pecuniario, non sarebbe possibile il risarcimento.

L'Autore è dell'idea che la pecuniarietà del danno e la pecuniarietà della prestazione non siano tra loro strettamente collegati. Il fatto che la prestazione sia valutabile in denaro è, certamente, utile alla liquidazione del pregiudizio subito, ma si tratta di una questione nettamente distinta.

Anche perché, sottolinea Giorgianni: *“dalla pecuniarietà del danno, non si può risalire alla pecuniarietà della prestazione che costituisce il contenuto dell'obbligazione il cui inadempimento ha prodotto il danno medesimo: ed infatti vi possono essere danni patrimoniali che costituiscono conseguenza della violazione di un obbligo non patrimoniale, come sono i danni derivanti dalla rottura della promessa di matrimonio [...], mentre, per converso, l'inadempimento di un obbligo con contenuto patrimoniale può produrre danni non patrimoniali”*.

Egli, perciò, conclude nel senso che: *“non esistendo correlazione tra patrimonialità della prestazione e patrimonialità del danno prodotto dall'inadempimento dell'obbligazione, non si può di conseguenza trovare il fondamento della necessità della patrimonialità della prestazione nella patrimonialità del danno”*.⁵⁹

Giorgianni afferma che certamente l'art. 1174 c.c. risponde all'esigenza di regolare i rapporti tra consociati rispetto a beni aventi contenuto economico.

Ma il richiamo alla patrimonialità della prestazione si traduce, indirettamente, anche nell'affermazione per cui il vincolo ad eseguire una prestazione che abbia contenuto non patrimoniale non potrà essere qualificato come obbligazione. La patrimonialità viene a costituire, nel nostro ordinamento, un elemento centrale nella distinzione dell'obbligazione da obblighi di altra natura che, seppure giuridici, sono regolamentati da altre norme.⁶⁰

Una tale riflessione trova conforto anche nella Relazione Ministeriale: *“L'art. 1174 ha l'ulteriore funzione di precisare che l'obbligazione deve essere considerata come figura giuridica distinta da quegli altri obblighi i quali, per*

59 M. Giorgianni, *L'Obbligazione*, 1968, cit., pag. 34.

60 M. Giorgianni, *op. ult. cit.*, pag. 35.

quanto diano luogo ad azione, tuttavia non hanno contenuto patrimoniale diretto o riflesso (es. diritto di famiglia). Nell'art. 1174 medesimo si rinvengono, inoltre, gli estremi per la separazione di quei doveri che vivono nel campo giuridico dagli altri che costituiscono la sfera della vita morale e sociale e da cui non evadono o perchè rispondono a bisogni universali meno sentiti o perchè il valore o il motivo della loro esistenza consiste nella spontaneità del lor adempimento.” (n. 557).

2) La prestazione: la patrimonialità come essenza del vincolo

All'indomani dell'emanazione del codice civile, due opposti orientamenti dottrinali si sono confrontati sul tema della natura della prestazione così come indicata dal legislatore all'art. 1174 c.c..

La questione che, da entrambe le parti, ci si pone è se la prestazione patrimoniale sia tale solo in quanto previsto dalla legge o se, in qualche modo, anche le parti abbiano la facoltà di influire sulla determinazione di tale connotato.

La prima tesi, detta soggettiva, è quella che considera possibile conferire il carattere della patrimonialità ad una prestazione, di per sé carente di tale requisito, anche solo attraverso la previsione di una controprestazione o una penale per il caso di inadempimento dell'obbligazione.

In termini più generali, è stato affermato che le prestazioni non aventi di per sé carattere economico acquistano tale carattere ogniqualvolta siano dedotte in contratto quale corrispettivo di prestazioni con contenuto patrimoniale. Questa visione trova conforto nella Relazione al Re⁶¹ e in alcune pronunce giurisprudenziali.⁶²

61 Relazione del ministro Guardasigilli, cit., n. 557: *“ha valore patrimoniale anche la prestazione che lo riceva dalla natura della controprestazione ovvero dalla valutazione fatta dalle parti, come nel caso in cui si conviene la clausola penale”*. Per la Giurisprudenza, Cass. 10.04.1964, n. 835, in *Giust. Civ.*, 1964, vol. I, p. 1604 (secondo la quale: *“le prestazioni non aventi in sé carattere economico acquistano tale carattere ogni qualvolta siano dedotte in contratto quale corrispettivo di prestazioni con contenuto patrimoniale. In tali casi, la possibilità di valutazione economica della prestazione di per sé non patrimoniale è data dalla controprestazione, di carattere patrimoniale, per essa convenuta, in quanto così convenendo le parti hanno dimostrato di attribuire all'altra valore economico equivalente”*); nello stesso senso, cfr. Cass. 09.03.1971, n. 649; Cass. 08.02.1961, n. 265, in *Giust. Civ.*, 1961, vol. I, pag. 589; Cass. 18.06.1968, n.1995, in *Foro it.*, 1968, vol. I, pag. 2798; Cass. 10.04.1964, n. 835, in *Giust. Civ.*, 1961, vol. I, pag. 1604.

62 Cfr. tra le altre, già cit. Cass. 18.06.1968, n.1995, in *Foro it.*, 1968, vol. I, pag. 2798. La Corte di Cassazione, in particolare, sul tema della prestazione patrimoniale, ha sancito che: *“la patrimonialità della prestazione ricorre quando oggetto della prestazione sia un bene, che come tale ha contenuto economico. Quando, invece, ne sia oggetto un servizio, un'attività da svolgere,*

Questa corrente di pensiero concepisce il carattere economico della prestazione come determinabile dalla legge (che definisce una certa prestazione come suscettibile di valutazione economica) oppure determinabile anche ad opera di un accordo contrattuale.

Nella Relazione si legge in particolare che: *“La prestazione deve essere suscettibile di valutazione economica; senza di che non si potrebbe attuare la coazione giuridica predisposta dal diritto in caso di inadempimento... ha valore patrimoniale anche la prestazione che lo riceva dalla natura della controprestazione ovvero dalla valutazione fatta dalle parti, come nel caso in cui si conviene la clausola penale”*.

Diversamente, la seconda concezione, detta oggettiva⁶³, ritiene che la patrimonialità non possa essere *“creata dalle parti”*, ma debba sussistere secondo concreti criteri generali di valutazione.

Questa seconda corrente di pensiero, operante in controtendenza rispetto alla prima, riesce a trovare maggiori consensi, tra gli studiosi, rispetto alla tesi soggettiva.

La teoria in esame vede la patrimonialità della prestazione come indipendente dalle parti e dalle loro previsioni contrattuali, considerandola piuttosto relazionabile al giudizio della legge e della valutazione che di essa si abbia nell'ambiente giuridico sociale in cui viene calata.

La patrimonialità esprime il valore che il complessivo sistema del diritto e dei rapporti civili attribuisce ad un certo sacrificio economico in cambio dell'ottenimento dei vantaggi promessi dalla prestazione.⁶⁴ Il concetto così delineato, dunque, risulta legato all'evoluzione della cultura e del costume sociale.

occorre esaminare se essa abbia nella realtà economico sociale un valore patrimoniale. Ciò non toglie, però, che un'attività che comunemente non sia considerata tale e venga svolta per cortesia o benevolenza, possa in una concreta situazione contrattuale acquistare rilevanza patrimoniale”.

63 **M. Giorgianni**, *L'Obbligazione*, 1968, cit., pag. 34; **P. Rescigno**, *Obbligazioni, Nozioni generali*, in Enc. Dir., vol. XXIX, Milano, 1979, pag. 186; **Carresi**, *Il Contratto*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 1987, pag. 17, nota 51; **A. Chianale**, *Obbligazione*, in *Digesto delle disc. priv.*, sez. civ., vol. XII°, Torino, 1995, pag. 337 ss., pag. 340; **U. Breccia**, *Le Obbligazioni*, in *Trattato Iudica Zatti*, Milano, 1991, pag. 49; **Sacco-Cisiano**, *Il fatto, l'atto, il negozio*, in *Trattato Sacco*, Torino, 2005, pag. 380.

64 **M. Giorgianni**, *L'Obbligazione*, 1968, cit., pag. 29-41.

Giorgianni, per parte sua, è dell'opinione che la facoltà di determinare il carattere patrimoniale della prestazione affidata alla totale discrezionalità delle parti, confligge in primo luogo con la funzione medesima dell'art. 1174 c.c., che è quella di delimitare l'ambito delle obbligazioni e della disciplina ad esse applicabile; in secondo luogo, se si consentisse una libera ed incontrollata autonomia ai contraenti nella determinazione del carattere della prestazione, si finirebbe per incrementare il rischio di “*creare forme di mercato del tutto anomalo o perfino clandestino*”⁶⁵, idonee ad attribuire patrimonialità a qualsiasi cosa e di elidere ogni distinzione tra obbligazioni e obblighi di cortesia.

Di Majo⁶⁶ ricorda che l'autonomia privata deve seguire le regole *oggettivamente* patrimoniali che operano nel mercato: dare importanza a quanto considerato patrimoniale dai contraenti, su una pura base individualistica, contraddirebbe e neutralizzerebbe l'intera disciplina delle obbligazioni.

3) L'interesse “anche non patrimoniale”: analisi e confronto

Oltre alla prestazione, di cui si è appena trattato, un altro carattere fisionomico dell'obbligazione è dato dalla presenza di un interesse del creditore, il quale è destinato ad essere soddisfatto dal dovere del debitore.

L'art. 1174 c.c., come già rimarcato, malgrado nella sua rubrica riporti la dicitura “*carattere patrimoniale della prestazione*”, esprime due principi riferiti ad elementi fra loro ben distinti: il primo concerne la prestazione e il secondo l'interesse (cfr. *par.* 1).

Della storia che ha portato all'introduzione della disposizione in tema di elementi del negozio si è già argomentato nei paragrafi che precedono; qui basti ricordare come, ignota al codice del 1865, la norma in esame fa la sua prima apparizione nel

65 **P. Rescigno**, *Obbligazioni, cit.*, pag. 186.

66 **A. Di Majo**, *Delle obbligazioni in generale (artt. 1173-1176)*, in Commentario al codice civile, Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1988, pag. 92, il quale afferma: “*l'enunciazione del carattere patrimoniale della prestazione ha funzione di raccordare la normativa dell'obbligazione a quella che è la realtà dei rapporti di mercato*”.

Progetto ministeriale di Codice del 1940, all'art. 3, per poi passare, immutata, nel nostro attuale codice.⁶⁷

La decisione del legislatore di introdurre, nel medesimo articolo, due norme differenti, ha offerto spunti di riflessione in dottrina; essa, soffermandosi in particolar modo sulla previsione dettata in tema di interesse, cerca di interpretare il vero significato dell'espressione: *“l'obbligazione...deve corrispondere ad un interesse anche non patrimoniale del creditore”*.

Il primo punto critico concerne quindi la definizione del termine “interesse”, sul cui significato non vi è univocità di pensiero: tradizionalmente, infatti, si è accentuato il valore della relazione tra il soggetto e il bene al punto da identificare l’*“interesse protetto”* con il *“bene giuridico”* a cui una persona aspira;⁶⁸ secondo tale visione, quindi, l'interesse coinciderebbe con quello che, secondo l'insegnamento tedesco, sarebbe il *“sentimento della condizionalità della vita”*, o la *“disposizione a desiderare”*.⁶⁹

Cesarini Sforza ne parla identificandolo quale: *“stato soggettivo di relazione promosso dal sentimento e susseguente alla percezione di un bisogno che sorregge le manifestazioni della volontà interna”*; l'orientamento appena richiamato è definibile tesi soggettiva o psicologica dell'interesse⁷⁰.

Un siffatto modo di concepire l'interesse, del tutto svincolato da canoni giuridici ma correlato a parametri per lo più soggettivi e di relazione tra il bene e il desiderio da soddisfare, non è, invece, condiviso da altra dottrina; in particolare Emilio Betti concepisce l'interesse come l’*“esigenza di beni o valori da realizzare o da proteggere nel mondo sociale”*⁷¹. Egli privilegia un'impostazione di tipo

67 **M. Giorgianni**, *L'Obbligazione*, 1968, cit., pag. 60.

68 **E. Zitelmann**, *Der Wert eines allgemeinen Teils der bürgerlichen Rechts*, 1905.

69 **R. Von Jhering**, *Lo scopo nel diritto* (1877), trad. di M. G. Losano, Torino, 1972, vol. I. Secondo l'Autore: *“l'interesse alla condizionalità della vita consiste nella causa per cui ci si interessa ad una persona, ad un rapporto da cui ci si sente dipendenti nell'esistenza o nella felicità con l'effetto che, se la misura dell'interesse giuridico è variabile, non ha senso porsi la questione di cosa sia l'interesse giuridico in astratto, come se la risposta fosse eguale per tutti i tempi e tutti i popoli”*.

70 **Cesarini Sforza**, *Lezioni di Teoria Generale del diritto*, Padova, 1930, vol. I, p. 127

71 **E. Betti**, *Interesse, (teoria generale)*, in N.vss. dig. It, vol VIII, 1962, pag. 838-839, il quale sottolinea come: *“l'erronea impostazione del concetto in termini psicologici conduce all'identificazione dell'interesse col bisogno e col desiderio, che sono nozioni psicologiche inadatte a coglierne l'essenza normativa”*.

oggettivo, che sottragga il contenuto dei rapporti intersoggettivi al capriccio e all'arbitrio e riporti l'interesse entro parametri di certezza giuridica e obiettività. L'impostazione bettiana porta sia la norma di cui all'art. 1174 c.c. che quella di cui all'art. 1322 c.c. ad essere interpretate in senso oggettivo.

L'art. 1322 c.c., in particolare, dopo aver conferito alle parti la facoltà di determinare assetti convenzionali diversi dai tipi normativamente previsti, specifica che l'interesse perseguito con l'accordo atipico deve essere meritevole di tutela nell'ottica dell'ordinamento. Si vedrà, infatti, (cfr. *infra*, par. 4) che la *meritevolezza e apprezzabilità* dell'interesse di cui tratta l'articolo è valutata guardando al sistema giuridico statale, e all'oggettività del suo diritto, senza alcun accenno invece a quello che viene considerato meritevole dalle parti.

Stabilito come debba interpretarsi e definirsi il requisito dell'interesse, non cessa il dibattito invece per quello che concerne il suo ruolo all'interno del rapporto.

Ad esempio, Giorgio Cian⁷² ritiene che l'interesse, pur presente nelle norme dettate in tema di obbligazione e, più nello specifico, dall'art. 1174 c.c., non possa essere considerato *essenziale al vincolo*; trattasi, infatti, di un elemento che attiene “*esclusivamente alla sfera interna del creditore*” e che, difficilmente, si presterebbe ad essere valutato in termini oggettivi. Se si desse importanza decisiva al requisito dell'interesse, l'obbligazione prederebbe certezza giuridica; egli aggiunge inoltre: “*non si saprebbe a qual punto arrestare il confine dell'indagine sull'interesse... e, alla fine, qualunque cosa apparentemente utilissima potrebbe rivelarsi del tutto senza significato per il soggetto titolare del diritto*”.

Di diverso avviso, invece, si mostrano il Carnelutti, il Giorgianni e il Barassi i quali affermano che il codice stesso, accennando sia alla prestazione sia all'utilità mediata (l'interesse) che attraverso la prestazione si ottiene, necessita di entrambi gli elementi; il debitore deve far convergere la sua attività, o meglio il suo contegno, nella direzione del creditore, deve adempiere alla prestazione per raggiungere l'utilità promessa. L'interesse è quindi fondamentale ai fini della comprensione della direzione verso cui dirigere la condotta dovuta del debitore. In quest'ottica, allora, il conseguimento dell'utilità promessa coincide con la ragione

72 **G. Cian**, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, in Riv. Dir. Civ., 1968, pag. 200 e ss..

strumentale che giustifica il comportamento umano, e l'interesse esprime il rapporto di tensione tra il soggetto e un bene idoneo a sciogliere tale tensione; esso spinge i contraenti a trovare una prestazione idonea al soddisfacimento di un dato bisogno.⁷³

Affermata l'essenzialità dell'interesse previsto con l'art. 1174 c.c., il dibattito si orienta verso una nuova discussione: ci si domanda, ora, come debba atteggiarsi questo *interesse* del creditore e se, effettivamente, al di là del dato testuale, si possa concretamente perseguire una utilità *anche non patrimoniale*.

Si riscontra, nuovamente, una divisione di orientamenti.

La prima tesi⁷⁴ riporta all'attenzione le più tradizionali e risalenti riflessioni dottrinali caratterizzate dalla *marginalizzazione* e dal *sospetto* di tutto ciò che risulti essere *non patrimoniale*; il convincimento di base è che gli "*interessi non patrimoniali*", in particolare, siano di "*incerta qualificazione*".

Tali autori fanno leva sul fatto che il codice civile attribuisce la forma di *bene giuridico* alle sole utilità che hanno *valore economico*; e sottolineano che, anche in tema di beni immateriali, il codice dispone che "*possono costituire oggetto di brevetto le nuove invenzioni atte ad avere una applicazione industriale*" (quindi solo quei beni di cui possa farsi una valutazione economica).

Di fatto, dunque, a parere di questa dottrina, sembra che l'interesse atto a sorreggere l'obbligazione e mirante alla soddisfazione di una certa utilità, possa avere solo connotazione economica.

Questo modo di concepire la natura dell'interesse creditorio, tuttavia, è definitivamente accantonato con l'avvento della Costituzione repubblicana, che induce a modificare la gerarchia dei valori protetti dall'ordinamento ponendo al centro la persona umana, i suoi bisogni e la sua identità come singolo e nelle formazioni sociali (art. 2 Cost.).

Comincia a parlarsi di *depatrimonializzazione del diritto* (cfr. *infra*, cap. II), riferendosi al nuovo atteggiamento della dottrina italiana che rivisita gli istituti del

73 F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, III ed., Roma, 1951, pag. 11 e ss. U. Breccia, *Le Obbligazioni*, cit., pag. 37; M. Giorgianni, *L'obbligazione*, cit., pag. 61; U. Barassi, *La Teoria generale delle obbligazioni*, vol. I, La struttura, Milano, cit., pag. 113.

74 Cian, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, cit., pag. 222; P. Rescigno, *Per una rilettura del codice civile*, in *Giur. it.* 1968, IV, pag. 244 e ss.; P. Barcellona, *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, pag. 374.

diritto privato alla luce della non patrimonialità; il negozio giuridico non assume più il ruolo di strumento del potere privatistico sui beni che hanno esclusiva utilità economica, ma è, piuttosto, concepito come un mezzo funzionale alla realizzazione di quegli interessi che, spesso di natura non patrimoniale, sono perseguiti attraverso l'esecuzione della prestazione.⁷⁵

Ecco spiegata la ragione per cui, nel Nuovissimo Digesto Italiano, in merito alle caratteristiche distintive della prestazione e dell'interesse alla stessa, si riporta testualmente che: *“Non basta che la prestazione sia possibile e lecita perché si possa avere l'obbligazione giuridicamente esistente; uopo è anche che la prestazione sia utile al creditore [...] ma non importa che si tratti d'utilità direttamente patrimoniale: siccome l'obbligazione è mezzo per raggiungere scopi al di là del puro utile patrimoniale, così a dare esistenza giuridica all'obbligazione basta un interesse direttamente morale [...] Il diritto abbraccia gli interessi tutti”*.⁷⁶

Ancora una volta, Giorgianni scrive: *“affermando che l'interesse del creditore può essere anche non patrimoniale, il legislatore, seguendo in ciò la dottrina dominante sotto l'impero del codice abrogato, conferma che l'obbligazione non è destinata a soddisfare soltanto gli interessi patrimoniali ma altresì i suoi interessi culturali, religiosi, morali, in una parola non patrimoniali [...] Il legislatore non protegge, infatti, solo interessi patrimoniali ma altresì interessi di altra natura, fata la infinita varietà dei bisogni dell'uomo”*.⁷⁷

La previsione sull'interesse riportata nella disposizione di cui all'art. 1174 c.c. è quindi espressione dell'intento legislativo di “controbilanciare” la realizzazione dei valori di scambio con scopi più «nobili».⁷⁸

75 **P. Perlingieri**, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1942, pag. 64 e ss.

76 Nota di **A. Azara – E. Eula**, in *Nuovissimo Digesto Italiano*, 1967, alla voce: *Obbligazione*, n. 47, pag. 671 e ss.

77 **M. Giorgianni**, *L'Obbligazione*, vol. I, cit, pag. 63.

78 **R. Luzzatto**, *Le obbligazioni nel diritto italiano*, ed. Giappichelli, 1950; cfr. anche **S. Maiorca**, *Le obbligazioni, le loro fonti e le loro garanzie*, ed. Giappichelli, Torino, 1980, pag. 7 e ss.; **L. Barassi**, *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. I, *La struttura*, ed. Giuffrè, 1946; **A. Di Majo**, *Delle obbligazioni in generale (artt. 1173-1176)*, in *Commentario al codice civile*, Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1988.

Si annota, in questa sede, il pensiero di Gorla⁷⁹ il quale ritiene che, dando credito a chi considera valide solo le obbligazioni che apportino esclusivamente utilità patrimoniali, dovrebbe essere messa in dubbio la validità di svariati contratti non legati a interessi patrimoniali che sono posti in essere quotidianamente (quello col maestro di ballo, ecc...). Egli afferma: *“se tutte quelle attività, per quanto lecite, sembrano socialmente improduttive e così giuridicamente indifferenti... tutti i contratti per promuovere i cosiddetti hobbies ne sarebbero investiti, così come il problema di ogni contratto diretto a realizzare interessi non economici ma di carattere atipico o strettamente individuale”*.

Nella società contemporanea, invece, Gorla reputa che la personalità umana sia portata sempre più a cercare uno sfogo nel campo degli interessi non economici . E' la modernità, dunque, a suggerire di cambiare approccio, considerando meritevole anche un contratto diretto alla soddisfazione di utilità non economiche.

4) Apprezzabilità e meritevolezza: l'interesse ex art. 1322 c.c.

Ci si è finora occupati delle questioni che hanno investito l'interesse con particolare riferimento alla sua natura e al suo ruolo all'interno dell'obbligazione (art. 1174 c.c.).

Tuttavia, sia l'interesse del creditore sia la patrimonialità sono profili che, pur contemplati dall'art. 1174 in via generale per tutte le obbligazioni, risultano applicabili anche al contratto ed operano quale filtro destinato a escludere pattuizioni *prive di meritevolezza per il diritto*.⁸⁰

All'uopo, vale qui la pena di ricordare le importanti discussioni sorte in merito alla disposizione di cui all'art. 1322 c.c., che il codice detta in tema di autonomia privata: *“Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge (e dalle norme corporative). Le parti possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina*

79 **G. Gorla**, *Il Contratto*, Milano, 1954, pagg. 224 e 226.

80 Così **G. Cian**, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, cit., pag. 217; **Di Majo**, *Delle obbligazioni in generale (artt. 1173-1176)*, cit., pag. 254.

particolare, purchè siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico".

Il legislatore, all'ultimo periodo della norma in esame, nuovamente fa riferimento all'interesse delle parti, offrendo così nuovi spunti di riflessione in merito al significato e al contenuto di questo requisito.

La disposizione presuppone che le parti, al fine di raggiungere una data utilità, svolgano tra loro svariate contrattazioni: a volte utilizzano tipi di negozi predeterminati dal codice civile, dalle leggi o da altre fonti; altre volte, invece, i contraenti pongono in essere una serie di negozi giuridici, destinati a realizzare le più svariate necessità, che la legge non ha mai codificato e tipizzato.

Il legislatore definisce questo fenomeno "*autonomia contrattuale*", ovverosia "libertà" dell'individuo di contrattare al di fuori delle previsioni di legge, determinando secondo le proprie esigenze il contenuto del negozio costituendo.

Gli individui sono liberi di scegliere come regolare i loro interessi anche promuovendo la formazione di nuovi modelli negoziali avendo, come unico limite, la *meritevolezza* dello scopo perseguito.⁸¹

La prima problematica affrontata dal pensiero giuridico, infatti, è proprio quella relativa *all'interesse meritevole* del negozio, richiamato dalla norma, e ai criteri usati nella valutazione di tale apprezzabilità.⁸²

L'art. 1322 c.c. prevede che l'accordo raggiunto dai privati attraverso il contratto non si ponga in contrasto con l'interesse generale; per meglio dire, esso deve essere diretto a realizzare una utilità meritevole di tutela alla luce delle previsioni, dei dettami e degli scopi dell'ordinamento.

Nell'interpretare questo articolo, così come accaduto con il contenuto di cui all'art. 1174 c.c., gli orientamenti dottrinali si sono biforcati.

Inizialmente, si sviluppa un orientamento che considera *meritevole* quell'interesse che, in grado di soddisfare le utilità soggettive che il creditore spera di ottenere

81 **Carresi**, *Autonomia privata nei contratti e negli atti giuridici*, Riv. Dir. Civ., 1957, I, pag. 265; **G. Cian**, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, cit., pag. 222.

82 **G. Cian**, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, in Riv. Dir. Civ., 1968, pag. 199.

mediante l'attuazione del comportamento dovuto dal debitore, non si ponga in contrasto con le regole inderogabili di legge.⁸³

L'appena descritta concezione di meritevolezza degli interessi impone ai contraenti di perseguire fini compatibili con l'assetto normativo vigente: non devono, dunque, travalicarsi i limiti segnati dalle norme imperative, dall'ordine pubblico e dal buon costume. La *meritevolezza* degli interessi, in sostanza, coincide con la loro *liceità*.

Il giudizio di meritevolezza, così connesso a quello di liceità, ha suscitato però una serie di critiche.⁸⁴

Un primo appunto, ad esempio, è fatto in tema di rapporti tra l'art. 1322 c.c. e la norma di cui all'art. 1343 c.c., che tratta della causa del contratto: il legislatore, infatti, prevede che la causa del negozio, ai fini della validità, risponda a caratteristiche di liceità.

La dottrina di cui si parla, dunque, fatica a giustificare il fatto che l'ordinamento voglia la doppia presenza delle norme appena richiamate che, in modo ridondante, statuirebbero il medesimo principio: e cioè che il contratto debba essere lecito.

Isolata dottrina afferma che, probabilmente, l'interesse di cui tratta l'art. 1322 c.c. dovrebbe sì intendersi come lecito ma senza andare a sovrapporsi alla valutazione di liceità dettata in tema di causa: una cosa sono le caratteristiche degli interessi sottesi al rapporto, altra è la funzione del contratto. Essa avrebbe, per le parti, una mera valenza "autorizzatoria" grazie alla quale lo Stato consente la formale costituzione di modelli di regolamentazione degli interessi, non tipicamente previsti, purchè conformi ai suoi dettami (con particolare riferimento all'ordine pubblico).⁸⁵

83 **Stolfi**, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947; **F. Messineo**, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1948, pag. 13; **Gorla**, *Il contratto: problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, Milano, 1954, pag. 224 e ss.; **Bianca**, *o. ult. cit.*, pag. 41; **L. Mengoni**, *Programmazione e diritto*, in Jus, 1966, pag. 12 e 16; **G. Palermo**, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970, pagg. 175 e 176; **Costanza**, *Il contratto atipico*, Milano, 1981, pag. 35 e ss.; sempre **Costanza**, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in Contr. e Impr., 1987, pag. 430; **Roppo**, *Il contratto*, trattato Iudica Zatti, Milano, 2001; **Perlingieri**, *Interpretazione e legalità costituzionale*, Napoli, 2012.

84 **L. Ferri**, *L'autonomia privata*, Milano, Giuffrè, 1959, pag. 2, ripreso recentemente in un saggio di **S. Rossi**, *Alcune riflessioni sulla nozione di meritevolezza dell'art. 1322 c.c.*, in Riv. Notariato, 2010, vol. 3, pag. 621.

85 **F. Gazzoni**, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e meritevolezza degli interessi*, in Riv. Dir. Civ., 1978, pag. 55 e ss.

Diversamente si pone chi⁸⁶ ritiene che la meritevolezza degli interessi, prevista dall'art. 1322 c.c., non abbia alcun tipo di contatto con la questione della liceità del negozio. Di “apprezzabilità”, infatti, si parla con l'esclusivo intento di valutare l'*idoneità* del contratto a soddisfare gli interessi emergenti in un dato ordinamento giuridico; l'articolo in commento risponde, in conclusione, all'esigenza di evitare che esistano contratti contrastanti con gli scopi che la legge, attraverso le sue disposizioni, si impone di raggiungere così che la *meritevolezza degli interessi* si attegga quale “parametro” atto a sottoporre il contratto ad una verifica di *compatibilità* (al fine di riscontrare, in concreto, una utilità della pattuizione per la collettività e l'economia del sistema).

Da tale riflessione prende dunque avvio una seconda corrente dottrinale⁸⁷ diversa dalla prima che considera l'interesse sotteso al rapporto come metro come coincidente con quello che rispecchia le esigenze di utilità generale.

La spiegazione più esaustiva di questa concezione è data da Emilio Betti⁸⁸: egli, ritiene che i contraenti possano stipulare contratti atipici ritenuti apprezzabili e meritevoli se la prassi negoziale li vede ripetersi nel tempo. L'utilizzo costante nel tempo, infatti, evidenzia l'apprezzabilità collettiva di quel contratto per il raggiungimento di certi, specifici, interessi già “sentiti” nella società ma non ancora tipizzati dalla legge.⁸⁹

La visione bettiana di meritevolezza degli interessi sembra suffragata anche dalla Relazione del Ministro Guardasigilli; in essa, si trova un invito a valutare sia la liceità del contratto (conformità a norme imperative, ordine pubblico e buon costume) sia la sua rispondenza a quanto sentito dalla *coscienza civile e politica*; nel giudizio di apprezzabilità, l'interprete deve tenere conto del fatto che: “*L'autonomia del volere non è sconfinata libertà del potere di ciascuno, non fa*

86 **F. Gazzoni**, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e meritevolezza degli interessi*, cit., pag. 66.

87 **Mortati**, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, Roma, 1935 – ora in *Raccolta di scritti*, Milano, 1972, vol. II, pag. 500 e ss.; **E. Betti**, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1955, pag. 40 e ss.

88 **E. Betti**, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pag. 43 e ss.

89 **E. Betti**, *Annali della facoltà di giurisprudenza*, 1971, pag. 27 e ss.; **E. Betti**, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1955, pag. 40 e ss.

del contratto un docile strumento della volontà privata; ma, se legittima nei soggetti un potere di regolare il proprio interesse, nel contempo impone ad essi di operare sempre sul piano del diritto positivo, nell'ombra delle finalità che questo sanziona e secondo la logica che lo governa (art. 1322 c.c., comma primo). Il nuovo codice, peraltro, non costringe l'autonomia privata a utilizzare soltanto i tipi di contratto regolati dal codice, ma le consente di spaziare in una più vasta orbita e di formare contratti di tipo nuovo se il risultato pratico che i soggetti si propongono con essi di perseguire sia ammesso dalla coscienza civile e politica, dall'economia nazionale, dal buon costume e dall'ordine pubblico (art. 1322 comma secondo): l'ordine giuridico, infatti, non può apprestare protezione al mero capriccio individuale ma a funzioni utili che abbiano una rilevanza sociale, e, come tali, meritino di essere tutelate dal diritto [...] Quando il contratto non rientra in alcuno degli schemi tipici legislativi, essendo mancato il controllo preventivo e astratto della legge sulla rispondenza del tipo nuovo di rapporto alle finalità tutelate, si palesa, invece, necessaria la valutazione del rapporto da parte del giudice diretta ad accertare se esso si adegui ai postulati dell'ordinamento” (n. 603).

Capitolo II

La rilevanza dell'interesse non patrimoniale nel rapporto contrattuale

1) Cenni storici sul contratto e sulla causa negoziale.

1a) Il diritto romano e la nozione di causa civilis

Uno dei temi più discussi e problematici dell'esperienza giuridica, ritenuto tra i più ardui e incerti della teoria generale del diritto poichè difficilmente è dato riscontrare posizioni univoche in seno tanto alla dottrina quanto alla giurisprudenza, è rappresentato dal concetto di causa quale elemento genetico essenziale del contratto.⁹⁰

Tale ultima figura risale alle elaborazioni della tradizione romanistica la quale, tuttavia, non ha mai coniato una vera teoria generale del contratto come vincolo obbligatorio consensuale.⁹¹

Il concetto moderno secondo cui ogni accordo lecito produce un'obbligazione perfetta è, infatti, frutto della moderna dottrina giuridica, che ha il merito di aver posto in giusta luce il significato del verbo "*contrahere*": esso, coniugato al participio in *contractum* e sostantivato nel termine *contractus*, è utilizzato per indicare il formarsi di un rapporto e, più nello specifico, di un vincolo obbligatorio.⁹²

Il vincolo contrattuale dei romani, invece, appare concepito come indipendente dalla volontà delle parti: la sostanza dell'obbligazione sta nell'esistenza di un

90 Per un ampio *escursus* storico v. **Navarretta**, *Le ragioni della causa ed il problema dei rimedi. L'evoluzione storica e le prospettive nel diritto europeo dei contratti*, in *Studi in onore di C. M. Bianca*, vol. III, Giuffrè, Milano, 2006, p. 637 ss., in cui l'autrice suddivide in tre fasi il percorso storico ed evolutivo che ha accompagnato l'elaborazione della nozione di causa.

91 Tratta l'argomento **Bonfante**, *Il contratto e la causa del contratto*, in *Riv. Dir. comm.*, 1908, vol. I, pag. 115, riprodotto anche in *Scritti Giuridici*, Torino, 1965, vol. III, pag. 125 e ss.; **Rotondi**, *Natura contractus*, in *Scritti Giuridici*, cit., vol. II, pag. 265-267; ne fa, inoltre, un'approfondita rassegna **Motta**, *La causa delle obbligazioni*, Torino, 1929, pag. 4 e ss..

92 In merito, si veda lo studio di **Perozzi**, *Le obbligazioni romane*, Bologna, 1903, pag. 45 e ss.

rapporto oggettivo da cui promana il vincolo, e non tanto nel consenso delle parti e della loro volontà.⁹³

Per i giureconsulti, la volontà, l'accordo e il consenso sarebbero irrilevanti ai fini del contratto; ciò risulterebbe suffragato, inoltre, dal fatto che in taluni contratti (la *dotis dictio* – dichiarazione di dote - o la *expensilatio* - secondo il quale l'obbligazione per il debitore sorgeva allorché il creditore annotava la somma che gli era dovuta tra le uscite nel suo libro-cassa -) è solo una delle due parti a intervenire nel rapporto, mentre in altri contratti (come il mutuo) il vincolo si crea mediante la *datio rei* e non con l'accordo.⁹⁴

Col trascorrere del tempo, e con l'aumento dei contributi dottrinali sul tema, tuttavia, il *consensus* finisce per assumere non solo un ruolo preponderante ma addirittura diviene uno degli elementi indispensabili del negozio.

All'epoca di Gaio⁹⁵ è così introdotta una quadripartizione dei contratti che comprende, accanto a quelli reali, verbali e letterali, anche i negozi consensuali.⁹⁶

La classificazione in quattro categorie pone in risalto *l'elemento o il fatto* dal quale scaturisce l'obbligazione; così facendo, la scienza giuridica “ripartisce” le convenzioni avuto riguardo alla “causa” che dà origine all'obbligazione, causa che è comune ad ogni contratto facente parte del medesimo gruppo e differente per ciascuno degli altri.⁹⁷

La così denominata *causa civilis* è, dunque, l'elemento che distingue il *contractus* dai *pacta* che, contrariamente, non possiedono alcuna *causa*.⁹⁸

93 **Bonfante**, *Il contratto e la causa del contratto*, cit., pag. 116.

94 **Motta**, *La causa delle obbligazioni*, cit., pag. 8.

95 **Gaio**, *Istituzioni*, (scritte tra il 168 e il 180), parte III – 89 e parte IV, *Ius quod ad obligationes pertinet* (cfr. framm. 1 §1 D.46.2; framm. 1 § 1 D.44.7).

96 Per una più approfondita rassegna degli indirizzi dottrinali vedasi **Perozzi**, *Il diritto consensuale classico*, in *Studi per Schupfer*, Torino, 1898, vol. I, pag. 163 e ss. e pag. 192 e ss.; Id, *Istituzioni di diritto romano*, II ed, vol. II, Firenze, 1928 (la prima edizione è del 1906), § 126, pag. 28; **De Ruggiero**, *Le obbligazioni – Parte generale* –, Corso di lezioni A.A. 1924-1925, Università di Napoli, § 76, pag. 74 e ss.

97 **Motta**, *La causa delle obbligazioni*, cit., pag. 10. Ivi l'Autore spiega che la causa viene indicata coi termini *re, verbis, litteris, consensu*; nei contratti reali, la causa è rappresentata dal fatto che la causa è la cosa stessa; nei contratti verbis e litteris l'obbligazione deriverebbe, invece, dalle parole pronunciate nella scrittura; nei quattro contratti di mandato, locazione, vendita e società l'obbligazione nasce per effetto della semplice manifestazione del consenso eseguita in forma solenne.

98 Ulpiano distingue due classi di convenzioni: i *contractus* – muniti peraltro di azione – e i *nuda*

Lo studio della causa contrattuale nel diritto romano è ripreso, alla fine del XIX secolo, da Pietro Bonfante⁹⁹ il quale rifiuta categoricamente la validità della teoria romana sulla *causa civilis*, basando le proprie argomentazioni su un diverso significato della parola *contractus*.

Egli sostiene che non possono essere considerate come “cause” del negozio elementi quali le forme (tipo i *verba o i litterae*), o il *consensus*. Occorrerebbe, invece, tenere ben presente il significato del verbo *contratto* che allude, di fatto, a un rapporto che si instaura tra le parti¹⁰⁰ e che sfocia in un vincolo obbligatorio: la causa del contratto, allora, più correttamente, sarebbe il rapporto stesso tra i contraenti.

Nella visione di Bonfante il termine “*causa*” presuppone il “*rapporto*” che rappresenta l'essenza obiettiva della relazione tra le parti, che giustifica l'obbligazione. Ad esso, in seconda istanza, si aggiunge il consenso il quale sarebbe l'elemento generatore della vera e propria convenzione.

In conclusione, secondo Bonfante,¹⁰¹ la qualificazione “*civilis*” attribuita dai romani alla causa, ad altro non servirebbe se non a identificare quei negozi (come il mutuo, ecc...) che avendo una *causa* quale fondamento sono validamente riconosciuti dal diritto civile come vincoli obbligatori.¹⁰²

1b) Il diritto comune: le dottrine della Chiesa e la loro influenza sul modo di concepire il contratto

pacta - dai quali può nascere solo una eccezione -. Se ai secondi si aggiunge la “causa” essi divengono contratti al pari dei primi. [Cfr. Ulpiano, L. 7, D. 2.14 Libro IV e fr. 15, D. 19.5 dove il giureconsulto parla di causa come di un elemento indispensabile del contratto citando Paulus – Sententiae – II – 14.1 “*Ex nudo pacto inter cives romanos actio non nascitur, sed parit exceptionem*”].

99 **Bonfante**, *Il contratto e la causa del contratto*, cit., pag. 115.

100 Sempre **Bonfante**, *Rendiconti dell'Ist. Lombardo di Scienze e lettere*, Milano, 1895 vol. XL, (Rist. 1907), pag. 888; Id, *Scritti Giuridici Varii*, Torino, 1916, vol. III, pag. 105.

101 Così **Bonfante**, *Il contratto* [...], cit..

102 Bonfante, qui, si riferisce ad una Glossa (fr. 50 e 49), 15.1 presente in **Pothier**, *Pandette di Giustiniano* – ed. Antonio Bazzarini – Venezia, 1841/42, vol. II, pag. 460. Per una più ampia visione del panorama romano cfr. **Perozzi**, *Ist.*, cit., vol. II, ed. II, § 178, pag. 352; **Arangio Ruiz**, *Ist. Dir. Romano*, II ed., 1934, pag. 289.

Il primo vero impulso verso la concezione del contratto come negozio basato sulla volontà e sull'intenzione dei contraenti arriva dalla diffusione dei precetti teologici e morali della Chiesa.¹⁰³

Infatti, con i Concilii del III e IV secolo che propagano le dottrine teologiche di S. Tommaso e S. Agostino sull'obbligo di coscienza che impone il rispetto di qualsiasi patto, si afferma anche nella cultura del periodo l'idea che la base del contratto risieda nell'accordo delle volontà: "*Contractus ex conventione legem accipere dinoscuntur*".¹⁰⁴

Sviluppando questi principi, tuttavia, il pensiero della Chiesa si trova presto in conflitto con l'insegnamento più oggettivo del diritto romano; inizia così un complesso lavoro per opera della dottrina del tempo volto ad alterare il rigore delle leggi vigenti al fine di riuscire ad adattare alle nuove ideologie.

Le nuove elaborazioni dottrinali, in questo modo, finiscono per mettere nuovamente in discussione il concetto di causa del contratto.

Si comincia a intravedere, all'interno del negozio giuridico, un nuovo ruolo assegnato al consenso quantunque non decisivo per l'esistenza del negozio.

Al fine di far emergere la rilevanza di questo elemento, alcuni glossatori in particolare¹⁰⁵ riprendono la distinzione (da altri trascurata), tra la *causa impulsiva* e *causa finalis*.

Azzone da Bologna,¹⁰⁶ principalmente, reputa che la "causa impulsiva" sia lo scopo soggettivo perseguito dal singolo attraverso il contratto, mentre la "causa finalis" rappresenti l'essenza oggettiva del negozio, il risultato che si ottiene ponendo in essere un determinato assetto contrattuale.

Per avere validità, occorre che il contratto le possieda entrambe, anche se è la causa finalis, secondo l'Autore, a dover essere considerata l'intima essenza dell'obbligazione: cadendo essa, ovvero sia lo scopo del consenso, verrebbe a

103 Ne tratta **Motta**, *La causa delle obbligazioni*, cit., Cap. II, pag. 56.

104 Per approfondimenti ulteriori si veda la trattazione di **Schupfer**, *Il diritto delle obbligazioni*, Padova, 1868, pag. 591, il quale commenta: *Sext. Decr. De Regulis iuris, reg. 85* e più in generale Id, *Manuale di storia del diritto italiano: Le fonti; leggi e scienza*, Città di Castello, Roma, Torino, Firenze, 1904; **Salvioli**, *Storia del diritto italiano*, 1921, 7 ed., pag. 594.; **Besta**, *Le obbligazioni nella storia del diritto italiano, Lezioni*, Padova, 1925-26, pag. 141.

105 Cfr. D. III, *De postulando* – Tit. I, Glossa: *causam*.

106 **Azzone**, *Summa in ius civile*, 1208-1210, 15-64, pag. 82 n. 3.

manca il contratto stesso e la stessa obbligazione (cessante causa cessat effectus).

Anche Bartolo da Sassoferrato, in epoca successiva, riprende e fa propria senza aggiungere nulla la teoria della *causa finalis* di Azzone.¹⁰⁷

Decisive sul tema sono, tuttavia, le dottrine del canonista Baldo degli Ubaldi (peraltro allievo di Bartolo) le quali assegnano nuova vita alla nozione di causa.

Baldo ritiene che la volontà dei contraenti debba sempre rilevare.

Egli, pur partendo dal concetto di *causa finalis* così come interpretato da Azzone e da Bartolo, ne conia una nuova definizione: “*Causa finalis est obiectum intellectus,, sicut portus est obiectum navigantium, et quidquid agimus propter finem agimus*”.¹⁰⁸

Non vi sono dubbi, quindi, sul fatto che la causa del negozio rappresenti in quest’ottica l’obiettivo ultimo e intrinseco del volere dei contraenti.

Facendo tesoro degli insegnamenti di Baldo, gli studiosi e la giurisprudenza dei secoli XV e XVI¹⁰⁹ adottano i principi da questo enunciati in tutti i casi sui quali sono chiamati a interloquire; così facendo, attraverso opere quali i *Consilia* di Paolo da Castro,¹¹⁰ gradualmente si affina la dottrina generale della causa che si consolida definitivamente all’inizio del XVII secolo.

Tra i principali contributi teorici d’inizio Seicento si richiamano le tesi del Cardinale Mantica il quale si sofferma nello specifico sul significato della parola “convenzione”, sui possibili generi, sulle modalità con le quali possa essere scrutata l’intenzione dei contraenti e sui possibili elementi accidentali.¹¹¹

107 Cfr. **Bartolo**, *Opera Omnia*, 1358 (ried. Venezia, 1615, vol. II, foglio 39).

108 **Baldo**, *Lectura super lib. I, II, III Decretalium*, 1, n. 17, cap. IV, pag. 44. (trad. *La causa finale è l’obiettivo dell’intelletto.... come il porto è l’obiettivo dei naviganti, e qualunque cosa facciamo la facciamo per un fine*).

109 Cfr. **Brugi**, *Per la storia della giurisprudenza e delle Università italiane - Nuovi saggi XIII*, Torino, 1921, pag. 183; scrive sul tema anche **Besta**, *Storia del diritto italiano*, Milano, 1946 vol. I, parte II, § 821, pag. 879.

110 L’opera è composta da numerosi *Consilia* raccolti nel volume, *Consilia*, Venezia, 1570.

111 **Mantica**, *Vaticanae lucubrationes de tacitis et ambiguis conventionibus*, 1609 (II ed. a cura di Lorenzini, Roma, 1613); in questa sede è bene citare anche il contributo del Cardinale **De Luca**, *Il dottor volgare*, libro VIII, cap. X, Roma, 1673, pag. 31-33, nonché l’opera di **Richieri**, *Summa diversorum Tractatum*, voce *causa*, n. 16-19, Parma, 1742, tomo I, pag. 200.

L'opinione dell'Autore è nel senso di considerare la causa come l'*anima del rapporto negoziale*, ossia la ragione in virtù della quale si opera qualunque disposizione.

Mantica reputa che nei contratti si debba indagare e osservare la causa più che le parole, perché la parte si obbliga all'adempimento solo in ragione di un emolumento (o interesse) sperato, che intravede soddisfatto attraverso un certo negozio in vista dei cui effetti egli esprime il suo consenso.¹¹²

Sulla scia di queste dottrine del diritto comune, si incardina il concetto odierno di causa.

1c) La teoria della causa e la codificazione italiana del 1865.

Un contributo essenziale nell'elaborazione della teoria sulla causa deriva dalla dottrina francese del XVII secolo.

Tra i principali esponenti occupatisi del tema si annovera, senz'altro, Jean Domat il quale affronta approfonditamente lo studio della materia in esame.¹¹³

Affermato che il significato della parola "convenzione" abbraccia ogni sorta di trattati, contratti e patti, egli distingue quattro tipi di accordi secondo il genere di rapporto instaurato tra le persone e le cose: tre ricomprendenti le obbligazioni corrispettive (*do ut des, facio ut facias, facio ut des*), e un quarto che riguarda la specifica fattispecie di chi si assume un obbligo a titolo gratuito o faccia una donazione per pura liberalità.

L'Autore dà evidenza alla contrapposizione tra contratti onerosi e contratti a titolo gratuito e, nonostante egli non definisca compiutamente il concetto di causa, ne presuppone l'esistenza per giustificare, ad esempio, la possibilità di porre in essere negozi donativi.

Domat afferma espressamente che, in generale, qualunque convenzione senza causa debba considerarsi nulla fin dall'origine.¹¹⁴

L'atteggiamento dell'Autore trova la sua spiegazione nelle concezioni filosofiche dei secoli XVII e XVIII che ispirano le dottrine dei giuristi.¹¹⁵

112 **Mantica**, *Vaticanae lucubrationes de tacitis et ambiguis conventionibus*, cit., vol. I, pag. 144.

113 **Domat**, *Les lois civil dans les ordre naturel*, Paris, 1689, Lib.1, sez. I, pag. 20.

114 **Domat**, *Les lois civil dans les ordre naturel*, cit., Lib. 1, Sez. V, n. XIII, pag. 31.

Sul finire del Settecento, la pratica degli scambi tende progressivamente a riconoscere validità a qualunque tipo di convenzione adottata fra privati purché sia seria e aderente alla volontà di chi la pone in essere.

Svaniscono le rigidità formali e il consenso assume definitivamente il ruolo di elemento principe del contratto.

Le nuove dottrine ritengono annullabile quell'accordo contrastante con la volontà dei contraenti, elemento vitale del contratto.¹¹⁶

Anche Pothier, come Domat, conferisce un importante contributo al tema della causa negoziale.

Nel suo Trattato delle obbligazioni,¹¹⁷ pur non definendone compiutamente il concetto, l'autore reputa che ogni obbligazione debba avere una "causa onesta",¹¹⁸ cosa che non ritiene avvenga nel caso di vincoli basati su cause contrarie ai buoni costumi o alla buona fede (i quali sarebbero da considerare, pertanto, *senza causa*).

L'influsso delle dottrine di Domat e Pothier si riscontra chiaramente nella codificazione napoleonica del 1804, nonché nei lavori preparatori, dove si tratta della causa negli artt. 1108, 1131, 1132 e 1133.¹¹⁹

Conseguentemente, stante la forte influenza che i principi reggenti la codificazione francese esercitano nel nostro ordinamento, tracce del concetto causale si rinvencono anche nel codice civile italiano del 1865, e precisamente nella titolazione del Capo I, titolo IV, Libro III, "*Delle cause delle obbligazioni*".

Il concetto *de quo* è ulteriormente ripreso nell'art. 1104 (nel cui testo, enumerando gli elementi essenziali per la validità di un'obbligazione, si tratta di "*causa lecita*

115 Così **Motta**, *La causa delle obbligazioni*, cit., pag. 90, che si riferisce alle dottrine del diritto naturale di Grozio e Pufendorf.

116 Domat fu in Francia il massimo esponente delle idee e degli indirizzi individualisti segnati da Grozio che culminarono nella dottrina del contratto sociale di Rousseau. La nuova tendenza segnò il trionfo della libera volontà individuale (cfr. **Solari**, *L'idea individuale e l'idea sociale nel diritto privato*, Torino, 1911, nonché Id, *L'indirizzo psicologico delle scienze giuridiche*, in Riv. It. Scienze Giur, Vol. 39, fasc. 3, 1905, pag. 380.).

117 **Pothier**, *Traité des obligations*, Orléans, 1761, Parte I, cap. I, art. 3 n. 16, (cfr. II ed. italiana tradotta a cura di Vignozzi, 1841).

118 L'espressione è di **Motta**, *La causa delle obbligazioni*, cit., pag. 95.

119 **Motta**, *La causa delle obbligazioni*, cit., pag. 99; **Battistini**, *La causa nei negozi giuridici*, (dal diritto intermedio al codice civile italiano), Padova, 1932, pag. 43.

per obbligarsi”) nonché negli artt. 1119 – 1122 (dove esplicitamente si adopera l’espressione “*causa dei contratti*”).¹²⁰

Sebbene se ne tratti, non è ancora ben tracciato il contorno della tuttavia, una chiara definizione della nozione, neppure ad opera del legislatore.

In mancanza di un saldo punto di partenza normativo, la dottrina francese prima e quella italiana poi, si sono sforzati (se così si può dire) di darne una definizione generale partendo da una serie di deduzioni circa la funzione della causa nel meccanismo contrattuale.

In Francia degno di nota è l’insegnamento di Demolombe¹²¹ (ripreso poi da Bonnecase¹²²), che identifica la causa con il fine immediato che ciascuno dei contraenti si propone di raggiungere: lo scopo è differente secondo la natura dei diversi contratti. Nei contratti sinallagmatici, ad esempio, l’obbligazione di una parte ha per causa l’obbligazione dell’altra; nei contratti unilaterali, invece, la causa dell’obbligazione contratta è il fatto o la promessa dell’altra.¹²³

Si mantiene fede al principio secondo il quale la causa è elemento intrinseco del contratto e ne rappresenta l’elemento “astratto”, rigorosamente identico per ogni categoria di contratti.

Si tratta di una teoria di stampo soggettivo che identifica, in sostanza, l’elemento funzionale con l’aspirazione individuale che il contratto permette di raggiungere.

La suddetta tesi è ripresa diffusamente anche in Italia, sino a divenire la teoria dominante sul tema sotto la vigenza del codice post unitario.¹²⁴

120 Questi articoli riproducono, in parte, la forma degli artt. 1221 – 1224 del Codice Albertino.

121 **Demolombe**, *Cours de Code Napoleon*, Paris, 1845, vol. 24, n. 346 e ss.

122 **Bonnecase**, *L'Ecole de l'Exegese en Droit civil*, Paris, 1924, pag. 672.

123 **Bufnoir**, *Propriété et contrat*, Paris, 1900 (II ed., 1924), pag. 526.

124 **Giorgi**, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, vol. III, Firenze, 1885, pag. 43 ss, pag. 717 ss; **Battistini**, *La causa nei negozi giuridici*, cit., pag. 69 e ss; **Brini**, *Della causa del negozio giuridico secondo il diritto romano*, Parma, 1889, pag. 69; **Bensa**, *Compendio di introduzione allo studio delle scienze giuridiche*, 1897, Torino, §73. Una sottoclassificazione della tesi tradizionale soggettiva è, poi, la concezione “atomistica” che ravvisa la causa nel rapporto in cui stanno fra di loro le due obbligazioni o prestazioni del contratto: tra gli autori: **Ferrarini**, *La causa negli atti giuridici*, in *Filangieri*, 1891, pag. 742 e ss; **Melucci**, *Introduzione allo studio delle scienze giuridiche*, Napoli, 1905, pag. 344 – 361 e ss; **Dejana**, *Alcuni chiarimenti sulla causa del negozio e dell’obbligazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1938, pag. 5-6. (Per un commento più esaustivo della tesi soggettiva: **G. B. Ferri**, voce *Negozio giuridico*, in *Dig. priv. - sez. civile*, XII, Utet, Torino, 1995, pag. 61; **Di Majo**, voce *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1988, pag. 2.; **Roppo**, voce *Contratto*, in *Dig. priv. - sez. civile*, vol. IV, Utet, Torino, 1989, pag. 113, in cui si parla di causa come «*la controprestazione che giustifica la prestazione*»).

Ben presto, tuttavia, il panorama muta radicalmente con il sorgere di un'altra impostazione del tutto opposta alla prima la quale finirà, poi, col prevalere nel nostro ordinamento.

Ha col tempo registrato un buon seguito, infatti, una concezione della causa di matrice tedesca, risalente ai pandettisti della seconda metà del XIX secolo,¹²⁵ che identifica questa come il fine pratico oggettivo (e non individuale) al quale il negozio è rivolto.

I sostenitori della richiamata corrente di pensiero¹²⁶ ritengono che la tesi soggettiva finisca per non distinguere gli aspetti prettamente psicologici della volontà negoziale (che si identificano nei *motivi*) da quelli oggettivi sui quali si forma la moderna economia dello scambio.

Si è osservato che la semplice promessa di un contraente, accettata dalla controparte, non sia da sola sufficiente a creare la convenzione essendo altresì necessario un elemento che attribuisca effetto alla volontà negoziale dotandola di azione in caso di inadempimento.

La causa è un elemento sempre uguale e uniforme per tutti i contratti, uno *stampo comune*,¹²⁷ quello scopo economico e sociale riconosciuto e garantito dal diritto,

125 Vedi specialmente le critiche mosse alle tesi francesi da: **Crome**, *Parte generale del diritto privato francese moderno*, Traduzione di Ascoli e Cammeo, pag. 289 e ss, nonché **Savigny**, *Obbligazioni*, (trad. Pacchioni), cit., vol. I, §78, pag. 231 e **Liebe**, *Die Stipulation*, 1840, §§7, 8 e 9. Per la tesi contraria che aderisce alla concezione più soggettiva della causa cfr. **Windscheid**, *Pandekten*, cit. § 318, pag. 238 - 241.

126 Per la dottrina oggettiva fiorita sotto il codice abrogato: **Bonfante**, *Il contratto e la causa del contratto*, cit., pag. 115 ss; **Scialoja**, *Negozi giuridici*, Roma, 1892 (II ed. 1933), pagg. 88 – 90; **Coviello**, *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1919, vol. V, pag. 394; **Venezian**, *La causa dei contratti*, in *Studi sulle obbligazioni*, vol. II, roma, 1918, pag. 28; **De Ruggiero**, *Istituzioni di diritto civile*, Messina, 1929, pag. 266- 273; **Motta**, *La causa nel diritto civile italiano*, cit., pag. 118; **S. Pugliatti**, *Nuovi aspetti del problema della causa nei negozi giuridici*, Messina, Tip. La Sicilia, 1934; **De Gennaro**, *I contratti misti*, Padova, 1934, pagg. 19 – 39; **Nicolò**, *Aspetti pratici del concetto di causa*, in Riv. Dir. comm., 1939, vol. II, pag. 13; **F. Ferrara**, *Teoria dei contratti*, Napoli, 1940, pag. 127; in merito alla dottrina successiva al Codice del 1942: **Stolfi**, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, pag. 32, il quale osserva che la causa: “è un requisito obiettivo dell'atto che non ha nulla in comune con l'oggetto ma che si aggiunge ad essi” e definendola “ragione economico-giuridica” del negozio; **E. Betti**, *Teoria generale del negozio giuridico*, 1943, Camerino, Rist. 1994, pagg. 170 – 207, ma anche alla voce *Causa del negozio giuridico*, in *Noviss. Dig. It. III*, Torino 1957, pag. 32 ss; **Ferri**, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966 e rist.1968, pag. 91.

127 Così **Ferrara**, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile*, Milano, 1902 (rist. 1914), pag. 74.

*la funzione stessa a cui il negozio – obiettivamente considerato – è rivolto e la sua ragione economico giuridica.*¹²⁸

Essa, allora, è più correttamente identificata con la funzione obiettiva del negozio, distaccata dai motivi personali che rimangono nell'ambito della psiche umana, del tutto estranei alla sfera d'azione del diritto.

Bonfante, sul tema, afferma: “*I moderni (riferendosi ai sostenitori della tesi soggettiva, ndr) furono tratti fuori strada dall'essere il contratto, che era piuttosto un sinonimo di causa, divenuto un sinonimo di accordo [...] Causa, in realtà, non può essere nel diritto moderno se non quel che era nel diritto romano, il negozio concluso dalle parti, il fondamento obiettivo del contratto, quello che dà al contratto la sua specifica e tipica denominazione quando ne abbia una come accade nei negozi più frequenti della vita quotidiana*”.¹²⁹

Anche Scialoja¹³⁰ è convinto che causa e motivi debbano essere distinti: “*Bisogna distinguere la funzione, lo scopo del negozio giuridico dai motivi impellenti determinanti la volontà dell'agente nel negozio medesimo... quando il nostro sguardo si ferma su questo lato oggettivo del negozio giuridico, su questa causa non può nascere confusione [...] i motivi... non possono certo presentarsi sotto quella forma oggettiva sotto la quale si presenta la causa, intesa come scopo del negozio [...] questo motivo della volontà costituisce la causa soggettiva*”.

E' in questo contesto dottrinale generato dalle teorie oggettive di matrice tedesca che definitivamente si allontana la causa dagli intendimenti delle parti e dalle singole motivazioni che le hanno spinte ad agire, assumendo un nuovo atteggiamento che porterà interamente a capovolgere la chiave di lettura del rapporto obbligatorio e del contratto stesso.

128 L'espressione è di **Coviello**, *Manuale*, cit., pag. 394-395.

129 **Bonfante**, *Il contratto e la causa del contratto*, cit., pag. 115 ss.

130 **Scialoja**, *Negozi giuridici*, cit., pagg. 161 e ss.

1d) La causa del contratto nel Codice civile del 1942. Teoria della causa come funzione economico sociale.

Pacificamente superate le dottrine tradizionali del negozio giuridico, il nuovo atteggiamento dottrinale è nel senso di rivolgere l'attenzione alle nuove tesi sulla c.d. funzione sociale del contratto.¹³¹

In particolar modo, il panorama del diritto italiano sul tema della causa muta radicalmente rispetto a quello del periodo precedente.

Il Codice civile del 1942, accogliendo le tesi oggettive sbocciate nel panorama giuridico di fine Ottocento, statuisce infatti espressamente nell'art. 1325 che la causa del contratto è, insieme con l'accordo, l'oggetto e la forma (quando richiesta *ad substantiam*), uno dei suoi requisiti imprescindibili.¹³²

Fattore decisivo del cambiamento è l'assetto dell'economia dell'epoca, ove gli schemi giuridici fondamentali si individuano nella proprietà e nel contratto e dove il progresso economico, la rivoluzione industriale e, infine, la comparsa dei regimi totalitari pongono al centro della scena lo Stato imprenditore e coordinatore dell'intera vita economica, degradando l'individuo a mero *compartecipe del benessere*, l'essere tenuto, peraltro, a contribuirvi nell'interesse della comunità ne è una logica conseguenza.¹³³

L'atteggiamento complessivo nei confronti dell'economia e del ruolo assunto dagli individui comporta, conseguentemente, l'assottigliamento e la progressiva scomparsa della linea di separazione tra l'interesse pubblico e l'interesse privato, con l'espansione del primo a discapito del secondo: molte delle attività economiche prima di spettanza dell'autonomia privata sono assorbite dallo Stato in virtù del perseguimento dello sviluppo dell'economia nazionale.¹³⁴

131 **E. Betti**, *Teoria generale del negozio giuridico*, 1943 (rist. 1960), cit. pag. 207 e ss.; **Santoro Passerelli**, *Istituzioni di diritto civile, dottrine generali*, vol. I, Napoli, 1945, pagg. 85-87; **E. Mirabelli**, *Causa subiettiva e causa obiettiva*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1951, pag. 323 ss; **Messineo**, *Il contratto in genere*, in *Trattato di dir.civ. e comm.*, Milano, 1973, pag. 111.

132 Invero, il legislatore del 1942 ha probabilmente utilizzato il termine causa come sinonimo di *tipo contrattuale*, creando una commistione concettuale (così **Gazzoni**, *Manuale di diritto privato*, XIV ed., Napoli, 2009, pag. 808 e ss) che è fonte di notevoli equivoci. La dottrina giuridica, quindi, specialmente nel dopoguerra, si è trovata più volte a dover rivedere il concetto nell'ottica di una sua migliore definizione.

133 **Ferri**, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, pag. 161 e ss.

134 **Ferri**, *La formula «funzione sociale» dalla cultura del positivismo giuridico alle scelte del*

Il contratto, così, diviene mezzo principe dello scambio e dell'economia e strumento in funzione dello Stato.

Il discorso svolto dalla dottrina giuridica del tempo, relativo alla causa del contratto, si impernia proprio sul significato dell'espressione *funzione del negozio*: esso non è più posto a servizio degli interessi perseguiti dai privati negli atti dettati dalla loro autonomia ma diviene tecnica di controllo e di verifica della compatibilità e riconducibilità di quell'interesse alle finalità perseguite dall'ordinamento giuridico, arbitro ultimo della meritevolezza degli scopi.¹³⁵

Dello spirito del nuovo statalismo sono tributarie la dottrina a cavallo dell'emanazione del codice civile del 1942, nonché la stessa Relazione al codice, che definiscono la causa del contratto come espressione della sua funzione “*economico-sociale*”.

Occorre precisare, più correttamente, che la definizione di causa come funzione economico sociale non è propriamente assunta, nel testo di legge, come “nozione”; infatti, di essa si trova traccia solo nella Relazione al Codice e nelle prime elaborazioni dottrinali¹³⁶ successive al 1942.

Nella Relazione, peculiarmente, il termine è utilizzato per indicare espressamente le modalità attraverso le quali il negozio deve essere interpretato e qualificato nell'ambito dei tipi scelti dal legislatore.

All'uopo, il testo della Relazione tratta di causa *tipica* del contratto.¹³⁷

legislatore del 1942, in *Riv. dir. priv.*, 2003; **Spirito**, *La crisi del capitalismo e il sistema corporativo*, a cura dell'Osservatorio economico annesso alla Scuola delle scienze corporative dell'Università di Pisa, Firenze, 1932, pag. 140 s.; **AA. VV.**, *L'economia corporativa*, a cura dell'Osservatorio economico annesso alla Scuola delle scienze corporative dell'Università di Pisa, Firenze, 1933; **AA. VV.**, *Nuove esperienze economiche*, a cura dell'Osservatorio economico annesso alla Scuola delle scienze corporative dell'Università di Pisa, Firenze, 1934.

135 Commenta così **G. B. Ferri**, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., pag. 134 e ss.

136 Il riferimento è soprattutto a **E. Betti**, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit. pag. 170.

137 La Relazione del Ministro Guardasigilli (n. 613) spiega che il ruolo affidato dall'ordinamento giuridico alla causa non è più, ormai, quello di rappresentare lo scopo soggettivo, qualunque esso sia, perseguito dal contraente nel caso concreto bensì di configurare la funzione economico sociale che il diritto riconosce rilevante ai suoi fini e che sola giustifica la tutela dell'autonomia privata, funzione che a sua volta deve essere non solo conforme ai precetti di legge, all'ordine pubblico e al buon costume ma anche, per i riflessi diffusi dell'art. 1322 c.c., co. 2, rispondente alle necessità che il fine intrinseco del contratto sia “socialmente apprezzabile” e come tale meritevole di tutela giuridica.

Ogni *tipo* negoziale possiede quindi una sua funzione *economico sociale* che riassume in sè una determinata operazione economica normalmente idonea a realizzare un determinato interesse; si parla, allora, di operazione *tipica* ogni qual volta le parti adoperino una struttura negoziale scelta fra quelle messe a disposizione dalla legge.¹³⁸

La causa intesa in funzione economico-sociale *impoverisce*, di fatto, la libertà delle parti fino a ridurla, sostanzialmente, alla mera scelta delle strutture contrattuali tipizzate dal legislatore o avvalorate dalla prassi così che l'autonomia privata, rielaborata dall'ordinamento, si trasformi in utilità selezionata e qualificata giacché funzionale al raggiungimento del fine sociale di benessere generale.¹³⁹

Emilio Betti,¹⁴⁰ a cui si riconosce la paternità delle elaborazioni in tema di funzione sociale del negozio giuridico, scrive in questo senso: *“In ogni negozio, analizzato nel suo contenuto, si può distinguere logicamente un regolamento di interessi nei rapporti privati e concretata in esso [...] una ragione tipica ad esso immanente, una causa, un interesse sociale cui esso corrisponde.... Il riconoscimento dell'autonomia privata da parte dell'ordine giuridico configura essenzialmente un fenomeno di recezione per cui il regolamento prescritto dalle parti ai propri interessi nei rapporti reciproci viene assunto nella sfera del diritto ed elevato, con opportune modificazioni, a precetto giuridico (...). È di competenza dei singoli determinare, nei rapporti fra loro, gli scopi pratici da raggiungere e le vie da seguire nel dare assetto ai propri interessi. È di competenza dell'ordine giuridico sceverare e valutare alla stregua di finalità generali le categorie di interessi e scopi pratici che i singoli sogliono perseguire, prescrivendo ai loro atti le modalità e i requisiti di validità e di efficacia e ricollegandovi situazioni giuridiche congrue, tali cioè da tradurre in atto con la*

138 Così **G. B. Ferri**, op. ult. cit., pag. 98, spiega in questi termini il concetto fondamentale della dottrina di **Betti**, *Teoria generale del negozio giuridico* cit., pag. 51; cfr. anche **Romano**, *Autonomia privata. (Appunti)*, Milano, 1957, pag. 10 e ss..

139 L'espressione è di **Mazzamuto**, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, Atti del Convegno su *“Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani”*, 25-26 marzo 2011, Università degli studi di Perugia, pag. 2; cfr. anche **C. Scognamiglio**, *Problemi della causa e del tipo*, in Trattato del Contratto diretto da Roppo, 2006, cap. II, vol. II, pag. 87.

140 **E. Betti**, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit. pag.170.

massima approssimazione le funzioni sociali cui quegli scopi corrispondono". Egli, ulteriormente rileva che nell'indagine sulla causa: *"occorre portare, specie nell'ambiente della società moderna, un grado di sensibilità sociale del quale il vecchio individualismo dei giuristi non ha il sentore"*, e osserva che: *"come i diritti soggettivi anche i poteri di autonomia...non debbono essere esercitati in contrasto con la funzione sociale cui essi sono destinati"*, corrispondendo la causa alla *"funzione di interesse sociale dell'autonomia privata"*.

La lettura della causa sotto questa luce mette in risalto i limiti imposti alla libertà contrattuale dall'ordinamento, che ne comprime il profilo innovativo chiudendola entro schemi di attività *antecedentemente* selezionati per la loro propedeuticità alla realizzazione dell'interesse pubblico: lo spazio dell'agire del privato è reso dunque conforme al disegno dello Stato e alla salvaguardia dell'interesse dell'economia nazionale.

In questa sede giova richiamare anche le riflessioni di Francesco Gazzoni: egli, in particolare, trattando nelle sue opere del periodo storico in cui ha origine la tesi del contratto tipico, reputa che l'introduzione della *causa* (anch'essa) *tipica* si debba ricondurre non solo all'avvertita necessità di cristallizzare nel codice i tipi negoziali più diffusi perché ritenuti socialmente apprezzabili, ma anche al fatto che il legislatore del tempo, preoccupato di dettare regole che fossero uguali per tutti gli operatori economici e che fossero adeguate alle esigenze dei traffici, ha probabilmente voluto costituire schemi di regolamentazione dei rapporti che potessero, senza problemi, assurgere a punti di riferimento per le contrattazioni.¹⁴¹

Gazzoni sostiene che alla tipicità legale si sarebbe giunti, da un lato, attraverso la *tipicità sociale* (intesa come prassi economica degli scambi) e, dall'altro, grazie alla *c.d. tipicità della giurisprudenza* che, intervenendo a dirimere le controversie insorte nei rapporti commerciali, avrebbe avuto il pregio di mettere in luce gli aspetti difficoltosi delle contrattazioni, e avrebbe in questo modo altresì suggerito implicitamente al legislatore la creazione di schemi *"ad hoc"* per le convenzioni mercantili più diffuse, proprio nell'ottica di ridurre il contenzioso.

141 **Gazzoni**, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009, pag. 789.

Gazzoni osserva inoltre come, attraverso la tipicità contrattuale, il legislatore del '42 abbia posto l'autonomia negoziale e lo Stato in rapporto tra loro in termini di "autorizzazione" degli atti posti in essere dalla prima da parte del secondo.

La causa di ogni contratto è considerata meritevole se tale risulta secondo i canoni di legge.

In sintesi, la tesi di Gazzoni vede l'elemento causale acquistare un ruolo fondamentale nella dialettica tra negozio e ordinamento statale essendo, essa, lo strumento grazie al quale la volontà dei contraenti e la norma giuridica si incontrano (seppure sotto lo stretto controllo statale).

La richiamata visione bettiana, imperante nel periodo immediatamente successivo all'emanazione del nuovo Codice, è stata tuttavia in seguito sostituita da una nuova concezione ideologica¹⁴² sviluppatasi intorno agli anni '50 e '60 del secolo scorso.

La tesi neonascente parte da una serrata critica nei confronti dell'impostazione circa la *funzione sociale* attribuita alla causa del negozio e propone, invece, di capovolgere la prospettiva di lettura delle norme sul diritto delle obbligazioni e dei contratti muovendo dall'idea dell'autonomia privata non come meccanismo che diviene strumento dello Stato bensì quale diritto *di libertà* di cui sono titolari gli individui.

Il mutato atteggiamento ideologico, indubbiamente, ha in parte le radici nei cambiamenti politici dell'Italia dell'epoca.

Infatti, caduto l'ordinamento corporativo, e inserita l'autonomia privata: "*in un sistema in grado di coniugare l'affermazione del ruolo centrale della personalità umana con i doveri di solidarietà politica, economica e sociale*",¹⁴³ la causa si

142 **Gorla**, *Il contratto, Problemi fondamentali trattati con il metodo comparatistico e casistico*, vol. I, *Lineamenti generali*, Milano, 1954; Id, *Il dogma del "consens" o "accordo" e la formazione del contratto di mandato gratuito*, in *Riv. Dir. civ.*, 1956, pag. 923 e ss; **Giorgianni**, *La causa nel negozio giuridico*, Milano, (rist. 1961), pag. 783 e ss; Id, *Causa (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. VI, Milano, 1960, pag. 565 ss; ulteriormente, oltre al già citato **G. B. Ferri**, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano 1966, pag. 134 e ss. cfr. dello stesso Autore: *Tradizione e novità nella disciplina del negozio giuridico dal cod. civ. 1865 al cod. civ. 1942*, in *Riv. dir. comm.* 1986, vol. I, pag. 127 ss., nonché: *Negozi giuridico*, in *Dig. disc. priv. sez. civ. XI*, Torino 1994. Cfr. altresì, recentemente: *L'"invisibile" presenza della causa del contratto*, in *Eur. dir. priv.* 2002, pag. 897 ss. ed *Equivoci e verità sul negozio giuridico e la sua causa*, in *Riv. int. fil. dir.* 2008, pag. 171 ss.; *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, *Riv. Diritto Civile*, 1971, vol. II, pag. 81 e ss..

143 Così **Ferri**, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., pag. 99 e ss.

palesa idonea a recuperare i caratteri fondamentali che la tradizione soggettiva (cfr. *supra*, par. *Id*) le aveva assegnato in termini di esaltazione del profilo economico individuale del contratto.

La causa, sintesi dell'interesse delle parti espressi nello schema del contratto, appare: “*elemento di coesione di tutti gli altri elementi ... e ...oggettivazione delle finalità soggettive che l'autore o gli autori del negozio intendono perseguire... e che collega l'operazione economica a coloro che ne sono gli autori*”.¹⁴⁴

Tale dottrina pone l'accento sul fatto che, facendo esclusivo riferimento alla causa tipica astrattamente intesa si trascenderebbe dalla realtà cui è intrisa la dinamica contrattuale, finendo per perdere di vista i reali assetti d'interesse che i contraenti hanno inteso rendere evidenti nel loro contratto.

Il consenso manifestato per raggiungere una determinata finalità è il motore della stessa contrattazione, così che si rivela un errore valutare come importante solo quanto corrisponda all'interesse dell'economia statale.

Giovan Battista Ferri, in particolare, afferma: “*Se la causa esprime, al contempo, la funzione e un elemento fondamentale del programma negoziale è logica conseguenza che, su questo requisito, rilevi la volontà del singolo riversata nel contratto. La causa...svolge il ruolo di coordinatore dell'intera operazione economica ed esprime la funzione che quest'ultima svolge per i soggetti che la pongono in essere*”.¹⁴⁵

Intendere la causa in funzione economico-sociale, a parere di alcuni,¹⁴⁶ appare in contrasto con lo stesso ruolo che viene a essa attribuito dal legislatore con l'art. 1325 c.c.: la norma del codice assegna alla causa il compito di elemento imprescindibile del contratto, riferendosi al fatto che essa ne rappresenta l'“essenza”, intesa come giustificazione concreta della volontà privata e significato dell'agire negoziale; diversamente, la funzione economico-sociale è concetto estraneo al programma delle parti in quanto espressione di un ordine di valutazioni che discende direttamente dall'ordinamento e non dai contraenti.

Si tratta di profili tra loro incompatibili.

144 Così sempre **Ferri**, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., pag. 99 e ss.

145 **Ferri**, *Causa e tipo* cit., pag. 364 e ss.

146 **Vassalli**, *Estraneità del diritto civile*, Studi giuridici, vol. III, Milano, 1960, pag. 753.

In quest'ambiente denso di polemica verso la concezione funzionalizzante dell'autonomia privata vede, così, gli albori la nuova tesi della *causa concreta* che, non restando confinata a un ambito di pura critica ideologica, dischiude invece la strada a una nuova corrente dottrinale destinata a prevalere in tutto il periodo successivo.

1e) Dalla causa come funzione economico-sociale alla causa quale ragione pratica individuale.

Con l'avvento della Costituzione repubblicana del 1948 si verifica, in Italia, un mutamento politico e sociale che è idoneo ad influenzare anche il campo giuridico contrattuale, facendo venir meno l'idea di causa in senso economico sociale fatta propria dalla dottrina nel periodo antecedente.

Essa non è più l'elemento grazie al quale si contempera la conformità dei valori espressi dal contratto con quelli delineati dall'ordinamento¹⁴⁷ ma giunge a rappresentare – più profondamente - il “momento” attraverso cui la dinamica contrattuale palesa la sua reale portata e il suo significato concreto, mettendo in luce nella sua interezza l'assetto d'interessi propri delle parti.

Il dialogo tra autonomia privata e ordinamento muta totalmente la sua fisionomia: la prima assume i caratteri di fulcro del complesso sistema del diritto privato.

Con l'art. 1322 c.c., in particolare, dedicato al giudizio di meritevolezza, l'autonomia privata diviene il baluardo della libertà di scelta tanto del *mezzo* quanto del *fine* da perseguire (seppure lo scopo da raggiungere sia sempre oggetto di una valutazione *a posteriori* che l'accoglie o lo respinge).

Nell'ottica *liberista*, i tipi contrattuali assumono la veste di meri schemi esemplificativi di contratti cui il privato può aderire pedissequamente ovvero decidere di modificare in ragione della maggior corrispondenza al suo interesse; nulla vieta, inoltre, al singolo, di proporre egli stesso nuovi programmi anche non contemplati dal diritto.

147 **Ferri**, voce *Negozio giuridico*, cit., secondo cui la causa perde la sua qualifica di «...strumento e meccanismo di controllo dell'agire autonomo dei privati, come nelle intenzioni del legislatore del 1942».

In sostanza, il *tipo* non costituisce un “limite” all’attività del contraente; l’autonomia di questi, infatti, non è assorbita o indirizzata in modo totale, *ex ante*, dall’ordinamento; essa, invece, è lasciata completamente libera di esprimersi seguendo gli interessi che si vogliono soddisfare; in capo allo Stato residua solo il potere di un controllo *ex post* della meritevolezza del regolamento scelto alla luce di criteri di non contrarietà all’ordinamento (cfr. cap. I, par. 4).¹⁴⁸

La teoria della causa quale *funzione economico – individuale* del negozio concepisce, in conclusione, il contratto come espressione *oggettiva* delle finalità *soggettive*: l’accordo negoziale esprimerebbe, cioè, da un lato l’assetto di interessi oggettivamente emergente dal regolamento contrattuale e, dall’altro, l’intento concretamente perseguito dalle parti.

Se, dunque, la causa è individuata come la *funzione del singolo atto negoziale* con la quale i soggetti del rapporto hanno voluto disciplinare i propri specifici interessi, questa dovrà essere ricostruita guardando alla *concretezza* del rapporto e facendo riferimento non tanto (e non solo) al tipo adoperato bensì, soprattutto, all’intento pratico che le parti hanno inteso perseguire attraverso una determinata operazione contrattuale.¹⁴⁹

Solo in tal modo è possibile dare un reale rilievo alla ragione giustificativa che regge il negozio, nonché verificare se, nell’ottica dell’ordinamento, essa sia ritenuta “meritevole” ex art. 1322 c.c. (poiché la stessa meritevolezza è da valutare “in concreto”).

Facendo riferimento a tutti gli interessi concretamente rilevanti per le parti, e svolgendo un giudizio razionale sul contratto, sarà dunque possibile accertare se la causa esista, se essa manchi, se questa sia lecita o, al contrario, risulti illecita.¹⁵⁰

148 Così **Ferri**, *Causa e tipo* cit., pag. 258. Ferri ha, peraltro, precisato che il giudizio ex art. 1322 c.c., in effetti, è identico sia per i contratti tipici che per quelli atipici, giacché se anche il tipo non pone, in astratto, un problema di meritevolezza dell’interesse perseguito, genera comunque un interrogativo circa la meritevolezza dello scopo, in concreto, soddisfatto: “*la tipicità lungi dall’essere un sicuro e vincolante criterio di meritevolezza, non fa altro che esserne, al più, un sintomo non sempre sicuro*”.

149 **Bianca**, *Il contratto. Diritto civile*, vol. III, Milano, 2000 (invariate le ristampe successive), pag. 461.

150 Da ultimo, utili indicazioni si desumono anche dalla sintetica ricostruzione di **Navarretta**, *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi. L’evoluzione storica e le prospettive nel Diritto europeo dei contratti*, in Riv. Dir. Comm. 1, 2003, pag. 981 ss.

Si nota che la tesi appena esposta ha il pregio di non porsi, come obiettivo, il ferreo ritorno alla concezione soggettiva; appare evidente, piuttosto, un tentativo di “rivalutazione”, in chiave concreta, della tradizionale teoria oggettiva.

I sostenitori¹⁵¹ della concezione *de qua*, infatti, propongono un approccio diretto all'abbandono del collegamento fra *causa e astrattezza del tipo*, invitando gli interpreti ad abbracciare una nuova prospettiva che ricolleggi l'elemento causale alla singola operazione concretamente intavolata nell'accordo e altresì alla specifica ragione che ha spinto le parti a scegliere un determinato tipo contrattuale al posto di un altro.

La corrente dottrinale *de qua* ritiene che la causa intesa come sintesi degli interessi che in concreto le parti hanno fissato con il regolamento contrattuale sia idonea a conferire importanza ai motivi individuali che sono, di norma, irrilevanti, attribuendo a essi un ruolo attivo che, altrimenti, non possiederebbero.¹⁵²

Grazie all'adozione di questa prospettiva viene in luce l'intera intelaiatura di interessi e di scopi che le parti hanno realmente programmato di attuare attraverso l'operazione economica, specie laddove essa non si limiti a un singolo contratto ma si caratterizzi dall'essere determinata da un complesso di più atti negoziali collegati o, comunque, funzionalizzati. In tali casi, solo una globale e obiettiva analisi causale consentirà di individuare il senso reale dell'operazione sotteso al mero contesto programmatico negoziale. Procedere in altro modo significherebbe, nei casi *de quibus*, ridurre l'assetto del contratto alle singole e individuali operazioni senza comprendere in profondità il vero scopo e i veri motivi perseguiti attraverso l'unitario programma contrattuale creato.

Su un altro piano, la valutazione della causa in funzione concreta economico individuale è essenziale nel momento in cui il contratto viene posto all'attenzione del giudice al fine di essere interpretato: si ricorda che la norma di cui all'art. 1369 c.c. sembra riconoscere alla causa un ruolo di base nella cd. *interpretazione funzionale*.

151 G. B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., pag. 624.

152 Quest'ultima possibilità, si nota, è del tutto esclusa dalla diversa teoria della funzione economico sociale, poichè tutti gli interessi delle parti non ricompresi in questa generica funzione sono da considerarsi *off side*, e perciò irrilevanti.

Se, infatti, vi siano dubbi circa il reale significato da attribuire alle espressioni formulate nell'atto (perché esse si prestano ad avere più sensi) occorrerà scegliere quello più conforme alla natura del contratto, il che altro non significa se non indagare i caratteri del negozio in coerenza con la sua *causa concreta*, dando rilievo alla ragione pratica che ha spinto le parti a contrarre.¹⁵³

Il già citato Ferri, critico nei confronti della tesi bettiana, ha definito erroneo concepire la causa come la funzione economico-sociale del contratto perché, così facendo, si attuerebbe una sovrapposizione concettuale della funzione negoziale con il tipo adoperato, col rischio di rendere tipica un'operazione economica solo perché ricorrente nella pratica o sol perché riferita alla funzione meramente economica che essa assolve per la società.¹⁵⁴

Conformemente al pensiero di Ferri si è di recente evidenziato¹⁵⁵ che questa nuova teoria della causa ha il merito di non escludere *a priori* gli interessi individuali delle parti ma, al contrario, consente di attribuire loro considerazione se rilevanti per l'operazione negoziale e sempre nei limiti in cui essi emergano dal regolamento contrattuale.

Il contratto, quindi, si pone l'obiettivo di permettere, realmente, a ciascun contraente, l'ottenimento di una certa utilità sperata mediante l'utilizzo di un certo tipo di contratto.

Il sistema giuridico non è più quello *scoglio* a causa del quale le finalità individuali svaniscono subendo l'imposizione di una *sovrastruttura astratta* e non calzante rispetto agli intendimenti delle parti, ma diviene, invece, lo strumento pratico attraverso cui si rende possibile l'esaltazione degli scopi particolari dei contraenti.¹⁵⁶

153 Sul tema cfr. più esaurientemente **Alpa**, *L'interpretazione del contratto*, II ed., Milano, 2001; **Scognamiglio**, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992.

154 **Ferri**, *Causa e tipo del negozio giuridico*, cit., p. 249.

155 **Rolfi**, *Sulla causa dei contratti atipici a titolo gratuito*, nota a Cass. Civ. sez. III, 28 gennaio 2002, n.982) in *Corriere Giuridico*, n. 1/2003, pag. 50-55; Id, *La causa come « funzione economico sociale»: tramonto di un idolum tribus?*, in *Corr. giur.*, n. 12/2006, pag. 1720 s.

156 **Mazzamuto**, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, Atti del Convegno su “Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani”, cit., pag. 5.

Tra gli autori che sostengono la teoria della causa concreta, o ragione pratica del contratto, non vi è chi non faccia notare quanto questa concezione consenta di operare una netta distinzione tra la qualificazione giuridica dell'operazione contrattuale e la sua causa.¹⁵⁷

La diversa lettura del diritto delle obbligazioni e dei contratti nella prospettiva del singolo non cancella di certo l'incidenza dello Stato sull'attività privata ma trasforma la chiave di lettura del rapporto esistente tra attività contrattuale e legge.¹⁵⁸

2) *L'evoluzione e la svolta giurisprudenziale sul concetto di causa.*

Come rilevato, il codice è "reticente" in tema di causa poiché non disegna compiutamente i caratteri di siffatto elemento; ciò ha spinto la dottrina e la giurisprudenza a occuparsi della questione, nel tentativo di meglio dare una definizione alla figura in esame.¹⁵⁹

Nel panorama delle pronunce giurisprudenziali che si sono susseguite a partire dall'emanazione dell'odierno Codice Civile, è possibile rinvenire diversi elementi utili all'indagine di cui si tratta.

Si rileva, ad esempio, che accanto ad un indirizzo generale che ripete la definizione bettiana di causa come funzione *economico sociale*,¹⁶⁰ convivono

157 **M. Bessone**, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1975, pag. 227; cfr. nota 152, **M. Bianca**, *Diritto civile*, cit. pag. 419 e ss.; **Roppo**, *Il contratto*, in Tratt. Iudica – Zatti, Milano, 2011, 364 ss.; **D. Carusi**, *La disciplina della causa*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, vol. V, 2006, pag. 564.

158 **Mazzamuto**, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Europa e diritto privato*, 2010, pag. 626 e ss..

159 **Alpa**, *L'uso giurisprudenziale della causa del contratto*, in *Nuova Giur. Civ. commentata*, 1995, pag. 2, il quale osserva che, se la causa non è definita nei suoi aspetti essenziali ma ne viene solo accennata la fisionomia, è evidente che le elaborazioni di dottrina e giurisprudenza risultino oltremodo necessarie per la sua individuazione.

160 Ed affermando, conseguentemente, che essa deve essere: "...intesa come funzione (economico-sociale, appunto) che il contratto medesimo è destinato obbiettivamente ad adempiere...". Tra le tante: Cass. 15.02.1963, n. 331, in *Giust. civ.* 1963, vol. I, pag. 736; Cass. 07.04.1971, n. 1025, in *Foro it.* 1971, vol. I, pag. 2574; Cass., 28.03.1977, n. 1205, in *Foro it.*, 1977, vol. I, pag. 1088; Cass., 17.03.1978, n. 1346, in *Giur. it.*, 1978, vol. I, 1, pag. 2171; Cass., 11.08.1980, n. 4921, in *Mass. Giust. civ.*, 1980, vol. II, pag. 2083; Cass., 29.01.1983, n. 826, in *Rep. Foro it.*, 1983, voce *Contratto in genere* n. 156; Cass., 20.11.1992, n. 12401, in *Foro it.*, 1993, I, c. 1508, con nota di Caringella e di Battaglia, *Contratti innominati e causa atipica*; Cass., 15.07.1993, n. 7844, in *Giur. it.*, 1995, vol. I, 1, pag. 733 (con nota di Ragusa Maggiore, *La*

indirizzi recenti più articolati volti a recepire le tesi di Ferri sulla differente funzione *economico individuale* dell'elemento causale.¹⁶¹

E' da dire che l'orientamento giurisprudenziale tradizionale, che avvalorava le teorie di Betti, si è in effetti servito della concezione della causa quale funzione economico-sociale del negozio soprattutto per escludere i motivi dall'ambito degli interessi giuridicamente rilevanti all'interno del contratto, al fine di esaltare la giuridicità dell'accordo.¹⁶²

Ma, come si accennava, accanto alla dominante visione oggettiva, già da tempo sono andati emergendo filoni dottrinali e giurisprudenziali diversamente articolati,

scomparsa degli "idola fori": la causa del contratto); Cass., 20.08.2003, n. 12216, in *Dir. e giur. agr.*, 2004, pag. 90, con nota di Orlando.

161 **Alpa**, *L'uso giurisprudenziale della causa del contratto*, cit., pag. 9. Tra le varie pronunce si segnalano: App. Venezia 9 aprile 1946; Cass. 25 gennaio 1949; App. Bari 6 maggio 1953; App. Ancona 21 aprile 1954, in *Giust. Civ.*, 1954, vol. I, 1192; App. Milano 20.07.2001, in *Banca borsa tit. cred.*, 2002, vol. II, pag. 424; Cass. 04.04.2003, n. 5324, in *Giust. Civ. mass.*, 2003, n. 4; Cass. 11.06.2003, n. 9374, in *Giust. Civ. mass.*, 2003, n. 6; Cass., 08.05.2006, n. 10490, in *Corr. giur.*, 2006, fasc. 12, pag. 1718 ss., con nota di Rolfi; Cass. civ., 20.12.2007, n. 26958, in *Corr. Giur.*, 2008, fasc. 7, pag. 921; Cass. civ., SS.UU., 11.11.2008, n. 26972, in *Giust. civ. Mass.* 2008, fasc. 11, pag. 1607, in *Il civilista*, 2009, fasc. 6, pag. 28, in *Giust. civ.*, 2009, fasc. 4-5, vol. I, pag. 913 nonché in *Danno resp.*, 2009, pag. 4 ss.; con la pronuncia da ultimo menzionata la Corte, intervenuta in merito al problema della definizione dell'ampiezza della categoria del danno esistenziale, ha fatto uso del concetto di causa concreta, stabilendo che anche in ambito contrattuale è risarcibile il danno non patrimoniale ogni volta in cui il contratto inadempito sia rivolto alla tutela di interessi aventi, appunto, natura non patrimoniale ex art. 1174 c.c.: l'individuazione di questi interessi, rilevano le Sezioni Unite, deve essere condotta accertando la causa concreta del negozio nel senso chiarito da Cass. 8 maggio 2006, n. 10490, cit.; da ultimo, cfr. Cass. civ., 12.11.2009, n. 23941, in *Guida al diritto*, 2009, fasc. 50, n. 55.

162 Significativa appare, in questo senso, la pronuncia di Cass., 28.06.1989, n. 3156, in *Rep. Foro it.*, 1989, voce *Contratto in genere*, n. 195 e Cass., 13.02.1990, n. 1046, in *Rep. Foro it.*, 1990, voce *Contratto in genere*, n. 374, dove nello specifico, in casi di cessione di terreno ad un privato da parte di un'Amministrazione Pubblica, con il fine di urbanizzazione della rispettiva area, non ha ritenuto il contratto risolto nonostante siano successivamente sopravvenuti per legge oneri di urbanizzazione a carico dei privati, in quanto l'urbanizzazione non rappresenta, a detta dei giudici di legittimità, la causa della cessione, che invece sarebbe costituita dalla *funzione economico-sociale oggettiva ed unica per entrambe le parti*, ma un semplice motivo che come tale è privo di qualsiasi pregio giuridico; analogamente, cfr. Cass., 15.06.1991, n. 6771, in *Rep. Foro it.*, 1991, voce *Permuta*, n. 9, in cui si è affermato che, in caso di permuta: "*mentre l'oggetto del contratto è rappresentato dai beni scambiati, la causa è costituita da un'utilità oggettiva, e non soggettiva, connessa alla fusione economico-sociale che il negozio è oggettivamente idoneo ad assolvere; di conseguenza, le finalità contingenti che la parte si prefigge di conseguire configurano meri motivi in quanto tali del tutto irrilevanti sul piano giuridico*".

tra cui quello (divenuto poi prevalente) che individua la causa come lo scopo pratico e concreto del contratto.¹⁶³

In giurisprudenza, la svolta definitiva a favore della *causa in concreto* si è avuta piuttosto di recente, grazie ad un intervento della Corte di Cassazione.¹⁶⁴

Nel caso di specie, la Corte si è trovata a dover dirimere una controversia sorta tra un committente e un professionista.

La circostanza problematica sorge a seguito di una stipulazione tra i due soggetti, formata da una doppia convenzione aventi come contenuto la medesima prestazione di un servizio di consulenza inquadrabile nell'area del contratto d'opera disciplinato dall'art. 2222 cod. civ.. Nel primo dei due contratti viene individuato l'oggetto specifico della consulenza; nel secondo, qualificato come una "*prosecuzione*" del primo e a quest'ultimo collegato, si stabilisce il compenso.

La vicenda prende una piega peculiare nel momento in cui il consulente, durante l'esecuzione del contratto, assume su di sé l'incarico di amministratore di diverse società facenti capo al suo committente.

Quest'ultimo, allora, eccependo che, in realtà, l'oggetto delle prestazioni del contratto di consulenza risultano essere le medesime che il consulente stesso avrebbe svolto in qualità di amministratore delle società, sospende qualunque tipo di pagamento del compenso dovuto al professionista in forza del contratto sottoscritto.

Sia in primo grado sia in sede di gravame i giudici reputano fondata l'eccezione opposta dalla società committente, rigettando la domanda di adempimento coattivo proposta dal consulente e ritenendo, invece, che il contratto di consulenza esterno fosse – in effetti - divenuto privo di una *giustificazione economica*, e quindi nullo per difetto di una causa.

Sostenendo la teoria causale tradizionale, in ossequio al concetto di causa come funzione tipica, il ricorrente opina che il contratto non può affatto essere

163 Significativamente Cass., 26.01.1995, n. 975, in *Giust. civ.*, 1995, vol. I, pag. 662 ss. si parla di: "*causa negoziale intesa come funzione pratica che i contraenti hanno effettivamente assegnato al loro accordo*".

164 Cass., 08.05.2006, n. 10490, in *Corr. giur.*, 2006, fasc. 12, pag. 1718 ss., con nota di Rolfi.

considerato nullo per mancanza di giustificazione poiché corrispondente allo schema legale tipico disposto dall'art. 2222 cod. civ..

I giudici di legittimità, tuttavia, respingono integralmente le pretese avanzate dal professionista poiché, a loro parere, nel caso di specie, la nullità deriverebbe dal fatto che la causa del negozio sottoscritto, interpretata in senso *concreto*, porterebbe a ritenere del tutto inutile il primo contratto se guardato alla luce di quello che i contraenti intendevano effettivamente ottenere dalla conclusione del contratto iniziale (ossia la consulenza).

Applicando quindi le nuove istanze dottrinali interpretative della causa, la Corte chiarisce che l'elemento causale del contratto non può che essere ricostruito: "*in termini di sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare*".¹⁶⁵

Attraverso questa impostazione concettuale, i giudici di legittimità hanno concluso che, nel momento stesso in cui il consulente ha acquisito lo *status* di amministratore di diverse società facenti capo al committente con l'incarico di svolgere mansioni aventi un oggetto identico a quello del contratto esterno di consulenza (stipulato con la medesima persona fisica), appare evidente che, a prescindere dallo schema legale tipico usato, non si possa che considerare assente qualsiasi funzione economica del negozio sottoscritto: "*Così rettamente intesa la nozione di causa del negozio [...] appare allora evidente come, nel caso che ci occupa, sia proprio il difetto di causa a viziare irrimediabilmente di nullità il contratto di consulenza, intesa per causa lo scambio di quella ben identificata attività consulenziale, già simmetricamente e specularmente svolta in adempimento dei propri doveri di amministratore, con il compenso prestato dal (committente)*".

Gli Ermellini giungono a tali motivazioni attraverso una disamina dettagliata di tutte le possibili definizioni di causa succedutesi nel tempo, cercando di argomentare le critiche mosse alle tesi di Betti e della dottrina seguace spiegando, al contempo, la loro scelta di aderire alle teorie di Ferri.

165 La Corte ha premura anche di precisare, riferendosi al raffronto operato con la tradizionale impostazione della causa tipica, che essa resta comunque: "*ancora iscritta nell'orbita della dimensione funzionale dell'atto, ma, questa volta, (come) funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere*".

Nella sentenza in esame, i giudici precisano che: *“È opinione corrente quella secondo cui la prima elaborazione del concetto di causa...sia stata il frutto della riflessione dei giuristi d'oltralpe che, tra il 1625 ed il 1699, distinguendo per la prima volta sul piano dogmatico i contratti commutativi dalle donazioni, individueranno nell'obbligazione di una parte verso l'altra il fondamento della teoria causale (e di qui, l'origine storica della perdurante difficoltà a superare la dicotomia contratto di scambio-liberalità donativa”*). Prosegue poi la Suprema Corte: *“gli stessi rapporti tra la causa e gli altri elementi del contratto, apparentemente indiscussi nei relativi connotati di alterità, paiono, nel progressivo dipanarsi del concetto di causa negotii, talvolta sfumare in zone di confine più opache.¹⁶⁶ Ma a giudizio di questo collegio, la nozione di causa così delineata (riferendosi alla causa intesa come funzione economico sociale) non corrisponde, nella specie (così come in via di principio generale) a quella che, dopo attenta riflessione della più recente dottrina, deve ritenersi concetto correttamente predicabile con riferimento al profilo oggettivo della struttura contrattuale. [...] E' noto che, da parte della più attenta dottrina, e di una assai sporadica e minoritaria giurisprudenza... si discorre da tempo di una fattispecie causale "concreta", e si elabori una ermeneutica del concetto di causa che, sul presupposto della obsolescenza della matrice ideologica che configura la causa del contratto come strumento di controllo della sua utilità sociale, affonda le proprie radici in una serrata critica della teoria della predeterminazione causale del negozio (che, a tacer d'altro, non spiega come un contratto tipico possa avere causa illecita), ricostruendo tale elemento in termini di sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare (al di là del modello, anche tipico, adoperato)...a prescindere dal relativo stereotipo astratto”*.

La Corte ha dunque chiarito che l'interpretazione della causa concreta è fondamentale per la valorizzazione degli obiettivi perseguiti delle parti: se infatti priva di rilevanza rimane l'inespressa volontà dei contraenti che non sia

166 E qui la Cassazione fa riferimento alle possibili ipotesi come: *“alla relazione causa/volontà nei negozi di liberalità; a quella causa/forma ed all'avvicinamento delle due categorie concettuali verificabile nei negozi astratti; a quella causa/oggetto, con le possibili confusioni a seconda della nozione che, di entrambe le categorie giuridiche, ci si risolve di volta in volta ad adottare, oggetto del contratto essendo tanto la rappresentazione ideale di una res dedotta in obbligazione, quanto la res stessa, causa risultando la funzione dello scambio in relazione proprio a quell'oggetto”*.

obiettivizzata nelle dichiarazioni contrattuali che formano il contenuto del contratto, non così avviene laddove la sintesi degli interessi delle parti sia emergente dal regolamento contrattuale, ovvero sia dalla sua causa.¹⁶⁷

Questa nuova concezione consente al contratto di tornare ad assumere la veste di strumento di negoziazione e regolamentazione dell'autonomia privata la cui funzione, conseguentemente, risulta quella di soddisfarne gli interessi.

Seguendo, quindi, la nuova corrente ideologica, la Cassazione arriva a proporre una ricostruzione della causa sì rigorosa ma meno astratta rispetto a quella proposta dalle teorie della funzione economico sociale.

In definitiva, la causa cessa di costituire un *ideale* cui il contratto si deve conformare, per divenire, invece, la sintesi del risultato che le parti intendono perseguire.¹⁶⁸

La Cassazione suggerisce, in questo senso, come già in dottrina evidenziato, di non operare una mera verifica dell'assetto causale contrattuale rispetto ai tipi generali individuati dal codice, bensì indagare la concretezza dell'accordo per ricostruire il meccanismo economico e giuridico che lo specifico contratto è chiamato a realizzare.

All'ordinamento è attribuito così un nuovo ruolo: esso non potrà più ingerirsi radicalmente nel rapporto negoziale imponendo schemi astratti in nome dell'interesse generale, ma dovrà limitarsi ad assecondare e tutelare gli interessi individuali col solo limite di imporre il raggiungimento di risultati non vietati dalla legge (*meritevolezza in concreto*, ex art. 1322 c.c.).¹⁶⁹

167 Così sempre Cass. 08.05.2006, n. 10490, cit.

168 **Alpa**, *L'uso giurisprudenziale della causa del contratto*, cit., pag. 10.

169 Si evidenzia, tuttavia, come nel repertorio giurisprudenziale anche più datato (Cass. 02.04.1986, n. 2267, in *Riv. it. dir. lav.*, 1986, vol. II, pag. 844; Cass. 05.10.1983, n. 5849, in *Resp. Civ. e prev.*, 1984, pag. 200; Cass., 15.06.1985, n. 3598, in *Riv. dir. comm.*, 1986, vol. II, pag. 185; Cass., 24.04.1986, n. 2886, *Giust. civ.*, 1986, vol. I, pag. 2140) si ritrovino peculiari pronunce che non sempre dimostrano di aderire ad una tesi piuttosto che ad un'altra, non distinguendo affatto tra le diverse teorie dottrinali ma tendenti, invece, a offrire soluzioni che si fondano su di un coacervo di orientamenti seppure, talvolta, antitetici. Si riporta l'esempio di un caso in cui la Cassazione (Cass., 11 agosto 1980, n. 4921, in *Mass. Giust. civ.*, 1980, II, p. 2083, commentata da ALPA, G., in *L'uso giurisprudenziale della causa del contratto*, cit., p. 10) arriva, nelle sue argomentazioni, a fare proprie ben tre diverse impostazioni teoriche. La Corte, infatti, dopo avere affermato nel parte iniziale del suo ragionamento che la causa è lo *scopo pratico* che le parti tendono a perseguire con la loro attività contrattuale (riferendosi così alle due teorie causali rispettivamente della causa tipica e della causa concreta), giunge poi alla conclusione opposta secondo cui la causa rappresenta la *funzione economico-sociale* del negozio; il tutto richiamando,

Un breve accenno merita altresì un'ulteriore pronuncia della Corte di Legittimità successiva a quella appena esposta, che s'inserisce tuttavia nello stesso filone interpretativo.¹⁷⁰

La Cassazione, infatti, è stata chiamata a decidere in merito ad un caso di risoluzione del contratto per sopravvenuta inutilità della prestazione per il creditore, improvvisamente deceduto successivamente alla sottoscrizione di un contratto di soggiorno alberghiero ma prima dell'esecuzione dello stesso.

Nella fattispecie una coppia di coniugi prenota un soggiorno presso una struttura sita in una località balneare degli Abruzzi; la vacanza, tuttavia, viene frustrata il giorno prima del suo inizio dalla morte, prematura, di uno dei coniugi. Annullata la villeggiatura, il coniuge superstite chiede all'albergatore la restituzione del corrispettivo già versato a titolo di caparra per il periodo di alloggio – purtroppo - non goduto. L'albergatore rifiuta la richiesta e ha così inizio il contenzioso.

La domanda avanzata dal coniuge superstite, accolta in due gradi di giudizio, *approda* in Cassazione su ricorso del gestore e proprietario dell'hotel.

Ivi, nel confermare la sentenza emessa dal giudice di prime cure e dalla corte d'Appello, gli ermellini affermano, attraverso un percorso logico argomentativo molto complesso, che la sopravvenuta inutilità della prestazione per il creditore, incidendo in senso distruttivo sulla funzione concreta del contratto (cioè sulla sua causa) produce l'effetto di risolvere automaticamente il rapporto contrattuale.

La Cassazione, richiamando le argomentazioni del proprio precedente,¹⁷¹ ricostruisce la relazione tra interesse del creditore alla prestazione ex art. 1174 c.c. e la causa concreta della pattuizione contrattuale come un legame diretto, basato sull'assetto complessivo del rapporto che le parti hanno inteso creare con il proprio accordo e tale da valorizzare l'interesse dei singoli contraenti "in funzione" del contratto stesso.

La Corte, in definitiva, giunge all'affermazione per cui: "*Il concetto di causa concreta [...] assume rilievo quale criterio di adeguamento del rapporto*

ulteriormente, in un passaggio intermedio delle motivazioni, anche una terza impostazione dogmatica che qualifica la causa come la *ragione ultima* delle determinazioni volitive delle parti.

170 Si tratta della più sopra citata Cass. civ., 20.12.2007, n. 26958, in *Corr. Giur.*, 2008, fasc. 7, pag. 921 (cfr. supra, nota 159).

171 Cass., 08.05.2006, n. 10490 - cfr. nota 167.

negoziale, considerato nel suo aspetto dinamico-fattuale ... diventando rilevante non solo nella fase di individuazione delle patologie originarie, ma anche nella gestione delle vicende contrattuali, nel senso che eventuali fattori sopravvenuti idonei a incidere sulla concreta funzionalità del rapporto (ivi compreso l'interesse del creditore) finiscono per essere qualificati quali fattori patologici (seppur di patologia sopravvenuta) dell'elemento causale del contratto, idonei, conseguentemente, a condurre all'estinzione dello stesso vincolo negoziale”.

L'impostazione giurisprudenziale volta a dare rilievo alla causa concreta ha continuato ad affermarsi nelle pronunce susseguitesi negli anni più recenti.

Giova ricordare, tra le altre, le note sentenze gemelle delle Sezioni Unite di San Martino¹⁷² che, pronunciandosi in tema di risarcibilità del danno non patrimoniale da illecito aquiliano e da inadempimento contrattuale, trovano lo spazio anche per superare le residue incertezze sul tema della causa riproponendo la rilevanza e la validità del concetto di *causa concreta*.¹⁷³

In particolare, la Corte reputa possibile ripristinare il pregiudizio non patrimoniale da inadempimento contrattuale, da un lato, sulla base del disposto di cui all'art. 1174 c.c. (che, mette in rilievo gli interessi “anche non patrimoniali” del creditore nell'obbligazione) e, dall'altro lato, sulla base dell'interpretazione dell'elemento causale interpretato in senso *concreto*, concetto “*da intendersi come sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare, al di là del modello, anche tipico, adoperato...e dunque ragione concreta della dinamica contrattuale*” (cfr. *infra*, cap. III).

172 Cass. civ., SS.UU., 11.11.2008, n. 26972, in Giust. civ. Mass. 2008, fasc. 11, pag. 1607 (cit.).

173 Per un commento immediatamente successivo alla pronuncia cfr: **Passagnoli**, Seminario dal titolo: *La concezione del danno non patrimoniale alla luce dei più recenti indirizzi giurisprudenziali*, svolta a Firenze il 09.12.2008. Antecedentemente alla pronuncia delle sezioni unite, invece, sul tema del danno non patrimoniale, si segnalano i significativi interventi dottrinali di: **Vettori**, *Il danno non patrimoniale fra illecito e contratto*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, vol. 2, pag. 5 ss; **Bonilini**, *Il danno non patrimoniale*, in *Il contratto e le tutele: prospettive di diritto europeo*, a cura di S.Mazzamuto, Torino, 2002, pag. 224 ss; **Costanza**, *Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale*, in *Riv. critica dir.priv.*, 1987, p.127 ss. **Gazzarra**, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Napoli, 2003, pag. 41.

Di questo insegnamento pare avere fatto tesoro anche l'attuale giurisprudenza.¹⁷⁴ Significativa applicazione del concetto di causa in concreto è fornita dalla vicenda oggetto della sentenza di Cassazione n. 15449/2012.¹⁷⁵

La controversia riguarda la condotta di una società inattiva che chiede un prestito a un'altra società, fornendole come garanzie le quote di uno dei suoi soci. Accade però che la prima società, avuto il finanziamento, decida di non restituire il prestito mettendo, così, in pericolo la partecipazione sociale del proprio "garante" il quale decide di domandare in giudizio la nullità dell'operazione al fine di non rimetterci.

La difesa del socio sostiene che l'operazione posta in essere avrebbe avuto, quale *funzione concreta*, non tanto il prestito (causa astratta) quanto una vendita a scopo di garanzia; pertanto, essa sarebbe da considerarsi una causa del tutto *illecita in concreto* perché contraria al divieto del patto commissorio.

La Corte, nella decisione, suffraga tale impostazione che dà rilievo alla *causa illecita concreta* sancendo più in generale che: *"posto che l'indagine su tale elemento essenziale del contratto va svolta non "in astratto" ma "in concreto", onde verificare - secondo il disposto degli artt. 1343 e 1344 cod. civ. - la conformità a legge dell'attività negoziale posta in essere dalle parti e quindi la riconoscibilità nella specie della tutela apprestata dall'ordinamento giuridico, una siffatta indagine in ordine alla funzione obiettiva del negozio posto in essere non può prescindere dall'apprezzamento degli interessi che lo stesso è destinato a realizzare, quali emergono dalle circostanze obiettive (pregresse, coeve e successive alla sua conclusione)... E, ove da tale indagine risulti che le parti abbiano utilizzato un determinato modello negoziale per realizzare una funzione obiettiva che sia non solo diversa da quella per la quale tale strumento giuridico è previsto dalla legge ma anche in contrasto con norme imperative (ciò che caratterizza l'illiceità della causa), il giudice deve negare al negozio posto in essere dalle parti la tutela apprestata dall'ordinamento."*

174 Si segnalano tra le pronunce - anche di merito: Trib. Nola, 18.03.2013, red. Giuffrè; Tar Firenze, Toscana, 21.03.2013, n. 443, in Red. amm. TAR, 2013, fasc. 3; Trib. Bari, sez. II, 10.09.2012, n. 2818, Giurisprudenzabarese.it 2013; Cass. civ., 01.04.2011, n. 7557, in *Giust. civ. Mass.* 2011, fasc. 4, pag. 529, oppure in *Guida al diritto*, 2011, fasc. 23, pag. 72, o ancora in *Foro padano*, 2012, fasc. 3, vol. I, pag. 357.

175 Cass., 14.09.2012, n. 15449, in *Diritto & Giustizia* 2012, 17/09.

Ne consegue che si ha illiceità della causa, sia nell'ipotesi di contrarietà di essa a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume, sia nell'ipotesi di utilizzazione dello strumento negoziale per frodare la legge.

Nuove prospettive, dunque, si aprono per le teorie sul negozio giuridico.

3) *Gli interessi delle parti nel contratto: la prospettiva del debitore*

Nel corso dell'acceso dibattito sulla qualificazione da dare all'elemento causale sfociato, come visto, nell'affermazione della tesi della causa concreta, emerge anche la questione circa la possibile rilevanza, all'interno del rapporto obbligatorio, dei potenziali interessi facenti capo alla persona del debitore.¹⁷⁶

La discussione in tema di causa è, infatti, occasione per la nascita di nuove riflessioni sul tema più generale degli interessi coinvolti dal contratto. Così, in questo contesto, la dottrina inizia a interrogarsi circa la funzione che l'ordinamento attribuisce a istituti come la remissione del debito o l'offerta reale la cui disciplina s'incentra, più che sul creditore, sulla posizione e sulle aspettative del debitore quale titolare di una posizione soggettiva rilevante nel rapporto.

Tra i protagonisti della dissertazione dottrinale si annovera Angelo Falzea,¹⁷⁷ il quale svolge alcune considerazioni proprio in merito al soggetto passivo dell'obbligazione, reputando che gli istituti quali la remissione del debito e l'offerta reale siano volti specificamente ad attribuire al debitore un *diritto all'ottenimento della liberazione* dal vincolo obbligatorio che ha pari importanza rispetto all'aspettativa soddisfattoria del creditore.

Falzea nota che nella disciplina della remissione del debito, sebbene si produca quale effetto immediato la perdita definitiva della soddisfazione dell'interesse creditorio connesso a una data prestazione, il fine precipuo perseguito dal meccanismo di cui si tratta sia in realtà quello della liberazione del debitore dall'obbligo assunto.

L'istituto sarebbe posto, in tutta evidenza, a favore del soggetto passivo.

Egli rileva inoltre che il *favor* verso il debitore sia palese anche solo considerando la facoltà, attribuita al debitore, di rinunciare alla remissione disposta in suo favore nei

¹⁷⁶ A. Di Majo, *Delle Obbligazioni in generale*, cit., pag. 397-398; A. Falzea, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947, pag. 11.

¹⁷⁷ A. Falzea, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, cit., pag. 20.

casi in cui questi ci tenga particolarmente a rispettare gli impegni presi adempiendo la prestazione dovuta;¹⁷⁸ un tale atteggiamento da parte del soggetto passivo dell'obbligo altro non significherebbe se non che il debitore *ritenga di soddisfare un proprio interesse attraverso l'adempimento*.

L'Autore evidenzia come l'ordinamento, in queste circostanze, dia prevalenza alla pretesa del debitore di liberarsi dall'obbligazione tramite l'adempimento, a nulla servendo l'insistenza del creditore che voglia liberarlo "abbuonandogli" quanto dovuto: così facendo, la legge conferisce rilevanza alle intenzioni del debitore nonchè all'interesse di questi che può essere volto, per esempio, a dimostrare la propria solvibilità ai terzi.

La scelta debitoria di rifiutare la remissione disposta in suo favore è peraltro idonea a soddisfare sia interessi di natura *patrimoniale*, come il rendere noto ai terzi la disponibilità di risorse economiche tali da poter garantire sicurezza ai propri creditori (in modo da poter, in futuro, accedere a nuovi crediti o concludere nuovi affari nel settore del mercato ove si opera), sia utilità *non patrimoniali*, come il voler sottolineare ai consociati la propria *onorabilità*, dimostrando di essere capace di rispettare gli obblighi assunti.

Proprio quest'ultima riflessione suggerisce l'abbandono di quella prospettiva limitata del rapporto obbligatorio che lo vede nascere, vivere e modificarsi solo in funzione del soddisfacimento dell'interesse creditorio.¹⁷⁹

Sul terreno dell'obbligazione si è così affermata col tempo l'idea che il rapporto negoziale sia una situazione giuridica complessa, caratterizzata variamente da diritti e obblighi.¹⁸⁰

In quanto tale, l'obbligazione si regge sulla cooperazione tra i soggetti che ne sono parti, ognuno dei quali è investito reciprocamente di un impegno e di un'aspettativa; la collaborazione di costoro e, in particolare, la cooperazione del soggetto attivo al

178 **A. Falzea**, *Introduzione alle scienze giuridiche*, I, 5 ed., Milano 1996; Id., *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, cit., pag. 16; **M. Allara**, *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Torino, 1948.

179 **A. Falzea**, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, cit., pag. 48.

180 **P. Perlingieri**, *Le obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi*, Napoli, 1990, pag. 181.

compimento della prestazione assume un rilievo fondamentale al fine della completa soddisfazione di entrambi.¹⁸¹

Non è più corretto, allora, parlare di una “subordinazione” del soggetto passivo all’azione della controparte.

In questa visuale, il rapporto obbligatorio è paritario al punto che il creditore, ponendosi sullo stesso piano del debitore, diventa anch’egli destinatario di un *dovere di correttezza* ai sensi dell’art. 1175 c.c., nonché destinatario di *un dovere di solidarietà* che gli impone di collaborare nell’adempimento.

Da questo nuovo approccio ha, dunque, preso il via un nuovo dibattito dottrinale dedicato all’approfondimento delle caratteristiche e del ruolo posseduti dal comportamento creditorio all’interno della dinamica contrattuale.

4) La cooperazione del creditore all’adempimento della prestazione

Come anticipato, il soggetto attivo del rapporto obbligatorio concorre in vario modo a produrre il risultato a sé utile e che costituisce lo scopo dell’obbligazione.

Egli infatti, se vuole soddisfare il proprio interesse, “deve” ricevere la prestazione offertagli dal debitore e “deve” evitare condotte che possano rendere impossibile la ricezione di quanto dovuto.

L’attuazione dell’interesse del creditore è, dunque, l’effetto dell’attività svolta non dal solo debitore ma da entrambe le parti.

Non si dimentichi che l’atteggiamento di cooperazione del creditore all’adempimento dell’obbligo è previsto espressamente dalla legge, la quale dispone che: “*Il creditore è in mora quando, senza motivo legittimo, non riceve il pagamento offertogli nei modi indicati [dagli articoli seguenti], o non compie quanto è necessario affinché il debitore possa adempiere l’obbligazione*” (art. 1206 c.c.).¹⁸²

Il concetto normativo, quindi, chiaramente individua quell’attività *ex parte creditoris* la cui illegittima omissione rende applicabile la disciplina della *mora accipiendi*.

181 **F. Santoro Passerelli**, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., pag. 76 e ss.

182 **Cattaneo**, *La cooperazione del creditore all’adempimento*, Milano, 1964, *Introduzione*, pag. 1 e ss.

Al fine di meglio comprendere la natura dell'istituto in esame pare opportuno premettere qualche considerazione di carattere generale sulle origini e sull'evoluzione della disciplina in tema di cooperazione creditoria.

Anzitutto si rileva che la disciplina oggi vigente è mutata rispetto a quella contenuta negli artt. 1259-1266 del codice del 1865.

Una prima differenza concerne l'ambito di applicabilità delle disposizioni; mentre, infatti, le norme del codice abrogato si riferiscono esclusivamente al caso in cui la prestazione dovuta abbia per oggetto una somma di denaro o cose mobili, le norme ora in vigore riguardano anche le obbligazioni di consegnare immobili e quelle di fare (per questo, cfr. le disposizioni di cui agli artt. 1216 e 1217).

In secondo luogo, un'altra importante differenza concerne gli effetti ricollegati dalla legge alla mora del creditore. Il codice del 1865 si limita a disporre che il debitore (qualora non riesca a pagare il suo debito per il rifiuto del creditore) possa ottenere la propria liberazione mediante l'offerta reale, o attraverso un'intimazione che produce susseguentemente il diritto al deposito del dovuto (artt. 1259-1266).

La liberazione del soggetto passivo dal vincolo, dunque, può attuarsi solo se questi dopo avere *inutilmente* compiuto l'offerta solenne con le formalità prescritte esegua anche il deposito: solo così si determina anche l'estinzione del proprio obbligo.

Il codice abrogato non propone una vera e propria disciplina della "mora credendi" ma si limita a individuare un modo di estinzione dell'obbligazione.¹⁸³

Il codice vigente ha, invece, impostato la disciplina per il caso in esame in modo nettamente diverso.

Le norme relative alla liberazione coattiva del debitore mediante offerta reale sono, infatti, precedute da altre disposizioni nelle quali vengono regolati genericamente i presupposti e gli effetti della situazione definitiva di mora del creditore, circostanza che si rinviene nell'ipotesi in cui il soggetto attivo non accolga l'invito a cooperare (art. 1206 c.c. e art. 1207 c.c.) a seguito dell'offerta o dell'intimazione compiuta dall'obbligato.

183 Così **Cattaneo**, *Della mora del creditore*, in *Commentario del Codice Civile*, Scialoja-Branca, Bologna-Roma, cit., art. 1206-1217, pag. 2 e ss.

L'atto di costituzione in mora, così, determina quel ritardo del creditore dal quale la legge fa derivare le conseguenze previste in relazione al mutamento del rischio e tale da essere idoneo a far maturare il diritto del debitore a liberarsi coattivamente dell'obbligo.

E' facile constatare come diverse norme del codice del 1942 non trovino alcun precedente nel codice post unitario e nuova, rispetto a quel codice, è anche la stessa impostazione complessiva data alla materia.

Il netto distacco dalla tradizione ante vigente è dovuto, in gran parte, all'influenza esercitata dalle dottrine giuridiche d'oltralpe diffuse in Italia sul finire del secolo XIX.

Sin dagli inizi del secolo scorso, infatti, i nostri giuristi assistono alla divulgazione di un orientamento dottrinale che affonda le sue radici nel diritto comune anteriore alle codificazioni.

Autorevole voce,¹⁸⁴ ripercorrendo le tappe storiche di questo mutamento, afferma: *“In un certo senso, dunque, possiamo dire che il Legislatore del 1942 è tornato alle origini, ravvicinandosi alla tradizione romanistica ed abbandonando l'impostazione più angusta che il nostro codice del 1865 – al pari dei codici preunitari – aveva tratto da quello Napoleonico. E' anche vero, però, che tale ritorno è il risultato di suggerimenti provenienti dal mondo giuridico tedesco: cosicchè può affermarsi che la disciplina data alla mora accipiendi nel diritto italiano vigente costituisce una sintesi tra i modelli offerti dai due paesi che più hanno influito sul nostro pensiero giuridico. Da un lato si è seguito il modello germanico per quanto riguarda la distinzione tra la mora del creditore e la liberazione dell'obbligato, nonché per la determinazione degli effetti autonomi ricollegati alla mora; dall'altro sono state mantenute quelle disposizioni relative al deposito e dell'offerta che caratterizzano la disciplina francese.”*

E' utile, allora, ripercorrere sinteticamente le argomentazioni della dottrina e l'evoluzione che, sul tema, ha caratterizzato il pensiero giuridico italiano.

184 Cattaneo, *Della mora del creditore*, cit., pag. 4.

4a) La mora del creditore e il deposito liberatorio nella tradizione romanistica, francese e tedesca.

Le origini dell'istituto della *mora accipiendi* nel nostro ordinamento sono il frutto della composizione di più teorie del diritto fra loro non omogenee.

E' dunque imprescindibile svolgere un breve accenno al diritto romano nel quale la disciplina, come oggi risultante, pone le sue fondamenta.¹⁸⁵

Alcune tra le norme vigenti in tema di *mora creditoria*, infatti, riportano precetti già accolti nel Digesto e nel Codice giustiniano, dove si ha a riguardo a casi nei quali il creditore ricusa *sine iusta causa* di *accipere* il denaro o altri beni che gli sono dovuti e che il debitore gli offre.¹⁸⁶

In svariati frammenti del Digesto, in particolare, si accenna a un presunto diritto del debitore al risarcimento del danno e al rimborso delle spese sostenute a seguito della mora creditoria, e si introduce la regola (già più sopra accennata) del trasferimento, in capo al creditore, del rischio della perdita del denaro o delle cose inutilmente offerte nonché il rischio dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione.

Come noto, le dottrine classiche sono state successivamente oggetto di una rilettura e rivalutazione, nell'era del diritto comune, da parte della dottrina europea.

Tuttavia, le tesi sulla *mora accipiendi* introdotte dal diritto romano, pur riprese da alcuni Stati, non hanno trovato un puntuale accoglimento in tutta Europa.

In Francia, ad esempio, la codificazione napoleonica abbraccia una disciplina nettamente diversa da quella del Digesto.

Pothier,¹⁸⁷ la cui dottrina viene seguita pedissequamente nella redazione del codice civile, reputa che l'offerta - per così dire - *reale* della cosa dovuta sia da considerare solo un necessario presupposto dell'istituto del deposito, ma non come atto idoneo a produrre, di per sé, effetti immediati autonomi. La *mora*

185 Per un'analisi approfondita cfr. **Guarnieri e Citati**, *Contributo alla dottrina della mora*, in *Annali del Sem. Giur. di Palermo*, 1923, pag. 161 e ss.; **Riccobono jr.**, *Profilo storico della dottrina della mora nel diritto romano*, in *Annali*, op. ult. cit., pag. 105 e ss.

186 D. 18,6, I,3. Per casi simili, in tema di legato: D. 33, 6,8.

187 **Pothier**, *Traité des obligations* (ed. tradotta del 1941 a cura di Vignozzi ed.), cit., pag. 499.

credendi non possiede una valenza rilevante per la sfera debitoria e per supposti diritti del soggetto passivo.¹⁸⁸

Ben diversa, invece, appare la storia della *mora creditoris* nel mondo giuridico tedesco, dove un tale concetto ha sempre conservato il posto che gli è stato attribuito dal diritto comune oltre ad essere stato oggetto di una notevole elaborazione dottrinale nel corso dell'ottocento.

Essenziale in tal senso è il contributo dato dalla pandettistica che, nel secolo XIX, si dedica all'approfondimento delle questioni più rilevanti e controverse in materia soffermandosi, in particolare, sui vari effetti della *mora accipiendi* e sulla disciplina dettata dal Digesto.¹⁸⁹

Merito della dottrina germanica è, senz'altro, quello di avere esteso il concetto di mora del creditore alle obbligazioni di fare, e di avere rimarcato che la mancata *acceptio* della cosa dovuta configura una vera e propria *omessa esecuzione* di atti che il creditore è tenuto a compiere affinché l'obbligato possa eseguire la prestazione (negli anni '40, questa concezione verrà sancita anche dal nostro codice civile vigente).¹⁹⁰

La mora creditoria, in sostanza, assume un significato tecnico che si sostanzia nella situazione giuridica nascente a seguito dell'offerta inutilmente rivolta al creditore la quale, senza estinguere il rapporto, ne modifica la disciplina in senso favorevole all'obbligato, tenendolo indenne dal maggior costo della prestazione e dai rischi conseguenti alla condotta omissiva dell'altra parte.¹⁹¹

4b) La dottrina italiana e il codice vigente in tema di mora accipiendi

Fin dai primi decenni successivi all'unificazione, la divergenza tra l'impostazione di stampo francese, accolta nel nostro codice del 1865, e quella di tipo romanistico, propria del diritto comune e a cui (come richiamato più sopra)

188 Così **Cattaneo**, *Della mora del creditore*, cit., pag. 7.

189 La prima trattazione diffusa in materia è quella di **Madai**, *Lehre von der Mora*, 1837, pag. 449; a seguire, **Mommsen**, *Lehre von der Mora*, 1855, pag. 133 e ss; **Kohler**, *Annahme und Annahmeverzug* (*Jherings Jahrbucher*), 1879, pag. 261 e ss..

190 Si veda **Kohler**, in *Jherings Jahrbucher*; cit., pag. 261.

191 Così **Cattaneo**, *Della mora del creditore*, cit., pag. 9.

aderisce alla lettera il sistema tedesco, è avvertita molto chiaramente anche dalla nostra dottrina.

Si è già citato che il codice previgente traduce negli artt. 1259-1266 le corrispondenti norme francesi che non riportano un chiaro concetto tecnico di *mora credendi*.¹⁹²

Qualche tempo dopo l'entrata in vigore del codice unitario, tuttavia, anche grazie al contributo di Giorgio Giorgi,¹⁹³ l'impostazione adottata dal nostro vecchio codice è superata e si comincia a dare un rilievo maggiore alla figura della mora del creditore.

Intenzione del pensiero giuridico è, infatti, quella di tratteggiarne in modo più compiuto i caratteri abbandonando le tesi francesi e riprendendo l'insegnamento dei "vecchi pratici" del diritto comune e della tradizione romanistica.

Giorgi fa notare che le norme del codice del 1865 si siano distaccate del tutto ingiustificatamente: "*dai principi di naturale equità, dai principi generali intorno alla mora e forse dall'autorità dei giureconsulti*", e critica l'atteggiamento della dottrina che ha contribuito all'abbandono dell'istituto: "*per seguire il diritto francese*".

Anche svariate, altre, elaborazioni scientifiche successive sono tutte propense ad avvalorare l'autorevole opinione di Giorgi.¹⁹⁴

All'inizio del '900, infatti, la dottrina italiana si avvicina con rinnovato interesse al nuovo metodo sistematico suggerito dalla pandettistica tedesca.¹⁹⁵

La nostra scienza giuridica prende come punti di riferimento basilari i testi di Crome¹⁹⁶ il quale, nell'avanzare severe critiche al diritto francese vigente in

192 **Borsari**, *Commentario del codice civile italiano*, vol. III, n. 2, sub. artt. 1259 e ss, Torino, 1871/81, pag. 706 e ss.; **Ricci**, *Corso teorico-pratico*, vol. VI, Torino, 1893, pag. 344.

193 **Giorgi**, *Teoria delle Obbligazioni nel diritto moderno italiano esposta con la scorta della dottrina e della giurisprudenza*, Firenze, 1896, vol. II, VIII ed., n. 84, pag. 108 ss.

194 **Polacco**, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, vol. I, Roma, II ed., 1898, pag. 103 e ss.; **Barassi**, *Sulla responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Dir. Arch. Giur.*, 1899, pag. 102 e ss; **Scuto**, *Mora del creditore*, Catania, 1905, pag. 65 e ss; **Chironi**, *Colpa contrattuale*, I ed, Napoli, 1884, pag. 365 e ss.

195 **Tarello**, *La scuola dell'esegesi e la sua diffusione in Italia*, in *Scritti per E. Bensa*, Bologna, 1969, pag. 241 e ss; **Irti**, *La crisi della scuola esegetica in Italia*, in *Riv. Dir. civ.*, 1971, vol. I, pag. 379 e ss. Ripercorrono esaustivamente le tappe dell'orientamento dottrinale formatosi in quel tempo **Grassetti**, in *Noviss. Dig. It.*, voce *Diritto Civile*, Torino, 1957, n. 12 e 13.

alcune parti della Germania, sostiene la necessità che si torni a regolare la materia come suggerisce la tradizione del diritto comune.

Non così la giurisprudenza che, sulla “*mora credendi*”, non ne recepisce affatto il significato che la dottrina pandettistica suggerisce di attribuirle.

Contrariamente, si riscontra una certa ritrosia ad ammettere che l'istituto possa trovare applicazioni anche in materia di obblighi di fare.¹⁹⁷

Nonostante l'atteggiamento conservatore dei giudici, il mutamento di prospettiva sull'argomento della *mora accipiendi* avviene ugualmente e la mora del creditore fa il suo ingresso nel codice civile vigente senza particolari intoppi.

Nel codice attuale, la mora del creditore è prevista dall'art. 1206 c.c. nei casi di rifiuto di ricevere la prestazione non sorretto da motivo legittimo: essa viene introdotta come istituto volto a evitare che le conseguenze pregiudizievoli dell'inadempimento siano poste a esclusivo carico del soggetto passivo in tutti quei casi nei quali la mancata attuazione dell'obbligo non dipenda da colpa del debitore.

Va, tuttavia, aggiunto che non basta sapere che il creditore debba consentire l'adempimento; si dovrà, invece, riflettere più approfonditamente sulla natura giuridica del comportamento richiesto al soggetto attivo, al fine di stabilire il tipo di cooperazione che questi è chiamato a “fornire” al debitore per metterlo nella condizione di eseguire la prestazione.

La questione ha spaccato la dottrina in due netti, differenti orientamenti.

Una prima corrente di pensiero configura l'obbligazione come un fenomeno complesso che non si esaurisce nel dovere del debitore di eseguire la prestazione promessa; essa, infatti, accanto all'obbligo del debitore – descritto come un “*ufficio secondario e complementare*” rispetto alla “*relazione fondamentale attorno a cui gravita il fenomeno del credito*” che concerne la “*prestazione del*

196 **Crome**, *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese*, trad. Ascoli e Cammeo, Milano, 1908, pag. 185, alla cui impostazione aderisce principalmente **Polacco**, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, cit., pag. 6.

197 Cfr. Cass. Torino, 20.05.1879, in *Giur. it.* vol. I, 1879, pag. 1013; App. Genova, 11.12.1891, in *Prima raccolta completa di giur. sul cod. civ.*, vol. VI, 1891, sub. art. 1223, n. 38, pag. 223; Trib. Modica, 16.10.1903, in *op. ult. cit.*, 1903, sub art. 1259, pag. 713; App. Milano, 07.07.1915, in *Mon. trib.*, 1915, pag. 730; Cass. 16.07.1924, in *Sett. Cass.*, 1924, pag. 417; Cass. 14.02.1927, in *Foro it.*, 1927, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 263-264.

*debitore*¹⁹⁸ – afferma esistere un dovere del creditore avente a oggetto la cooperazione necessaria all'esecuzione della promessa da parte dell'obbligato.

All'obbligo di consentire l'adempimento corrisponde, specularmente, un *diritto del debitore di adempiere*.

La tesi che si espone, individua il proprio fondamento normativo tanto nel disposto dell'art. 1236 c.c., in tema di remissione del debito, quanto nella previsione risarcitoria contenuta nel già richiamato art. 1207 c.c. relativo alla (già incontrata) offerta reale.¹⁹⁹

Tale previsto diritto al risarcimento del danno, facente capo al debitore e gravante sul creditore in mora, è la sanzione per la naturale violazione dell'obbligo di cooperare all'attuazione della prestazione.²⁰⁰

Si assisterebbe, in tali fattispecie, a una sorta di *inadempimento del creditore* al proprio ufficio (la cooperazione) che, in quanto tale, sarebbe suscettibile di provocare un pregiudizio risarcibile alla controparte che vedrebbe impedito il suo *diritto di prestare*.

La costruzione ermeneutica che descrive la mora del creditore alla stregua di un inadempimento del soggetto attivo ha trovato, di recente, un importante riscontro nell'art. 104 del Codice europeo dei contratti, il quale stabilisce che: “[...] il

198 Prima dell'emanazione del nuovo codice, si è intrattenuto sull'argomento: **Bellini**, *Sull'obbligo del creditore di prestarsi per l'adempimento dell'obbligazione*, in Riv. Dir. Civ., n. XIII, 1921, pag. 30. Successivamente alla redazione del Codice del 1942 si occupano del tema in questa particolare prospettiva: **A. Falzea**, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947, pag. 33 e 77; **Tilocca**, *La remissione del debito*, Padova, 1955, pag. 98; **D'Amico**, *Mancata cooperazione del creditore e violazione contrattuale*, in *Studi in onore di Bianca*, Milano, 2006, pag. 65 e ss.

199 Sulla previsione risarcitoria di cui all'art. 1207 c.c. cfr. **D'Amico**, *Mancata cooperazione*, cit., pag. 73, nota 16, laddove afferma: “Se si configura la posizione del creditore rispetto all'attività di cooperazione in termini di mero onere dovrebbe conseguire che la violazione dell'onere possa avere come conseguenza negativa solo il mancato acquisto di un diritto ovvero la perdita di esso, ma giammai un obbligo di risarcire all'altra parte un danno che, per definizione, ccodesta controparte non dovrebbe neanche venire a subire in conseguenza del mancato esercizio del diritto cui l'onere è collegato”.

200 **A. Falzea**, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, cit., pag. 36, il quale individua proprio nell'art. 1236 c.c. la conferma della configurabilità di un diritto del debitore a liberarsi mediante adempimento; cfr. altresì **A. Ravazzoni**, *La costituzione in mora del debitore*, Milano, 1957, pag. 904; **Allara**, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, Torino, 1958, pag. 483-484; **Rubino**, *La compravendita*, II ed., Milano, 1962, n. 272, pag. 957; **F. Benatti**, *La costituzione in mora del debitore*, Milano, 1968; **Visintini**, *Inadempimento e mora del debitore*, in *Il codice civile*, Comm. Schlesinger, Milano, 1987.

debitore può intimare, per iscritto, al creditore di desistere dal suo atteggiamento specificando quali sono i fatti positivi o omissivi che, in concreto, hanno impedito od ostacolato l'esecuzione ed indicando quali azioni od omissioni debbano cessare, o quali comportamenti si rendano necessari da parte del creditore, assegnandogli un termine adeguato [...] decorso il quale....se il comportamento lamentato non è cessato, si considera essersi verificato un inadempimento da parte del creditore".²⁰¹

Ciò posto, si rileva altresì che secondo alcuni²⁰² la funzione risarcitoria non sarebbe, comunque, il solo scopo delle norme in esame; essa, nello specifico, non sarebbe idonea a esaurire (come invece appare) solo l'interesse *ex parte debitoris* a evitare ogni aumento di costo e ogni prolungamento della prestazione, ma le norme sulla mora tutelerebbero altresì quell'interesse del debitore (cui s'è fatto già cenno più sopra) a *liberare la propria sfera giuridica dal vincolo* assunto.

La legge, quindi, a parere di questa dottrina, proteggerebbe non solo l'interesse del debitore a *non eseguire una prestazione più gravosa di quella dovuta*, ossia a liberarsi senza ritardo e senza danni, ma anche il suo eventuale interesse a compiere effettivamente l'azione che è oggetto del suo obbligo.²⁰³

Secondo quest'orientamento dottrinale, il debitore è quindi titolare di un'attesa da soddisfare che le norme prevedono non possa essere disattesa.

Il comportamento creditorio non può dunque considerarsi come *atteggiamento meramente facoltativo* ma deve interpretarsi e intendersi come *atto dovuto al pari dell'adempimento debitorio*, dal momento che (come più sopra affermato) in sua mancanza il soggetto passivo ha diritto al risarcimento dei danni patiti.²⁰⁴

201 Sul punto, cfr. **C. W. Canaris**, *L'inadempimento nel codice europeo dei contratti*, in Riv. Dir. Civ., n. 6, 2008, pag. 636.

202 **Falzea**, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, cit., pag. 69 ss.; aderisce alla tesi anche **Rescigno**, *Studi sull'accollo*, Milano, 1958, pag. 114.

203 Un esempio è fornito dalle obbligazioni assunte da artisti di teatro. Supposto che l'impresario non faccia quanto occorre per rendere possibile lo spettacolo fissato per un certo giorno, il debitore non subirà di solito alcun aggravamento della prestazione; anzi: risparmierà spese e fatica. Ma resta insoddisfatto il suo desiderio di mostrare al pubblico la propria bravura, di acquisire fama e procurarsi scritture. Da un lato, dunque, si ha interesse a non subire un peso e dall'altro a conseguire un vantaggio.

204 Cfr. **A. Falzea**, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, cit., pag. 84; più di recente v. **Natoli**, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale a cura di Cicu-Messineo*, XVI., vol. I, 1 ed., Milano, 1984, pag. 102 e ss, secondo

La tesi dottrinale di cui trattasi, in sostanza, evidenzia che i doveri posti a carico del debitore e del creditore sono, in fin dei conti, speculari fra loro: mentre a servizio dell'interesse del creditore, infatti, la legge pone il potere di pretendere dall'obbligato lo spiegamento dell'energia necessaria e occorrente per produrre l'utilità che forma oggetto dell'aspettativa (ossia lo strumento dell'esecuzione coattiva), a servizio dell'interesse del debitore la legge porrebbe il potere di richiedere al creditore lo spiegamento dell'energia complementare che integra lo sforzo che egli deve sopportare per l'adempimento (trattasi della cooperazione).

Il punto relativo alla possibile configurazione di un inadempimento del creditore in mora è stato approfonditamente trattato da attenta dottrina²⁰⁵ che propone una nuova e diversa qualifica del “*dovere di cooperazione*” del soggetto attivo: non si dovrebbe parlare di un'obbligazione in senso tecnico bensì di una *obbligazione senza prestazione*,²⁰⁶ che impegna il medesimo titolare del credito (una volta scaduto il termine previsto per l'adempimento) a tenere un comportamento idoneo a permettere l'estinzione del rapporto obbligatorio.

Grazie all'attuazione della collaborazione creditoria, cessa del tutto l'ingerenza che il rapporto obbligatorio genera sulla sfera del debitore.

La responsabilità tratteggiata dall'art. 1207 c.c., allora, può intendersi diretta a ristorare la lesione dell'interesse negativo del debitore a non essere vincolato oltre il necessario da un rapporto che egli è, invece, pronto a estinguere.

cui: “*si tratterebbe di una sanzione nei confronti di un comportamento antigiuridico*”; **Romano**, *Interessi del debitore e adempimento*, Napoli, 1995, pag. 287.

205 Così sempre **D'Amico**, *op. ult. cit.*, pag. 87, secondo cui il dovere di cooperare *dell'accipiens*: “*discende dal più generale dovere di rispetto della sfera giuridica altrui, rispetto che normalmente viene garantito dall'obbligo negativo di non invadere tale sfera ma che non può essere garantito se non attraverso un comportamento positivo consistente nel fare cessare l'ingerenza*”.

206 Già introdotta da **Castronovo**, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in scritti in onore di Mengoni, vol. I, Milano, 1995, pag. 147 e ss. è stata poi ripresa da **D'Amico**, *Mancata cooperazione, op. ult. cit.*, il quale scrive: “*C'è da chiedersi se il dovere di cooperazione non possa inquadrarsi nello schema concettuale della c.d. obbligazione senza prestazione allo scopo di dare una adeguata collocazione ad una serie di ipotesi di incerta configurazione - sospese tra contratto e torto -. Più specificamente si ritiene che si possa, a riguardo, parlare di responsabilità contrattuale per violazione di obblighi di protezione, o violazione dell'affidamento*”.

Altra autorevole voce dottrinale,²⁰⁷ sostenendo la tesi che può definirsi “dell’obbligo” di cooperazione, ritiene di poter applicare a tale comportamento le stesse regole che disciplinano la condotta del debitore.

Perlingieri²⁰⁸ sostiene fermamente che la visione del rapporto obbligatorio nel solo *favor creditoris* debba essere abbandonata per lasciare spazio a un’approfondita analisi degli interessi complessivi, di volta in volta, coinvolti nella singola fattispecie. L’obbligazione deve essere vista come concretizzazione di un rapporto di cooperazione tra le parti, che porta a esaltare tutti gli interessi dei soggetti coinvolti, sia dal lato attivo sia da quello passivo.

Concepire il comportamento del creditore come semplice *facoltà e non come obbligo* contrasterebbe con le stesse previsioni dettate dalla legge in tema di *mora credendi* e, in particolare, in materia di obbligo risarcitorio a carico del creditore “*non collaborativo*” ex art. 1207 c.c..

L’Autore, invero, afferma che qualora l’intento del legislatore fosse stato di escludere il nascere di una vera obbligazione creditoria alla riparazione dei danni, egli non avrebbe dovuto prevedere conseguenze “a favore” del debitore (quali il risarcimento delle spese affrontate e dei danni patiti); sarebbe stato più logico impostare l’istituto in modo che la mancata cooperazione generasse esclusivamente esternalità negative nella sfera creditoria (come l’insoddisfazione dell’interesse sotteso o il mancato acquisto del diritto).

Invece, sottolinea Perlingieri, la responsabilità creditoria è concepita dall’ordinamento in modo del tutto simile alla responsabilità contrattuale gravante sul debitore, al punto che al soggetto passivo è data facoltà di chiedere sia il ristoro dei costi aggiuntivi (danno emergente), sia il risarcimento del danno generato dalla perdita di occasioni di guadagno conseguenza del ritardo con cui l’obbligato è stato costretto a eseguire la prestazione (lucro cessante).

207 **Perlingieri**, *Dei modi di estinzione dell’obbligazione diversi dall’adempimento*, in *Comm. Cod. Civ.*, a cura di Scialoja Branca, art. 1230-1259, Bologna-Roma, 1988, pag. 44, il quale rileva: “*Se il creditore deve cooperare – e dalla lettura del codice civile e delle leggi speciali questo si desume agevolmente – e non lo fa, allora è inadempiente. Si che la teoria dell’inadempimento non può essere costruita soltanto in relazione al comportamento del debitore; è opportuno che si abbia presente l’obbligo di cooperazione del creditore, l’eventuale suo inadempimento e, conseguentemente, il risarcimento del danno per illecito civile (responsabilità contrattuale)*”.

208 **P. Perlingieri**, *Le obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi*, Napoli, 1990, pag. 83 e ss., nonché l’opera antecedente, *Il fenomeno dell’estinzione delle obbligazioni*, 1972, Napoli, pag. 32 e ss..

L'obbligo di risarcimento del danno così derivato, analogamente a quanto prescritto dall'art. 1218 c.c., porta quindi a concludere che l'adempimento non è finalizzato solamente al soddisfacimento delle pretese del soggetto cui è indirizzata la prestazione ma costituisce, al contempo, un evento liberatorio attuativo degli interessi dell'obbligato.

Come Perlingieri, altri autori²⁰⁹ sostengono la teoria esposta, precisando però che l'*accipiens* possa essere *costituito in mora* (con gravame delle conseguenze negative del proprio atteggiamento) solo quando la causa della mancata cooperazione sia a lui imputabile a titolo di dolo o colpa.²¹⁰

Come più sopra accennato, accanto al filone scientifico appena esposto sono state elaborate differenti teorie da parte di altra dottrina.

E' infatti dominante l'opposto orientamento sviluppatosi sulla tematica il quale nega che dalle norme sulla remissione del debito, sulla *mora credendi*, sul deposito liberatorio e sull'offerta reale si possa evincere l'esistenza di un diritto del debitore all'adempimento con conseguente qualificazione del comportamento del creditore quale *dovere* di cooperazione.²¹¹

Si osserva, in particolare, che attraverso la disciplina di cui agli artt. 1206 e ss. c.c. il legislatore, lungi dal voler riconoscere un *diritto* alla liberazione del debitore e un *diritto* alla soddisfazione del suo interesse alla prestazione, intende esclusivamente tutelare la posizione del soggetto passivo concedendogli di liberarsi dell'obbligazione *invito creditore*, impedendo cioè che il titolare del credito: “*differendo con la sua omissione la liberazione dell'obbligato, possa*

209 Per la trattazione del tema si rimanda, in via esaustiva, all'opera di **Falzea**, *L'offerta reale*, cit., pag. 162; **Giorgianni**, *L'obbligazione*, cit., pag. 68; **Natoli**, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., pag. 67; **Bianca**, *Inadempimento dell'obbligazione*, in Comm. cod. Civ., cit., art. 1218 – 1229, pag. 11 e ss; **A. Cautadella**, *I contratti*, parte generale, Torino, 2009, pag. 186; **F. Galgano**, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2009, pag. 39; **P. Perlingieri**, *Profili del diritto civile*, cit., pag. 78.

210 E' la tesi della c.d. *mora culpata*.

211 Premettendo che la teoria dell'onere trova la sua origine nella dottrina tedesca e, in particolare, nei contributi di **F. Mommsen**, *Zur Lehre von der Mora nachst Beitrage zur lehre von der culpa*, 1855, p. 3-133, sul fronte dottrinale italiano si citano: **Barassi**, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., pag. 62; **E. Betti**, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., pag. 62; **Messineo**, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., pag. 454; **Gangi**, *Le obbligazioni, parte generale*, cit., pag. 50 e ss.; **Giorgianni**, *L'obbligazione*, cit., pag. 68; **Bigliazzi Geri**, voce *Mora del creditore*, cit., pag. 2; **Natoli**, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., pag. 64; **Cattaneo**, *Della mora del creditore*, cit., pag. 45 e ss..

pretendere da costui un sacrificio economico maggiore di quello che altrimenti gli sarebbe stato imposto dal rapporto”.²¹²

In tal senso, la previsione risarcitoria di cui all'art. 1207 c.c. non dovrebbe essere ricostruita come la sanzione che l'ordinamento riconnette a un inadempimento o a un diverso atto illecito del creditore in mora, ma piuttosto come una misura unicamente volta a tenere indenne il debitore di tutte le conseguenze economiche negative derivanti dal perpetuarsi di un rapporto obbligatorio che il soggetto in questione non può estinguere a causa della mancata cooperazione dell'*accipiens*.²¹³

Considerato, infine, che l'art. 1174 c.c. descrive la condotta dovuta in forza dell'obbligazione come diretta a soddisfare un interesse anche non patrimoniale del creditore, la suddetta dottrina esclude che la cooperazione del soggetto attivo del rapporto possa essere configurata come oggetto di un dovere: il titolare del credito è, infatti, tenuto a osservare un “certo contegno” esclusivamente in vista della realizzazione del proprio interesse ed esso è quindi più correttamente ricostruibile in termini di onere.²¹⁴

212 Così, in particolare, **Cattaneo**, *Della mora del creditore*, cit., pag. 52-55, il quale precisa inoltre che attraverso le disposizioni sulla *mora accipiendi* l'ordinamento intende: “*non già accordare al debitore un diritto analogo a quelli di credito bensì soltanto porre un limite al sacrificio che costui sopporta per effetto della propria obbligazione, ed evitare che il soggetto attivo accresca arbitrariamente tale sacrificio*”.

213 Così sempre **Cattaneo**, *Della mora del creditore*, cit., pag. 54. Conferme dell'opinione dottrinale *de qua* si rinverrebbero proprio nell'istituto del deposito liberatorio - usato dall'orientamento suesposto per contrariamente configurare l'esistenza di un diritto del debitore e di un obbligo del creditore - nonché dal disposto di cui all'art. 1180 c.c., co. II, relativo all'adempimento del terzo; da essi emergerebbe in primo luogo che, al diritto potestativo del *solvens* a liberarsi *invito creditore* attraverso la corretta esecuzione del deposito stesso, corrisponda in capo al titolare del credito non un *obbligo di ricevere* il dovuto ma una mera posizione di *soggezione* a permettere l'adempimento altrui; in seconda istanza, non può non rilevarsi che, laddove si riconosca al titolare del credito “il potere di accettare il pagamento” offerto dal *solvens* malgrado l'opposizione del debitore originario (che non può imporre il suo preteso diritto ad eseguire personalmente la prestazione a discapito dell'interesse del soggetto attivo a ricevere l'attribuzione dovuta), si sia dinnanzi ad un innegabile *favor creditoris* da cui evincere la preferenza accordata dalla legge al soddisfacimento dell'interesse primario del rapporto. Nella stessa opera (*Della mora del creditore*, cit., pag. 433) Cattaneo afferma: “*è assolutamente insostenibile la più antica delle tesi riferite, in base alla quale la cooperazione del creditore costituirebbe il contenuto di un'obbligazione del tutto simile a quella del debitore.*” Si vedano inoltre **Gazzoni**, *Obbligazioni e contratti*, Napoli, 2006, pag. 563, ad avviso del quale: “*le norme sulla mora del creditore mirano alla liberazione coattiva del debitore proprio a prescindere dalla collaborazione del creditore nel ricevere la prestazione, tanto ciò vero che anche le obbligazioni di consegnare si estinguono senza che la cosa sia fatta propria dal creditore*”, e **Breccia**, *Le obbligazioni*, cit., pag. 416.

214 **Cattaneo**, *La cooperazione*, cit., pag. 56 e ss; **Giorgianni**, voce *Debito e debitore*, in *Noviss.*

Secondo tale teoria, infine, sarebbe giuridicamente sbagliato applicare nei confronti del titolare del credito le regole dettate per l'attività dovuta dal debitore perché, stando alla lettera della legge, colui che non mantenga la condotta necessaria a mettere il soggetto passivo nella condizione di adempiere vedrà gravare su di lui le conseguenze della mancata collaborazione sia nel caso in cui essa dipenda da colpa sia nelle ipotesi nelle quali il difetto di cooperazione non sia a lui imputabile (a differenza, invece, delle norme sull'inadempimento che elevano la colpa del debitore a elemento presupposto per l'applicabilità delle conseguenze ex art. 1218 e ss. c.c.).²¹⁵

Si annota, infine, che principio secondo il quale il dovere del creditore di cooperare all'adempimento da parte del debitore si configura: “*come strumentale all'adempimento dell'obbligazione e non assurge al rango di obbligazione*” è stato ripreso e confermato anche dalla più recente giurisprudenza di legittimità e di merito.²¹⁶

Dig. It., vol. V, cit., pag. 200; **Bianca**, *L'obbligazione*, cit. pag. 377; **Breccia**, *Le obbligazioni*, op. ult. cit., pag. 413. In giurisprudenza, tra le tante: Cass. 21.01.1986, n. 376, in *Giust. Civ.*, 1986, vol. I, pag. 1933; Cass. 08.02.1986, n. 809, in *Giust. Civ.*, 1986, vol. I, pag. 1928; Cass. 18.01.1995, n. 522, in *Giust. Civ. mass.*, 1995, pag. 102.

215 **Natoli**, *Il comportamento del creditore*, Milano, 1974, pag. 70.

216 Trib. Monza, 10.12.2008, in *Banca dati Cedom-Utet*, in relazione alla seguente fattispecie: una ditta vende dei mobili ad un soggetto per un certo corrispettivo e con espressa pattuizione di un giorno stabilito per la consegna; l'acquirente rinvia in più occasioni la data della consegna dei mobili, pur confermando per iscritto la propria disponibilità al pagamento e alla ricezione di quanto ordinato. La ditta venditrice conviene allora in giudizio l'acquirente chiedendo la condanna di quest'ultimo al pagamento della somma dovuta a titolo di saldo prezzo dei mobili acquistati *nonché a ricevere presso la sua abitazione i mobili oggetto della vendita, previa indicazione di un termine a tal fine*. Il Tribunale, pur riconoscendo la fondatezza della pretesa attorea sul prezzo, ha rigettato, in quanto inammissibile per carenza di interesse ad agire, la domanda volta ad ottenere una sentenza con cui si dichiarasse il soggetto acquirente tenuto a ricevere presso la sua abitazione i mobili oggetto della compravendita indicando un termine a tal fine; e ciò in quanto la consegna della cosa è un'obbligazione del venditore ex art. 1476 c.c., mentre non c'è un'obbligazione del compratore di ricevere la cosa a fronte del fatto che: “*il dovere del creditore di cooperare all'adempimento da parte del debitore si configura come strumentale all'adempimento dell'obbligazione e non assurge al rango di obbligazione*”. Per l'enunciazione di analoghi principi, sia pure nell'ambito specifico dell'appalto, cfr. Cass. 01.09.2011, n. 18002, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, fasc. 9, pag. 1267; Cass. civ., 16.03.2007, n. 6303, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, fasc. 3. Tra le più risalenti: Cass. 18.01.1995, n. 522, in *Giust. civ. Mass.* 1995, pag. 88; Cass. 08.02.1986, n. 809, in *Giust. civ. Mass.* 1986, fasc. 2.

5) *La clausola penale*

5a) *L'evoluzione dell'istituto e le tesi sulla sua funzione*

Tra gli strumenti che consentono di rilevare nel contratto la presenza di interessi *anche non patrimoniali* delle parti, non può non essere oggetto di analisi l'istituto della clausola penale.

I patti sanzionatori, già presenti nel diritto babilonese, greco²¹⁷ e romano,²¹⁸ nascono come tecniche punitive e risarcitorie poste come rimedio per l'inadempimento delle obbligazioni contenute nel contratto.

Con la clausola penale si stabilisce che il debitore, ove non rispetti l'impegno assunto, sia obbligato a pagare al creditore una certa somma di denaro senza che sia necessario ricorrere all'azione giudiziaria e senza essere costretti ad attendere che essa culmini in una *condemnatio* pecuniaria.

Prescindendo dall'esame dettagliato dell'evoluzione che la *stipulatio poenae* ha subito nella vigenza del diritto romano, basti qui evidenziare che, con il progressivo trascorrere dei secoli, la clausola in oggetto riceve una sempre maggiore applicazione nella prassi negoziale. Autorevole dottrina²¹⁹ riporta come, anche dagli studi fatti sui testi dell'era medievale, emerga l'onnipresenza di siffatte pattuizioni all'interno dei testi contrattuali, usate soprattutto per la loro funzione sanzionatoria nei confronti del contraente che non ottemperi alla promessa fatta o adempia male la propria obbligazione.

Pacificamente riconosciuto come utile strumento dalle molteplici funzioni, la clausola penale trova, infine, la sua collocazione anche nel nostro codice civile del 1865, dove l'istituto è disciplinato negli artt. da 1209 a 1217 del libro III, Capo II, Sez. IV, intitolato: "*Delle obbligazioni con clausole penali*".

Il legislatore, seguendo la tradizione del diritto giustiniano, definisce la clausola penale come il patto "*con cui una persona, per assicurare l'adempimento di un'obbligazione, si obbliga a qualche cosa nel caso che non l'adempia o ne*

217 **Arangio Ruiz**, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1985, pag. 404.

218 **Piola**, *Clausola penale*, Torino, 1897-1902, pag. 366; **Giorgi**, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, Firenze, 1884, pag. 460; **A. Zoppini**, *La pena contrattuale*, Milano, 1991, pag. 164.

219 **Piola**, *Clausola penale*, op. ult. cit., spiega che la clausola penale è elemento presente in quasi tutti i contratti del medioevo e di epoca longobarda, dove la stessa viene prevista: "*a carico di quella delle parti che non adempiva i suoi obblighi o dava all'altra parte motivo di reclamo*".

ritardi l'esecuzione", affermando altresì che: "*La clausola penale è la compensazione dei danni che soffre il creditore per l'inadempimento*". Vista in quest'ottica, la penale assume il ruolo di assicurare l'adempimento dell'obbligazione principale che resta, così, connessa inscindibilmente alla *stipulatio poenae*: in via principale sorge un impegno a carico del debitore diretto all'adempimento della prestazione e, in via secondaria, nasce un ulteriore impegno gravante sempre sul soggetto passivo nel caso in cui questi venga meno ai doveri scaturenti dal negozio sottoscritto.

Autorevole dottrina,²²⁰ tuttavia, reputa più corretto attribuire alla clausola *de qua* la funzione convenzionale di semplice liquidazione anticipata del danno, e ciò sulla base meramente letterale dell'articolo 1212 del codice post-unitario.

A questa interpretazione si è contrariamente opposto²²¹ che la clausola penale, invece, sarebbe suscettibile di rispondere al solo esclusivo fine di rafforzare il vincolo dei contraenti, concedendo al creditore un mezzo per far valere con più efficacia il suo diritto. La liquidazione anticipata del danno, che la citata dottrina intravede come unico obiettivo della pattuizione sanzionatoria, sarebbe solo un effetto - o una conseguenza - dello scopo primario costituito dall'adempimento.

Un Autore,²²² inoltre, rifacendosi alle dottrine diffuse antecedentemente all'entrata in vigore del codice del 1865, rileva a sostegno di tale ultima impostazione che la clausola in questione può esistere solo nel caso in cui essa acceda a un'obbligazione principale: infatti, si configura come obbligazione "condizionale", dipendente da un avvenimento futuro e incerto (quale l'inadempimento dell'obbligazione principale), sia esso qualificabile come inattuazione definitiva del programma contrattuale, sia essa inquadrabile nel mero ritardo della prestazione.

E' da dire che nessuno dei due orientamenti ebbe, effettivamente, in questo periodo, la prevalenza.

220 **Polacco**, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma, 1915, pag. 609.

221 **Caliendo**, *Clausola penale*, Torino, 1938, pag. 208; **De Ruggiero**, *Istituzioni di diritto civile*, Messina, 1926, pag. 156.

222 **Piola**, *Clausola penale*, cit., pag. 367; **Caliendo**, *Clausola penale*, cit., pag. 209.

Importante contributo in materia giunge invece dalla giurisprudenza la quale, trattando delle conseguenze dell'inadempimento in caso di previsione di una penale, ha più volte affermato che, verificatasi la mora debitoria, ove la clausola sia stata sottoscritta per determinare i danni in caso di ritardo, il creditore abbia diritto di chiedere a corresponsione della penale e, al contempo, l'adempimento dell'obbligazione principale; tale cosa, invece, non sarebbe mai consentita in caso di inadempimento, fattispecie nella quale il creditore è chiamato a scegliere una delle due prestazioni (penale o adempimento) che sono dunque, tra loro, obbligazioni alternative.²²³

L'opinione della giurisprudenza da ultimo richiamata è stata positivamente accolta dal successivo codice del 1942 (art. 1383 c.c. – *divieto di cumulo*) dove la disciplina del patto sanzionatorio in oggetto trova una sistemazione più sintetica rispetto a quella assunta all'interno del codice previgente [infatti, gli articoli che definiscono l'istituto sono soltanto tre (artt. 1382 – 1383 - 1384) e ne regolano l'aspetto strutturale e funzionale nonché quello patologico]; inoltre, in esso si introduce la disciplina della riduzione della penale manifestamente eccessiva che non era contemplata nell'assetto normativo precedente.²²⁴

Le nuove norme hanno indotto la dottrina a riprendere animatamente il dibattito iniziato nell'epoca precedente (e, invero, mai del tutto sopito) spingendola a discutere lungamente sulla funzione e sugli scopi di siffatta clausola.

223 App. Roma, 11.02.1885, in Giur. it., 1885, pag. 101; Cass. Torino, 22.12.1875, in Giur. it., 1876, fasc. 1, pag. 248; Cass. Napoli, 12.06.1885, in Giur. it., 1885, pag. 235.

224 Si deve evidenziare che la riduzione della penale eccessiva, in effetti, non rappresenta una vera novità del nostro codice attuale, poiché già il codice Albertino prevedeva tale possibilità all'art. 1243 laddove sanciva: “*quando la convenzione stabilisce che colui il quale mancherà di eseguirla debba pagare una determinata somma a titolo di danni e interessi non può attribuirsi all'altra parte una somma maggiore o minore, eccetto che la medesima risultasse all'evidenza enormemente eccessiva, nel qual caso il giudice potrà moderarla*”. Nel codice post unitario, tuttavia, il legislatore preferisce una soluzione diversa volta a riconoscere la riducibilità della penale solamente se la richiesta della riduzione è accompagnata dalla prova che la prestazione principale sia stata adempiuta almeno in parte (Cass. Roma, 19.02.1883, in Giur. it., 1883, pag. 208; Cass. Napoli, 21.03.1868, in Giur. it., 1868, fasc. 1, pag. 292; App. Torino, 25.06.1872, in Giur. it., 1872, fasc. 2, pag. 400). Al legislatore del 1942, dunque, non va il merito di avere introdotto una nuova disciplina normativa bensì quello di averne riesaminato i limiti ritenendo degna e meritevole di attenzione la vecchia regolamentazione in tema di riduzione della penale eccessiva al punto da volerla reinserire nella nuova codificazione civile moderna.

Un orientamento ritiene che la penale abbia lo scopo di “*compensazione dei danni sofferti dal creditore*” e considera, dunque, il contenuto della penale come fosse esclusivamente una forfetizzazione del danno.²²⁵

L'esegesi della normativa operata, ad esempio, da Scognamiglio,²²⁶ in ossequio alla lettura della Relazione al codice civile nonché alle dottrine di Polacco²²⁷ diffuse a inizio secolo, ha infatti suggerito l'inquadramento dell'istituto in una visione prettamente risarcitoria. Un'altra voce dottrinale²²⁸ sottolinea, in modo del tutto conforme a questa ideologia, che la Relazione del Guardasigilli: “*non fa ... riferimento alla funzione coercitiva cui alludeva l'art. 1209 c.c. 1865, in quanto si considera che la coazione dell'adempimento sia già esercitata dal risarcimento del danno*”.

La funzione di determinazione preventiva del risarcimento del danno assolta dalla penale sarebbe peraltro, in questa visione, del tutto analoga a quella assunta dall'accordo di definizione transattiva della lite ex art. 1965 c.c., ovvero sia un *forfait satisfattivo delle pretese della controparte*: l'unica differenza si riscontrerebbe nel fatto che mentre la clausola penale definisce l'entità dell'obbligazione risarcitoria prima dell'inadempimento (che potrebbe non verificarsi), la transazione opera, a tal fine, in un momento successivo al verificarsi dell'evento (dunque, per ciò solo, certo) quale mezzo di risoluzione preventiva della controversia.

La natura risarcitoria dell'istituto in esame sarebbe anche desumibile dall'espressione testuale dell'art. 1382 c.c. che tratta di: “*una determinata prestazione*” alludendo ad una teorica “convenzione” fra le parti.

225 **Messineo**, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1952, pag. 131; **Ghiron**, *Della clausola penale e della caparra*, in *Comm. D'Amelio*, Firenze, 1948, pag. 537; **Gorla**, *Il contratto*, vol. I, Milano, 1955, pag. 243; **Scognamiglio**, *Risarcimento del danno*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XVI, Torino, 1969, pag. 19; **Trabucchi**, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1968, pag. 641; **De Cupis**, *Il danno*, Milano, 1979, pag. 517; **Gerbo**, *Clausola penale e danno*, in *Riv. Dir. Civ.*, vol. II, 1983, vol. II, pag. 207 e ss; **Rescigno**, 1980, pag. 607.

226 **Scognamiglio**, *Contratti in generale*, tratt. Vassalli, Vallardi, 1972, pag. 151; Relazione al Codice Civile, Libro delle Obbligazioni, 1941, n. 632: “*Il valore giuridico dato alla clausola penale dall'art. 1382 è quello di limitare il danno, salvo che le parti ne abbiano convenuto il risarcimento integrale*”.

227 **Polacco**, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, cit., pag. 613.

228 **A. Zoppini**, *La pena contrattuale*, cit., pag. 194.

L'orientamento di cui si discute sostiene fermamente che se lo scopo del legislatore fosse stato quello di introdurre un meccanismo di tipo *punitivo* e *sanzionatorio*, sarebbe stato allora più logico ammettere sia la dazione della somma dovuta a titolo di penale sia la contemporanea e automatica corresponsione del danno ulteriore; ma così, come noto, non avviene, dal momento che la risarcibilità del danno aggiuntivo deve essere appositamente pattuita dai contraenti.²²⁹

Una visione diversa da quella fatta propria dalla corrente dottrinale richiamata è quella proposta da altri Autori,²³⁰ i quali ritengono che la Relazione al codice civile non sia da interpretare in senso favorevole alla funzione risarcitoria o di determinazione preventiva del *quantum* della penale, bensì come chiaramente orientata ad assolvere una funzione "coercitiva". A sostegno delle varie argomentazioni, questa tesi rimarca come la Relazione testualmente riporti: "*La penale non può esaurire sempre l'importo dei danni, perché talvolta le parti non hanno, al momento del contratto, una nozione esatta della lesione patrimoniale che potrà derivare dall'inadempimento. Se la pena fosse considerata limite legale del risarcimento, si sarebbe frustrato (l'accennato) scopo di indiretta coazione che essa spiega: e infatti, quando l'importo della pena fosse inferiore al danno da risarcire il debitore non avrebbe in essa uno stimolo ad adempiere*".²³¹

Partendo dalle parole della Relazione, la corrente dottrinale *de qua* arriva a considerare la clausola penale alla stregua di una *pena privata*, sulla scorta del fatto che l'intenzione primaria della parte nel cui favore è introdotta la *stipulatio* sarebbe costituita dalla volontà di compiere una *pressione* sulla controparte al fine di garantirsi l'adempimento dell'obbligazione principale.²³²

229 Scognamiglio, *Contratti in generale*, cit., pag. 155.

230 Cfr. **Trimarchi**, *La clausola penale*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. III, Torino, pag. 11 e ss., il quale afferma: "*La funzione punitiva ci sembra insopprimibile. Essa ricorre sia nel caso in cui le parti dalla clausola (e più precisamente il creditore) vogliono ottenere l'adempimento dell'obbligazione principale e comminano, per la ipotesi in cui non si dovesse verificare, una situazione punitiva, e sia in quello in cui le stesse parti considerano l'eventuale risarcimento del danno*"; **Marini**, *La clausola penale*, Napoli, 1984, pag. 36; **Moscatti**, *Penale privata e autonomia privata*, in *Le pene private* a cura di Busnelli e Salfi, Milano, 1985, pag. 235 e segg.; **Mazzarese**, *Clausola penale*, artt. 1382-1384, Milano, 1999, pag. 199.

231 Relazione al Codice Civile, *Libro delle Obbligazioni*, 1941, n. 632.

232 Se, infatti, la pena privata è la sanzione comminata e inflitta al precipuo scopo di *prevenire* nuovi illeciti da parte dell'offensore (tale per cui si opera una generale persuasione alla correttezza

La dottrina di cui trattasi evidenzia, inoltre, come tale caratteristica sia resa palese laddove le parti introducano il patto sanzionatorio per tutelare i loro interessi non patrimoniali.²³³ In tali fattispecie, infatti, non essendoci parametri oggettivi di valutazione del danno, la scelta di introdurre un patto sanzionatorio (puramente *simbolico* del pregiudizio sofferto) perseguirebbe il solo scopo di *penalizzare* colui che si rende responsabile della mancata attuazione della prestazione.

I due orientamenti esposti hanno letteralmente diviso la scienza giuridica del novecento la quale, tuttavia, ha infine scelto di far prevalere la prima delle due teorie illustrate, a favore della visione che individua la clausola penale come strumento di determinazione anticipata e forfettaria del danno e come “schema tipico” che agevola il risarcimento.

Grazie alla pattuizione contenuta nella penale è possibile eliminare le incertezze e le difficoltà che si presentano al danneggiato nella richiesta di ristoro del pregiudizio subito, principalmente perché evita di sottostare alle lungaggini e al rischio del processo, e in secondo luogo in quanto consente di evitare il ricorso alla “discrezionalità” del giudice che potrebbe frustrare le aspettative del danneggiato.²³⁴ Tali inconvenienti, attraverso il patto sanzionatorio, sono eliminati in tronco.

Anche l’atteggiamento della giurisprudenza sul tema sembra complessivamente conforme alla tesi di quest’ultima dottrina.

nei rapporti sociali) la clausola penale dovrebbe, potenzialmente, spingere il debitore all’adempimento con l’obiettivo di evitare lo svantaggio derivante dall’obbligo di corrispondere una somma forfettaria, comunque dovuta per effetto dell’accordo, a riparazione del danno cagionato alla controparte. Cfr., sul tema, **Ponzanelli**, voce «Pena privata», in *Enc.giur. Treccani*, XXII, Milano, 1990, pag. 1 e egg.; **F. Galgano**, *Degli effetti del contratto*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1993, pag. 166; **Gallo**, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996, pag. 33 e segg.; **Moscatti**, *Pena privata*, cit., pag. 252.

233 **Cautadella**, *I contratti*, Milano, 1994, pag. 75; **Trimarchi**, *La clausola penale*, cit., pag. 13.

234 Ne tratta diffusamente **De Cupis**, cit., pag. 524. L’Autore rimarca che la clausola penale sarebbe posta a servizio sia dell’interesse creditorio che di quello debitorio, fungendo al contempo da liquidazione preventiva del pregiudizio senza necessità di prova (ed essendo, in ciò, disposta a favore del soggetto attivo) e da “limite” del quantum dovuto dal soggetto passivo (assurgendo, così, a strumento di tutela dell’interesse debitorio). Infatti, egli afferma: “*Forfettizzato il danno risarcibile nella misura fissata nella clausola penale, entrambe le parti conoscono anticipatamente ed esattamente l’entità della conseguenza giuridica dell’inadempimento: il debitore sa a cosa l’esporrà l’inadempimento, il creditore conosce la misura del relativo risarcimento. E dopo l’inadempimento è evitato ogni complicato calcolo [...] ed è risparmiata altresì la delicata valutazione dell’interesse leso*”.

Invero, nell'ambito giurisprudenziale, l'individuazione dell'esatta funzione della clausola penale non ha dato origine a una così marcata pluralità di orientamenti come, invece, avvenuto per le interpretazioni dottrinali.

Da un lato, infatti, solo isolate pronunce²³⁵ attribuiscono alla funzione della penale un valore sanzionatorio recuperando, secondo la tradizione romanistica più sopra richiamata, la funzione originaria della *stipulatio poenae*.

La posizione dominante, schierata - come accennato - a conforto della teoria della funzione risarcitoria,²³⁶ trae argomenti direttamente dalla lettera dell'art. 1382 c.c. che parla di *limite* del risarcimento. L'orientamento in esame riconosce, inoltre, alla clausola penale un'operatività più ampia rispetto alla semplice "forfettizzazione" della lesione per il caso di violazione del contratto, poiché il danneggiato ha diritto alla corresponsione dell'ammontare della pattuizione

235 Cfr. In particolare App. Bari, 23.10.1972. Inoltre, cfr. Cass. 26.06.2002, n. 9295, in *Giur. it.*, 2003, pag. 450 che, pur apparentemente schierandosi per la tesi opposta, non nega la validità della tesi che ravvisa la funzione meramente punitiva della penale ritenendo valida, comunque, la possibilità che le due funzioni coesistano.

236 Cass. 31.12.1953, n. 3872, in *Rep. Foro it.*, 1953, voce: *Obbligazioni e contratti*, pag. 200; Cass. 08.08.1962, n. 2465, in *Giust. Civ.*, 1963, vol. I, pag. 1127; Cass., 17.12.1976, n. 4664, in *Rep. Foro it.*, 1976, voce: *Contratto in genere*, pag. 217; Cass. 26.05.1980, n. 3443, in *Rep. Foro it.*, 1980, voce: *Contratto in genere*, pag. 217; Cass. 17.10.1985, n. 5122, in *Nuova giur. del lav.* 1986, n. 540; Cass. 04.06.1991, n. 6306, in *Corr. Giur.*, 1991, pag. 1217; Cass. 21.06.1995, n. 6976, in *Giur. it.*, 1996, vol. II, pag. 488; Cass., 22.11.2002, n. 16492 in *Giust. Civ.*, 2003, vol. I, pag. 1023; Cass., Sez. III, 19.01.2007, 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". Cass., Sez. II, 12.06.2008, 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"; Cass., 09.11.2009, n. 23706, in *Giust. civ. Mass.* 2009, fasc. 11, pag. 1569; Cass., 22.09.2011, n. 19358, in *Giust. civ. Mass.* 2011, fasc. 9, pag. 1327; Cass., 28.06.2012, n. 10953, in *Giust. civ. Mass.* 2012, fasc. 6, pag. 859; T.A.R. Roma Lazio, sez. II, 13.02.2013, n. 1555, in *Red. amm. TAR* 2013, fasc. 02;**

convenuta senza che su di lui incombano oneri di prova circa la misura del pregiudizio effettivo.

La clausola penale, dunque, solleva dall'onere della prova il creditore della prestazione in modo del tutto differente a quanto avverrebbe in sede di giudizio ordinario, dove l'azione volta alla condanna pecuniaria presuppone la prova del danno subito.

Le Corti tendono a escludere qualsiasi possibile analogia tra la clausola penale e i danni punitivi - c.d. "*punitive damages*" - che sono previsti senza limiti, ad esempio, nel diritto di *common law*. Nelle sentenze,²³⁷ si ribadisce che - per dogma generale del nostro ordinamento - i danni punitivi sono da ritenersi contrastanti con lo specifico principio di ordine pubblico secondo il quale il risarcimento del danno è istituito di natura (anche) ripristinatoria ma non propriamente sanzionatoria.

Sul tema, occorre dare contezza anche di sporadiche tesi intermedie che si sono sviluppate accanto ai due orientamenti dottrinali e giurisprudenziali più sopra illustrati: alcuni autori,²³⁸ supportati da una parte dei giudici di legittimità,²³⁹ hanno ritenuto opportuno, ad esempio, considerare la possibilità che la clausola penale cumuli in sé entrambe le funzioni (la c.d. "*funzione dualistica*"), ritenendo che le due finalità siano "*mutuamente esclusive ma congiuntamente esaustive*" e che gli scopi punitivo e risarcitorio siano coniugati in un'unica "*obbligazione penale*".²⁴⁰

237 Cfr. nota 239 che precede e inoltre: Cass. 26.02.2002, n. 9295, in *Giur. It.*, 2003, pag. 450; Cass. 06.11.1998, n. 11204, in *Mass. Giust. Civ.*, 1998, pag. 2285; Cass. 10.06.1991, n. 6561, in *Iuris data*, voce: *Obbligazioni e contratti. Clausole penali*; Cass. 20.07.1984, n. 5305, *ibidem*; Cass. 23.10.1979, n. 5537, in *Giust. civ. Mass.*, 1979, fasc. 10.

238 **F. Galgano**, in Galgano-Visintini, *Degli effetti del contratto*, in Comm. Scialoja Branca, Zanichelli, 1993, pag. 163.

239 Cass. 22.11.1976, n. 4386, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1977, vol. I, pag. 382; Cass. 13.07.1984, n. 4120, in *Rep. Foro it.*, 1984, voce: *Contratto in genere*, pag. 189.

240 **Mazzarese**, *Clausola penale*, in *Comm. al Cod. Civ.* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1999, 159 e 181 e segg., il quale propone un'impostazione omnicomprensiva delle due funzioni di clausola penale, lasciando implicitamente intendere che la funzione varia a seconda delle contingenze. Tale funzione, tuttavia, non potrà che oscillare tra la "punitiva" e la "risarcitoria". In giurisprudenza si richiama, in particolare, la già citata pronuncia di Cass. 26.06.2002, n. 9295, in *Giur. it.* 2003, pag. 450 (v. nota 236), secondo cui: "*Con la clausola penale i contraenti disciplinano gli effetti dell'inadempimento in modo diverso da quello stabilito dalla legge, concordando una preventiva e convenzionale liquidazione del danno. Tale conclusione non muta*

Altre opinioni dottrinali,²⁴¹ invece, giudicano vano lo sforzo volto a ricercare una funzione *tipica* a siffatta clausola in quanto essa, prestandosi a perseguire scopi differenti di volta in volta, non sarebbe suscettibile di *standardizzazione*. A parere di costoro le parti, infatti, si servono della clausola penale, indifferentemente, per creare convenzionalmente una sanzione altrimenti non garantita dall'ordinamento o per indurre il debitore ad adempiere (prevedendo un risarcimento del danno talvolta anche in misura superiore al danno prevedibile al fine di stimolare l'attuazione del rapporto) oppure, ancora, per limitare forfaitariamente il risarcimento a una somma prestabilita ed evitare controversie sulla misura del danno o su una sua parte.²⁴²

Attenta dottrina²⁴³ avverte, comunque, che la disputa sulla funzione rivestita dalla penale non ha una rilevanza meramente teorica perché l'esatta individuazione della stessa ha i suoi risvolti pratici sulla corretta delimitazione del potere riconosciuto al giudice di ridurre la penale eccessiva (art. 1384 c.c.).

5b) (segue) La facoltà di riduzione della penale

Come poc'anzi detto, il dibattito sulla funzione della clausola penale ha i suoi riflessi anche sul problema dell'individuazione del fondamento della riducibilità della penale stessa.

Il legislatore, all'art. 1384 c.c. ha stabilito che la penale eccessiva possa essere ridotta dal giudice in misura equitativa laddove ci sia stato un adempimento parziale dell'obbligazione principale oppure laddove l'importo determinato risulti essere manifestamente eccessivo.

per il fatto che in tale clausola può essere ravvisata anche una funzione punitiva, perché nella sua stipulazione si commina una sanzione per l'inadempimento, consistente in una prestazione che il contraente inadempiente dovrà effettuare all'altro indipendentemente dal danno sofferto da quest'ultimo".

241 **De Nova**, *Le clausole penali*, in Sacco-De Nova, In Contratto, in Trattato sacco, 2004, vol. II, Torino, pag. 161; **Gorla**, *Il contratto*, cit., pag. 244 n. 8 e 250; **G. Villa**, *Danno e risarcimento contrattuale*, in Trattato a cura di Roppo, vol. V, *Rimedi*, Milano, 2006, cap. IV, pag. 966 e ss..

242 Offre spunti di riflessione rilevanti sul tema dell'efficienza economica della clausola penale e relativamente all'allocazione del rischio **Pardolesi (e altri)**, in *Il Mercato delle regole*, Bologna 1999, pag. 332 e segg..

243 **Zoppini**, *La clausola penale e la caparra*, in *I contratti in generale* a cura di Enrico Gabrielli, in *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Torino, 1999, pag. 894.

La norma richiamata, così come si presenta nella codificazione odierna, è frutto della già illustrata evoluzione del sistema in tema di patti sanzionatori (cfr. *supra*, par. 5a); si ricorda, infatti, che nel vigore del codice del 1865 la possibilità di ridurre la penale è prevista solo nel caso di parziale adempimento. Il legislatore del '42, invece, modificando nettamente l'impostazione e valorizzando la tutela della volontà individuale, attraverso l'art. 1384 c.c. evidenzia l'esigenza di avere una pattuizione che corrisponda a una sanzione adeguata e proporzionale all'illecito presunto.

La *ratio* dell'art. 1384 c.c. è dunque ravvisabile nella necessità di correggere il potere di autonomia dei privati, riconducendolo a equità, e temperando gli opposti interessi.²⁴⁴

Il tema, come avvenuto per la questione riguardante la qualificazione della natura della clausola penale, origina dalle dissertazioni dottrinali che si pongono sullo sfondo storico del passaggio dalla vecchia alla nuova codificazione.

Una prima teoria, che esterna la propria preoccupazione per l'usura, sostiene che la possibilità di ridurre la penale debba sussistere ogniqualvolta vi sia sfruttamento dello stato di bisogno del debitore.²⁴⁵ Tale impostazione giustifica la diminuzione del *quantum* sulla base, dunque, della "mancanza di libertà" a cui il debitore è sottoposto nei casi in cui versi in uno stato di necessità che gli impedisca di scegliere serenamente le condizioni di contratto, comprese quelle inerenti la pena in caso di inadempimento.

244 **De Nova**, *Le clausole penali e la caparra confirmatoria*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, vol. X, Torino, 1995, pag. 408.

245 Cfr. **Marini**, *La clausola penale*, cit., pag. 138; **V.M. Trimarchi**, *La clausola penale*, cit., pag. 133. Per la giurisprudenza appare significativa Cass. 24.09.1999, n. 10511, che – richiamando la pronuncia di Cass. 3775/1994, afferma: "E proprio agli effetti della individuazione dei contenuti e della portata di tale controllo e, conseguentemente, del potere di intervento del giudice all'interno del contratto, è stato di recente affermato che "la legge pattizia non può ritenersi svincolata dal dovere di correttezza...che...si porge nel sistema come limite interno di ogni situazione giuridica soggettiva, attiva o passiva, contrattualmente attribuita, concorrendo quindi alla relativa conformazione in senso ampliativo o restrittivo rispetto alla fisionomia apparente,...per modo che non risulti disatteso quel dovere inderogabile di solidarietà che, applicato ai contratti, ne determina integrativamente il contenuto e gli effetti". La pronuncia è esaustivamente commentata in *Giust. Civ.*, 1999, vol. I, pag. 2929 ss., nonché in *Foro It.*, 2000, vol. I, pag. 1929 ss., con nota di A. Palmieri, *La riducibilità «ex officio» della penale e il mistero delle «liquidated damages clauses* e, infine, in *I Contratti*, 2000, fasc. 1, pag. 118 ss., con nota di G. Bonilini, *Sulla legittimazione attiva alla riduzione della penale*.

Secondo questa tesi, definita “*afflittiva*”, la previsione di un intervento riduttivo del giudice sarebbe volto a scongiurare ogni rischio di sopraffazione del soggetto passivo garantendo l’adeguatezza della sanzione e la proporzionalità rispetto all’inadempimento o al ritardo.²⁴⁶

Qualche Autore ha, invero, rilevato che il potere di riduzione accordato al giudice configura un vero e proprio *controllo* sull’esercizio del diritto del creditore, controllo che impedisce altresì alla clausola di essere in concreto *abusata* rispetto alla posizione oggetto di tutela.²⁴⁷

La riduzione della penale consente di evitare che il contraente chiamato a corrispondere la somma indicata nella clausola, sia indotto a prestare più di quanto reputato equo in relazione al pregiudizio effettivo del contraente insoddisfatto, favorendo un comportamento formalmente lecito ma sostanzialmente sleale da parte del creditore, in spregio dei principi di buona fede e correttezza.²⁴⁸

Un diverso orientamento opposto a quello sinora esposto segue linee direttive che si distaccano nettamente dall’idea che la riducibilità ex art. 1384 c.c. sia collegata all’intenzione di evitare abusi da parte del creditore. Tale corrente dottrinale, prendendo le mosse dalla suesposta tesi “*risarcitoria*”, ritiene che la clausola *de*

246 All’usura allude anche la Relazione del Guardasigilli al codice civile, al n. 632, che in commento all’art. 1384 afferma: “*si è conferito al giudice il potere di ridurre la penale eccessiva, ossia sproporzionata all’interesse che ha il creditore all’adempimento. Tale disposizione, fondata sull’equità, mira a contenere l’autonomia dei contraenti in modo da impedire che il risultato dell’accordo sia usurario*”. Sulla spiegazione della riducibilità della penale in termini di repressione del negozio usurario aveva concordato anche la Corte di Cassazione, in una decisione rimasta isolata, che ricollegava l’art. 1384 all’art. 1526, comma II, c.c.: si tratta della decisione 30.10.1959, n. 3185, in *Giur. it.*, 1960, vol. I, pag. 1361. Lo stesso principio è stato ripreso più di recente da una decisione del Tribunale di Milano, del 10.05.2006, n. 5414, che sancisce: “*Il potere discrezionale del giudice di ridurre l’importo della clausola penale inserita nei contratti è previsto in applicazione di un principio generale dell’ordinamento che intende rimuovere gli effetti di negozi obiettivamente riconducibili allo schema giuridico dell’usura, a salvaguardia non solo dell’interesse particolare del singolo debitore ma anche di quello generale, per impedire lo sconfinamento dell’autonomia privata oltre determinati limiti dell’equilibrio contrattuale.*”

247 Così **Tatarano**, *L’adeguamento della penale tra clausola e rapporto*, in *Quaderni della Rassegna di diritto civile diretta da Pietro Perlingieri*, Napoli, 2002, pag. 57.

248 Perlingieri sottolinea che il comportamento conforme ai canoni di buona fede e correttezza anche connesso alla possibilità di ridurre la penale eccessiva sarebbe applicazione del principio, più generale, di solidarietà costituzionale; cfr. **Perlingieri** e **Messinetti**, *Sub art. 2*, in *Commentario alla Costituzione Italiana*, a cura di Perlingieri, Napoli, 1997, pag. 6 ss.. In giurisprudenza cfr. Cass., 13.01.1993, n. 343, in *Giur. It.*, 1993, I, pag. 2129 ss., con nota di **Sicchiero**, *Sul fondamento costituzionale del principio di buona fede.*

quo, realizzando una determinazione preventiva della liquidazione del danno attraverso una valutazione *probabilistica* del pregiudizio, debba per questo necessitare di un successivo intervento correttivo più aderente al caso concreto.²⁴⁹

Tale operazione adeguatrice può essere certamente realizzato dalle stesse parti interessate o da un arbitro, ma, in assenza di accordo, si deve prevedere che essa sia affidata al giudice.

In questa prospettiva, l'intervento giudiziale sarebbe quindi volto ad adeguare la liquidazione del danno alla sua effettività, considerato l'interesse del creditore all'adempimento.

Il fondamento del potere di riduzione deve, dunque, essere colto nell'esigenza di "proporzione e giustizia" della sanzione, che è del tutto indipendente dalla concreta esistenza di situazioni di usura o, più genericamente, di circostanze idonee allo sfruttamento dell'altrui bisogno; la riducibilità, infatti, permette al giudice semplicemente di valutare i limiti nell'ambito dei quali l'autotutela del creditore può essere esercitata.²⁵⁰

La giurisprudenza,²⁵¹ copiosa in materia, ha confermato che la misura della penale debba essere determinata sia in rapporto alla volontà delle parti sia in misura adeguata all'obbligazione contrattuale inadempita, ravvisando il fondamento dell'art. 1384 c.c. nella riconduzione dell'autonomia privata nei limiti di meritevolezza per l'ordinamento.

Chiarito che il fondamento della riduzione della penale è connesso a un'esigenza di proporzione nei rapporti contrattuali, deve rilevarsi che sia nelle ipotesi di parziale adempimento sia in quella differente di manifesta eccessività dovrà aversi "*riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento*"; quest'ultimo

249 La tesi è introdotta dal pensiero di **Mirabelli**, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile*, IV, Torino, 1980, pag. 340 e riaffermata in giurisprudenza da Cass. 27.02.1996, n. 1541, in *Giur. It.*, 1997, vol. I, fasc.1, pag. 801 ss, con nota di Pellegrini, *Clausola penale, autonomia privata e poteri di controllo del giudice*; Cass., 26.03.1997, n. 2655, in *Rep. Foro It.*, 1997, voce *Contratto in genere*, pag. 804, n. 422

250 In questo senso: **Zoppini**, *La pena contrattuale*, cit., pag. 255; **Marini**, *La clausola penale*, cit., pag. 142.

251 Cfr. Cass. n. 24.04.1980, n. 2749, in *Giust. civ. Mass.* 1980, fasc. 4.; 04.12.1982, n. 6643, in *Giust. civ. Mass.* 1982, fasc. 12.; 09.06.1990, n. 5625, in *Giust. civ. Mass.* 1990, fasc. 6; 09.11.1994, n. 9304, in *Giur. it.*, Mass., 1994; Cass. 05.08.2002, n. 11710, in *I Contratti*, 2003, vol. I, pag. 363; Cass. 16.03.2007, n. 6158, in *Giust. civ. Mass.* 2007, fasc. 3; Cass. 16.02.2012, n. 2231, in *Diritto & Giustizia* 2012, n. 30.05.2012;

elemento assurge, pertanto, a criterio normativo di riferimento sia ai fini della riduzione, sia per l'individuazione dei casi in cui la penale possa dirsi manifestamente eccessiva.

Sul piano qualitativo, l'interesse cui fa riferimento la norma in commento è identificato dalla giurisprudenza come interesse di natura esclusivamente patrimoniale, ciò nel senso che ai fini dell'eventuale riduzione sarebbero privi di rilevanza “*gli ulteriori scopi, cui l'oggetto della prestazione avrebbe dovuto essere destinato, secondo gli intendimenti e gli interessi del creditore*”.²⁵²

Tuttavia, promuovendo una rilettura del sistema giuridico vigente alla luce del dettato costituzionale e in un ambiente, come quello attuale, dove grande importanza è data alla tutela della persona umana quale valore centrale dell'ordinamento giuridico,²⁵³ la dottrina propone di tenere in considerazione la valorizzazione dell'interesse non patrimoniale del creditore qualora questo sia ritenuto meritevole di tutela.²⁵⁴

Valorizzare solo quanto possa dirsi economicamente valutabile renderebbe irrilevante la clausola penale pattuita ogniqualvolta l'interesse non appaia riconducibile al concetto di patrimonialità ma sia considerato di non scarsa importanza per uno dei contraenti.

252 Così Cass., 21.04.1965, n. 699, in *Giust. Civ.*, 1965, vol. I, pag. 1339 ss.; cfr. anche Cass., 21.10.1991, n. 1115, in *Rep. Foro It.*, 1991, voce *Contratto in genere*, pag. 673, n. 306; Cass. 05.08.2002, n. 11710, cit. (v. nota che precede); Trib. Milano, 10.05.2006, n. 5414, in *Il merito* 2007, fasc. 3, pag. 39; Trib. Milano, 10.01.2005, in *Lavoro nella giur. (II)*, 2005, pag. 996. In senso contrario si rinvencono, tuttavia, datate pronunce della giurisprudenza: Cass. 21.04.1965, n. 699, in *Giur. It.*, 1965, vol. I, pag. 1339; Cass. 23.10.1979, n. 5537, in *Giur. it.*, 1979; Cass. 21.10.1991, n. 11115 in *Rep. Foro it.*, 1991, voce: *Contratto in genere*, pag. 306.

253 Tesi a cui è stata data nuova vita e valorizzazione da **Perlingieri**, *La personalità umana nell'ordinamentogiuridico*, Camerino-Napoli, 1972, pag. 11 ss.; *Id.*, «*Depatrimonializzazione*» e *diritto civile*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1983, pag. 3 ss..

254 **Magazzù**, *Clausola penale*, cit., pag.195; **R. Sacco e G. De Nova**, *Il Contratto*, cit., pag. 170; **Marini**, *La clausola penale*, Napoli, 1984; **Trimarchi**, *Clausola penale*, in *Noviss. Dig. It.*, III, Torino, 1959, pag. 351 e ss.; **Zoppini**, *La pena contrattuale*, cit., pag. 262 ss. per il quale: “*il riferimento all'interesse del creditore ha riguardo all'interesse nella sua dimensione concreta, ossia non differisce dall'interesse che il creditore mirava a realizzare attraverso la prestazione principale e a tutelare attraverso la clausola penale. O forse, più esattamente, si tratta dell'interesse a che non si produca il pregiudizio ... infatti la nozione così delineata è comprensiva anche degli interessi non patrimoniali, e quindi ideali, che si collegano all'esatto adempimento*”.

Così facendo, verrebbe meno la funzione di assicurare l'adempimento della promessa che risponde a esigenze morali o ideali, con la conseguenza che: “*la promessa, senza la clausola, resterebbe priva di sanzione*”.²⁵⁵

Occorre tuttavia circoscrivere la tutela degli interessi non economici a quelli che non appaiano seri o sembrino capricciosi.

Entra in gioco, così, la valutazione di meritevolezza che pone le sue basi nell'art. 1322 c.c..

Riferimento normativo essenziale ai fini del conferimento di importanza agli scopi non patrimoniali è il più volte richiamato art. 1174 c.c., ove si contempla l'interesse del creditore quale elemento fondamentale del rapporto obbligatorio; interpretando l'interesse di cui tratta l'art. 1384 c.c. ai sensi del precedente art. 1174 c.c., è conseguentemente possibile, ai fini della riduzione, dare rilievo anche alle aspettative non economiche.²⁵⁶

Attenta dottrina²⁵⁷ osserva che, se in virtù del disposto di cui all'art. 1174 c.c. si possono includere nell'impegno obbligatorio e contrattuale anche obblighi di protezione e interessi aventi natura anche ideale o non pecuniariamente valutabile, si può validamente ipotizzare che il giudizio di responsabilità, conseguente alla violazione di impegni che abbiano, appunto, natura non economica, sia volto ad accertare anche la risarcibilità del danno non patrimoniale.

La giurisprudenza, come visto, nega categoricamente tale assunto e conclude sulla totale inconferenza di interessi non patrimoniali nella valutazione del giudice a maggior ragione tenuto conto della loro “*incommensurabilità*” che costituisce un ostacolo insormontabile per determinare il “valore” dell'eccessività.

Prestigiosa dottrina,²⁵⁸ però, orientata in senso opposto alla visione delle Corti,

255 Così **Gorla**, *Il contratto*, vol. I, cit., pag. 242, il quale rimarca come la funzione della penale, in queste fattispecie dove a essere protagonisti sono interessi non patrimoniali, sia quello di creare: “*una sanzione assolutamente mancante nell'ordinamento giuridico*”; cfr. altresì **Tatarano**, *L'adeguamento della penale tra clausola e rapporto*, cit., pag. 106; **Gabrielli**, *Clausola penale e sanzioni private nell'autonomia contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, pag. 926-928; **Marini**, *La clausola penale*, cit., pag. 146; **Zoppini**, *La pena contrattuale*, cit., pag. 266; **Medici**, *Clausola penale, manifesta eccessività e riduzione giudiziale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, pag. 335 e pag. 339.

256 **Gorla**, *Il contratto*, vol. I, cit., pag. 258.

257 **Marini**, *La clausola penale*, cit., pag. 6.

258 **Perlingieri**, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, pag. 11 e ss.

argomenta che, invece: “È proprio in questi casi (in cui si tratti di un interesse non patrimoniale, ndr) che il giudice dovrà decidere sulla base del suo apprezzamento, alla luce delle concezioni correnti nella coscienza sociale”,²⁵⁹ considerato che: “pur nella consapevolezza della ineliminabilità del momento economico negli istituti patrimoniali del diritto privato, si deve prendere atto che gli stessi non costituiscono più normative immutabili: ora travolti dalla loro incompatibilità con i principi di rango costituzionale, ora esautorati o integrati dalla legislazione speciale e comunitaria; sempre tuttavia protesi ad adeguarsi ai nuovi valori nel passaggio da una giurisprudenza civile degli interessi patrimoniali a una giurisprudenza civile più attenta ai valori esistenziali”.

La discussione sul punto resta, ad oggi, ancora irrisolta seppure la tendenza attuale sia verso una depatrimonializzazione del diritto civile, e quindi rivolta ad avvalorare tecniche e tesi giuridiche attente alla considerazione e valorizzazione di quanto non abbia una matrice di tipo economico.

Dottrina e giurisprudenza²⁶⁰ si trovano, invece, uniformemente orientate sul tema

259 **Marini**, *La clausola penale*, cit., pag. 148.

260 Cass. 21.04.1965, n. 669, in *Giust- civ.*, 1965, vol. I, pag. 1339; Cass. 17.08.1973, n. 2349, in *Rep. Foro it.*, voce *Contratto in generale*, n. 283; Cass. 29.03.1976, n. 1130, in *Riv. Giur. it.*, 1976, voce: *Obbligazioni e contratti*, n. 170; Cass., 25.06.1981, n. 4146, in *Rep. Foro It.*, voce *Contratto in generale*, pag. 632, n. 234; Cass. 21.10.1991, n. 11115, cit. (v. nota 244); Cass. 26.03.1997, n. 2655, in *Rep. Foro it.*, pag. 804, n. 422 e Cass., 03.09.1999, n. 9298, in *Gius*, 1999, pag. 2788 ss.; Cass., 05.08.2002, n.11710, in *Contratti*, 2003, vol. 1, pag. 37; Cass. 10.07.2003, n. 10848, in *Dir. Fall.*, 2004, fasc. 3-4, pag. 443; Cass., Sez. lavoro, 04.04.2006, n. 7835, in *Contratti*, 2007, vol. 1, pag. 17; Cass., 09.05.2007, n.10626, in *Contratti*, 2007, fasc. 8-9, pag. 790; Cass. Sez. II, 01.07.2009, n. 15468, in *I Contratti*, 2010, pag. 45; conferma da ultimo tale visione, Cass. 16.02.2012, n. 2231, in *Diritto e Giustizia*, nonché Cass. 20.12.2012, n. 23621, massimata, banca dati *Juris data*, *De jure*, secondo le quali: “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 c.c., 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”. In tal senso, in dottrina, v., *ex multis*, **Miccio**, *L’eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione nella clausola penale e i limiti della sua rilevanza*, in *Giur. Civ. Comm.*, 1951, vol. II, pag. 224; **Mirabelli**, *Dei contratti in generale*, Commentario del Codice civile, Torino, 1961, pag. 342; **Zoppini**, *La pena contrattuale*, cit., pag. 270; **Bonilini**, *Regole applicative in tema di clausola penale*, in *Contratti*, 1996, fasc. 6, pag. 545; **De Nova**, voce *Clausola penale*, cit., 381, il quale sottolinea come si debba guardare all’interesse che il creditore aveva all’adempimento, al momento della conclusione del contratto, e non al danno in concreto provocato dall’inadempimento; **Andreani**, *Riduzione della penale e valutazione dell’interesse del creditore*, in *I Contratti*, 2003, pag. 340 ss.; **Medici**, *Clausola penale, manifesta eccessività e riduzione giudiziale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, pag. 335; **Maniaci**, *Clausola penale eccessiva: «inefficacia» o riducibilità?*, in *Contratti*, 2005, fasc. 12, pag. 113; **Molfese**, *La clausola*

del “tempo” a cui riferire la valutazione di eccessività in esame.

Esse, nell'alternativa tra il *tempo della stipulazione* e il *tempo dell'attuazione della clausola*, scelgono di orientarsi verso il momento temporale dell'accordo, considerando del tutto indifferente l'eventuale sproporzione e, quindi, l'eccessività verificatasi a causa di vicende successive alla sottoscrizione.

Questa ricostruzione si basa sul tenore letterale dell'articolo 1384 c.c., che si esprime all'imperfetto. Da ciò si desumerebbe, per un Autore,²⁶¹ una cristallizzazione dell'interesse del creditore al momento genetico del contratto.

La *ratio* della norma consisterebbe, essenzialmente, nell'individuare la manifesta eccessività seguendo i parametri valutativi propri dell'alveo temporale in cui la clausola nasce. Se il legislatore avesse voluto fare riferimento al tempo dell'inadempimento o, comunque, al momento in cui il patto riceve esecuzione, si sarebbe potuto limitare a scrivere che la valutazione deve fare riferimento: «*all'interesse del creditore all'adempimento*», senza nulla specificare.

La Corte di Cassazione, ugualmente, afferma in modo ormai costante il seguente principio: “*qualora sia richiesta la riduzione della clausola penale, sulla premessa che il suo ammontare è manifestamente eccessivo, il giudice deve valutare l'ammontare della penale avendo riguardo all'interesse che, al momento della stipulazione della clausola il creditore aveva all'adempimento del contratto e non già al danno derivante dal suo inadempimento*”.²⁶²

Si nota, invero, come una minoritaria opinione²⁶³ faccia emergere il totale contrasto fra l'impostazione *de qua* e la Relazione al codice civile²⁶⁴ la quale parrebbe suggerire, invece, una valutazione dell'interesse del creditore al tempo

penale, in *Giur. It.*, 2008, pag. 2.

261 **Mazzarese**, *Clausola penale*, cit., pag. 636.

262 Cfr. giur. cit. nota 261.

263 Così **M. Trimarchi**, *Clausola penale*, cit., pag. 136; cfr. anche **Gorla**, *Il contratto*, 1955, cit., pag. 257; **Marini**, *La clausola penale*, cit., pag. 159; **Calvo**, *Il controllo della penale eccessiva tra autonomia privata e paternalismo giudiziale*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2002, pag. 320; in giurisprudenza: Cass. 21.09.1979, n. 4859, in *Massim. Foro it.*, 1979; Cass., 04.12.1982, n.6643, in *Mass. Giur. It.*, 1982; Cass., 09.06.1990, n. 5625, in *Mass. Giur. It.*, 1990; Cass., 14.04.1994, n. 3475, in *Mass. Giur. It.*, 1994; Cass., 09.11.1994, n. 9304, in *Mass. Giur. It.*, 1994.

264 Relazione al codice civile, n. 632, secondo cui il giudice deve avere riguardo all'interesse che il creditore <<ha>> (e non aveva, come nella lettera dell'art. 1384) all'adempimento.

dell'esazione della penale (con implicito riferimento al pregiudizio concreto - e non solo potenziale - che potrebbe subire chi riceve, a causa dell'inattuazione del programma contrattuale, la somma stabilita), mostrando maggiore propensione ad attualizzare l'interesse conferendo al giudice un'ampia sfera di indagine che va dalla conclusione del contratto e della clausola penale alla fase patologica del rapporto.

Se l'art. 1384 c.c., infatti, mira a evitare un eccessivo squilibrio delle prestazioni non si comprende per quale motivo la valutazione in ordine all'eccessività della penale debba essere ancorata al solo momento genetico del contratto limitandosi dunque a considerare il profilo (statico) dell'atto, e non anche quello (dinamico) del rapporto che può mutare l'assetto degli interessi coinvolti. Del resto, dei fatti sopravvenuti alla sottoscrizione sembra tenere in conto lo stesso legislatore nel momento in cui, ai fini della riduzione della penale, riconosce rilevanza anche al parziale adempimento dell'obbligazione principale da parte del debitore.²⁶⁵

La dottrina sostenitrice della tesi opposta,²⁶⁶ però, sostiene contrariamente che accertare la portata dell'interesse del creditore all'adempimento nel momento finale in relazione ai danni effettivamente patiti vorrebbe dire palesemente abrogare il secondo comma dell'art. 1382, il quale dispone che la penale è dovuta *indipendentemente dalla prova del danno*.

E infatti, stando alla lettera del codice e volendo esemplificare, quando è pattuita una penale di 100, ma il danno effettivamente subito sia inferiore (ad esempio solo 70), la somma da corrispondersi sarebbe comunque 100.

Del resto, come anche recentemente rilevato dai giudici di legittimità,²⁶⁷ anche laddove il debitore abbia parzialmente adempiuto la propria obbligazione, il

265 **Mazzarese**, *Clausola penale*, cit., pag. 636; **Tatarano**, *L'adeguamento della penale tra realtà e rapporto*, cit., pag. 104.

266 Così **De Nova**, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di Sacco, Torino, 2004, pagg. 170-171; sostiene la tesi dell'Autore anche Cass., 10.07.2003, n. 10848, in *Società*, 2004, pag. 183 ss. che suggerisce la valutazione dell'effettiva incidenza dell'inadempimento sull'equilibrio delle prestazioni e sulla concreta situazione contrattuale; **Gandolfi**, *Nota sul potere di riduzione ad equità della clausola penale*, in *Giur. It.*, 2006, pag. 12. È rimasta così abbandonata l'opinione secondo cui la manifesta eccessività andrebbe valutata con riguardo al danno conseguito all'inadempimento (Cfr. **De Cupis**, *Il danno, Teoria generale della responsabilità civile*, cit., pag. 529).

267 Cass. Sez. II, 01.07.2009, n. 15468, cit.

giudice non deve mai procedere a “*un’automatica riduzione della penale*”, ma deve, invece, sempre tenere in debita considerazione il prevalente interesse del creditore all’adempimento integrale della prestazione, nell’ottica dell’economia del contratto ricondotta al tempo della conclusione del contratto, senza che alcuna verifica in merito al danno possa incidere sul processo di riduzione.

6) L’interesse nei rapporti negoziali: applicazioni peculiari dell’art. 1174 c.c.

6a) Le donazioni e lo spirito di liberalità

Il tema dell’interesse non patrimoniale e della causa negoziale, affrontati diffusamente dalla dottrina e giurisprudenza, assumono sfaccettature particolari se riferiti alla materia delle donazioni, istituto caratterizzato per la presenza di un elemento che incide profondamente sulla causa negoziale: lo *spirito di liberalità*. Esso è definito dalla dottrina maggioritaria²⁶⁸ quale intento di soddisfare un interesse non patrimoniale del donante, significativo della volontà di attribuire un beneficio a un terzo, senza che vi sia un obbligo giuridico di farlo. Ciò che spinge a un tale atto nei confronti del beneficiario è il c.d. *animus donandi*, ossia la motivazione per la quale l’atto donativo viene compiuto. Per potersi correttamente parlare di donazione, l’intenzione di beneficiare per spirito di liberalità deve possedere connotati non economici: se il donante, infatti, fosse animato da scopi a sé favorevoli e di natura patrimoniale, lo stesso *animus donandi* verrebbe meno,²⁶⁹ poiché lo scopo del contratto, come per altri negozi, sarebbe inerente alla soddisfazione della propria persona.

Sul punto, però, si registrano anche opinioni discordanti; qualche Autore,²⁷⁰ infatti, sostiene (in una visione del tutto opposta alla prima) che la donazione, genericamente diretta a perseguire un interesse non patrimoniale del donante

268 **Cian**, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, cit., pag. 201 e ss.; **Azzariti**, *Scrittura privata con firme non autenticate (...)*, in *Giur. It.*, 1989, I, pag. 258 e ss.; **Donisi**, *Verso la depatrimonializzazione del diritto privato*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1980, pag. 644; **Majello**, *L’interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi*, Napoli, 1962, pag. 109; **D’Ettore**, *Intento di liberalità e attribuzione patrimoniale*, Milano, 1996, pag. 64 e ss..

269 Cfr. **Majello**, *L’interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi*, cit., pag. 110.

270 **Checchini**, *L’interesse a donare*, cit., pag. 265; Id., *Rapporti non vincolanti e regole di correttezza*, Padova, 1977, pag. 212; **Franchi**, *Appunti di diritto privato*, Rimini, 1985, pag. 112.

(morale, religioso, remuneratorio), può anche essere compiuta perchè idonea a rispondere a un suo interesse di natura patrimoniale, senza che questa faccia venir meno il carattere donativo a beneficio del terzo.

L'opinione in commento si basa sul fatto che, in realtà, non rileverebbe la natura "patrimoniale o non patrimoniale" dell'*animus domandi* ma solo il generico interesse di "arricchire il donatario", che rappresenta l'obiettivo perseguito in via immediata con l'atto di liberalità e che è la *causa* (intesa in senso tipico) del negozio stesso.

La funzione dell'atto negoziale donativo, in sé, è quella esclusiva di procurare al donatario l'accrescimento del suo patrimonio mediante l'assunzione di un'obbligazione, o attraverso la disposizione di un proprio diritto, attuata senza alcun corrispettivo.²⁷¹

Non conterebbe affatto la circostanza che il donante sia animato esclusivamente dalla volontà di beneficiare il donatario o che sia mosso anche dall'obiettivo di soddisfare un proprio interesse di natura economica: per l'esistenza della donazione sul piano giuridico è sufficiente la semplice intenzione di arricchire.²⁷²

Del resto, gli atti di liberalità coprono un vasto fronte del mondo delle relazioni giuridiche; per tale motivo essi possono comprendere sia fattispecie caratterizzate dall'esclusiva volontà di arricchire il beneficiario sia manifestazioni di volontà idonee a dare soddisfazione agli impulsi (economici o non patrimoniali) dell'animo dell'agente.

Affinché questo avvenga correttamente, tuttavia, occorre elevare a elementi determinanti del consenso, introducendoli nella causa negoziale, tutti gli interessi del disponente immediatamente realizzabili mediante l'atto di disposizione.²⁷³

All'esistenza di tali interessi è assegnata rilevanza nel momento in cui il donatario riceve l'attribuzione patrimoniale *consapevole dell'intento liberale altrui*, edotto quindi del fatto che, attraverso la donazione disposta a suo favore, la controparte

271 **D'Ettore**, *Intento di liberalità e attribuzione patrimoniale*, cit., pag. 65.

272 **Biondi**, *Le donazioni*, Trattato di diritto civile italiano, Torino, 1961, pag. 72 e 97; **Amadio**, *La nozione di liberalità non donativa nel codice civile*, in *Liberalità non donative e attività notarile. I quaderni della fondazione italiana per il Notariato*, 2008, pag. 18 ss.

273 **F. M. D'Ettore**, *Intento di liberalità e attribuzione patrimoniale*, cit., pag. 68.

riceva un'immediata soddisfazione anche del proprio interesse non patrimoniale.²⁷⁴

In definitiva, l'interesse del donante può qualificare l'attribuzione attuata in esecuzione di un contratto di donazione esattamente al pari di una qualsiasi prestazione oggetto di obbligazione (cfr. art. 1174 c.c.).²⁷⁵

Sarà dunque l'indagine sulla causa dell'attribuzione, intesa in concreto e in senso economico individuale (cfr. *supra*, cap. II, par. 1d), a consentire, senza difficoltà, di attribuire rilevanza a tutte le finalità direttamente perseguite dalle parti con l'atto negoziale e in esso obiettivizzate.²⁷⁶

Più correttamente, allora, si deve parlare di *ragione concreta dell'atto*, la cui caratterizzazione primaria è costituita dallo scopo pregnante per il contratto e determinante del consenso.²⁷⁷

6b) (segue) L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzo

Altra tematica degna di considerazione circa l'interesse che anima i protagonisti del rapporto negoziale è rappresentata dalle dissertazioni in tema di contratto a favore di terzo.

Le sue origini, come accade per la gran parte degli istituti che caratterizzano il nostro ordinamento, sono antiche. Tale figura, ormai affermata in tutti i moderni ordinamenti di *Civil law*, non era invece ammessa, per regola generale, nel diritto romano dove alle parti contraenti era fatto divieto di far sorgere in capo ad un terzo il diritto di esigere la prestazione dedotta nel loro contratto.

Più precisamente, l'acquisto del diritto era escluso in virtù della massima espressa in Gai. 2, 95: “...*et hoc est quod vulgo dicitur per extraneam personam nobis*

274 **Alpa**, *Atto di liberalità e motivi dell'attribuzione*, in Riv. Trim. Dir. Civ., 1972, pag. 354; **Ferrando**, *Spirito di liberalità*, in Giur. it., 1974, vol. I, pag. 739 e ss.; **Oppo**, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, pag. 53 e 174.

275 **Biscontini**, *Il problema della donazione mista*, Ed. scientifiche italiane, Camerino, 1984, pag. 148 e 149.

276 **G. B. Ferri**, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., pag. 110 e pag. 249;

277 **Bianca**, cit., pag. 425, 433-435; **F. M. D'Ettore**, *Intento di liberalità e attribuzione patrimoniale*, cit., pag. 83; 277 **Palazzo**, *Atti gratuiti e donazioni*, in Trattato di diritto civile, sez. I singoli contratti, diretto da Sacco, Torino, 2000, pag. 120 e 141; Id., *Le donazioni*, in Commentario diretto da P. Schlesinger, cit., pag. 13 e ss.

*adquiri non posse...*²⁷⁸ la quale sancisce esplicitamente l'invalidità della stipulazione in favore del terzo (*alteri stipulari nemo potest*).²⁷⁹

La netta presa di posizione trova la sua giustificazione teorica nel principio della *stretta personalità dell'interesse*²⁸⁰, nell'egoismo sostanziale degli scambi del periodo che mirano prevalentemente a un arricchimento patrimoniale individuale di chi contrae.²⁸¹

Ma il rigore del formalismo romano, col tempo, si placa.

Infatti, tra la fine del periodo del Principato e l'inizio del Dominato, si prevedono, sulla base di specifiche valutazioni equitative, alcuni casi in deroga al divieto generale in cui è possibile concedere a terzi diritti azionabili in virtù di patti conclusi in loro favore da due parti a sè estranee: si ammette, ad esempio, la validità del patto con cui si prevede che il depositario debba restituire a un terzo la cosa avuta in deposito (cfr. C. 3, 42, 8) anziché al depositante; oppure la validità (e la conseguente azionabilità) dell'onere imposto al donatario di restituire la *res donata*, dopo un certo tempo, a un terzo (cfr. C. 8, 54, 3).²⁸²

Nonostante il tentativo esperito dal diritto giustiniano di *ammorbire* il sistema, la rigida e formale regola romana viene, poi, sostanzialmente, riaffermata nelle tradizioni giuridiche e storiche successive.

Si deve solo al contributo di Ugo Grozio, nel XVII secolo, l'affermazione della piena ammissibilità, in conformità al diritto naturale (nel quale essenziale

278 Contenuta nel testo ulpiano dei libri *ad Sabinum*, riprodotto in D. 45, 1, 38, 17.

279 La portata della regola *alteri stipulari nemo potest* incontra un limite, esplicitato nello stesso testo ulpiano, per le stipulazioni degli schiavi e dei discendenti in potestà: i *fili* e i *servi* - come è noto - non avevano personalità giuridica e gli effetti degli atti da loro compiuti non potevano di norma imputarsi a loro ma all'avente potestà, secondo il moderno schema della rappresentanza organica. Sull'origine della regola *alteri stipulari nemo potest* e sul suo collegamento con il principio dell'interesse cfr. **P. M. Vecchi**, *La stipulazione a favore di terzi da figura eccezionale a strumento generale*, in *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica*, IV Congresso internazionale ARISTEC (Roma, 13-16 settembre 1999), Torino, 2001, pag. 278-279; **Luchetti**, *Nuove ricerche sulle Istituzioni di Giustiniano*, Milano, 2004, pag. 89.

280 Così come espresso nello stesso testo di D. 45, 1, 38, 17, (...*inventae sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest...*).

281 **Tartufari**, *Dei contratti a favore di terzi*, Verona, 1889, pag. 10; **Perozzi**, *Istituzioni di diritto romano*, Roma, 1928, vol. II, pag. 217 ss; **Bonfante**, *Il contratto a favore di terzi*, in *Studi per il XIV centenario della codificazione giustiniana*, Pavia, 1934, pag. 209 e ss.

282 **Luchetti**, *Nuove ricerche sulle Istituzioni di Giustiniano*, cit., pag. 95.

rilevanza è data al consenso e agli intendimenti di chi negozia), del contratto a favore di terzo.²⁸³

Si evidenzia che le tesi sul diritto naturale non comportano immediatamente un generalizzato superamento della concezione romana la quale, anzi, resiste efficacemente grazie al perdurante ossequio che le portano la scienza giuridica francese settecentesca²⁸⁴ nonché alcuni esponenti della Pandettistica tedesca durante il XIX secolo.²⁸⁵

A titolo esemplificativo, l'atteggiamento conservatore nei confronti della tradizione è manifesto nella dottrina di Pothier che si riversa nel (già più sopra richiamato) Code civil; in esso, infatti, si sancisce la regola generale sull'invalidità delle stipulazioni a vantaggio altrui (art. 1165)²⁸⁶ e si individuano due sole eccezioni (di cui si fa parola all'art. 1121) direttamente tratte dalla tradizione romanistica: la donazione in cui sia previsto un *modus* a favore di un terzo, e il caso in cui il promittente, che abbia beneficiato di una prestazione da parte dello stipulante, prometta una controprestazione a quest'ultimo o a un terzo.

283 **Hugonis Grotii**, *De jure belli ac pacis libri tres...*, Amsterdam, 1701, in versione italiana a cura di **De Sanctis**, *Grozio: diritto naturale e diritto civile. Note introduttive al De jure belli ac pacis*, Napoli, Istituto Suor Orsola Benincasa, 1994, pag. 61.

284 Della quale fa parte **Pothier**, *Traité des obligations*, in *Œuvres*, vol. I, Bruxelles, 1831, in specie pag. 17, n. 54: *Lorsque j'ai stipulé quelque chose de vous pour un tiers, la convention est nulle; car vous ne contractez par cette convention aucune obligation ni envers ce tiers ni envers moi. Il est évident que vous n'en contractez aucune envers ce tiers; car c'est un principe, que les conventions ne peuvent avoir d'effet qu'entre les parties contractantes, et qu'elles ne peuvent par conséquent acquérir aucun droit à un tiers qui n'y était pas partie... Vous ne contractez non plus, par cette convention, aucune obligation civile envers moi; car ce que j'ai stipulé de vous pour ce tiers, étant quelque chose à quoi je n'ai aucun intérêt qui puisse être appréciable à prix d'argent, il ne peut résulter aucuns dommages et intérêt envers moi du manquement de votre promesse...*

285 Cfr., fra gli altri, **Brinz**, *Lehrbuch der Pandekten*, vol. III, cit., pag. 1624 e ss. Per una panoramica dottrinale generale sull'argomento cfr. **Vecchi**, *La stipulazione a favore di terzi*, cit., pag. 280.

286 L'articolo in commento testualmente prevede: *“Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point aux tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121.”* L'evoluzione interpretativa compiutasi ad opera della giurisprudenza francese trova ora riscontro nella diversa formula adottata nell'art. 137 del *Projet de réforme du droit des contrats* del 2008, che fa esplicitamente salva, nel suo insieme, la disciplina del contratto a favore di terzo (artt. 142-146): *“Le contrat n'a d'effet qu'entre les parties. Il n'a pas d'effet à l'égard des tiers qui ne peuvent ni en demander l'exécution ni se voir contraints de l'exécuter sous réserve des dispositions de la présente section.”* La norma dell'art. 1165 ha il suo corrispondente nel diritto italiano all'art. 1372 del Codice civile del 1942: *Il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge.* Cfr. sul punto **Zimmermann**, *Lo ius commune e i Principi di diritto europeo dei contratti: rivisitazione moderna di un'antica idea*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2009, pag. 119 e ss.

Ancora più tradizionalisti del Legislatore francese sono i compilatori dell'ABGB austriaco, il quale si limita sostanzialmente a riaffermare la regola del diritto romano e a negare rilevanza al contratto sottoscritto per beneficiare il terzo.²⁸⁷

Del tutto uniformemente al quadro delineato, sintomi di *tradizionalismo* sono emergenti anche dalla legislazione degli stati preunitari italiani,²⁸⁸ che rimane assolutamente fedele all'impostazione del *Code Napoléon* al quale pedissequamente si conformerà anche il primo legislatore dell'Italia unitaria.²⁸⁹

E' così, infatti, che il codice civile del Regno, all'art. 1128, dispone: “*Nessuno può stipulare in suo proprio nome, fuorché per sé medesimo. Tuttavia può ciascuno stipulare a vantaggio di un terzo, quando ciò formi condizione di una stipulazione che fa per se stesso, o di una donazione che fa ad altri. Chi ha fatta*

287 Nella traduzione ufficiale italiana fatta per il Lombardo-Veneto il § 881 dell'ABGB infatti così recita: *Eccettuati i casi determinati dalla legge, niuno può fare od accettare per altri una promessa. Se però alcuno ha promesso di adoperarsi presso un terzo, od ha persino garantito la riuscita, dovrà soddisfare all'obbligazione a misura della sua promessa.* Cfr. sul punto Vecchi, *La stipulazione a favore di terzi*, cit., pag. 283.

288 Cfr. **Codice civile Albertino**, art. 1208: “*Si può egualmente stipulare a vantaggio di un terzo, quando tale sia la condizione contenuta in una stipulazione che si fa per se stesso, o in una donazione che si fa ad altri, senza pregiudizio però delle formalità prescritte per le donazioni ove ne sia il caso. Colui che ha fatta questa stipulazione non può più rivocarla se il terzo ha dichiarato di volerne approfittare.*”; art. 1209: *Si presume che ciascuno abbia stipulato per se e per i suoi eredi ed aventi causa, quando non siasi espressamente convenuto il contrario, o ciò non risulti dalla natura della convenzione.* **Codice civile per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla**, art. 1093: “*Ciò non ostante può alcuno obbligarsi verso un altro, promettendo il fatto di una terza persona; ogniqualvolta però la terza persona ricusi di prestarsi all'esecuzione dell'obbligazione, il creditore avrà soltanto il regresso per l'indennità contro quello che si è in tal modo obbligato, o che ha promesso di far ratificare.*”; art. 1094: “*E' valida egualmente, quando essa costituisca il modo o la condizione sia d'una stipulazione che si fa per se stesso, sia d'una donazione che si fa ad altri: colui che ha fatta questa stipulazione non può più rivocarla, se il terzo ha dichiarato di volerne approfittare.*”; art. 1095: “*Si presume che ciascuno abbia stipulato per se e per li suoi eredi ed aventi causa, quando non siasi espressamente convenuto il contrario, o ciò non risulti dalla natura della convenzione.*” **Codice pel Regno delle due Sicilie**, art. 1075: “*Si può egualmente stipulare a vantaggio di un terzo, quando ciò formi condizione di una stipulazione che si fa per se stesso, o di una donazione che si fa ad altri. Colui che ha fatto questa stipulazione, non può più rivocarla, se il terzo ha dichiarato di volerne approfittare*”; art. 1076: “*Si presume che ciascuno abbia stipulato per se, pe' suoi eredi, o per quelli che hanno causa da lui, quando non siasi espressamente convenuto il contrario, o ciò non risulti dalla natura della convenzione.*” Sulle caratteristiche dell'evoluzione normativa cfr. **Majello**, *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi*, Napoli, 1962, pag. 5 e ss.

289 Art. 1121 del Codice Civile del 1865: “*Si può egualmente stipulare a vantaggio d'un terzo, quando tale sia la condizione contenuta in una stipulazione che si fa per se stesso o in una donazione che si fa ad altri. Colui che ha fatta questa stipulazione, non può più rivocarla se il terzo ha dichiarato di volerne profittare.*”

questa stipulazione, non può più revocarla se il terzo ha dichiarato di volerne profittare”.

Solo nell'ottocento inoltrato le legislazioni europee (anche e soprattutto sulla spinta delle esigenze degli scambi) cominciano a prestare crescente attenzione alla categoria del contratto a favore di terzo: in questo senso risulta emblematica la posizione assunta dal Código civil spagnolo (art. 1257) e dal BGB tedesco (cfr. § 328 e ss.).

Per quanto poi più specificamente attiene il diritto italiano, nel primo novecento, durante la vigenza del codice del 1865, si assiste a una profonda evoluzione del sistema dei contratti il quale, influenzato soprattutto dalle nuove dottrine tedesche diffuse nel nostro Paese, tende a una nuova esaltazione del principio della libertà contrattuale e della conseguente possibilità che la stipulazione negoziale avvenga a beneficio altrui.²⁹⁰

Così, sotto nuovi stimoli riformatori che pervadono l'intero sistema del diritto, il moderno codice del 1942, possedendo una spiccata attenzione al carattere solidaristico dei rapporti negoziali, pacificamente ammette l'istituto del negozio a favore di terzo grazie all'art. 1411, che recita: *“È valida la stipulazione a favore di un terzo qualora lo stipulante vi abbia interesse. Salvo patto contrario, il terzo acquista il diritto contro il promittente per effetto della stipulazione. Questa però può essere revocata o modificata dallo stipulante, finché il terzo non abbia dichiarato, anche in confronto del promittente di volerne profittare. In caso di revoca della stipulazione o di rifiuto del terzo di profittarne, la prestazione rimane a beneficio dello stipulante, salvo che diversamente risulti dalla volontà delle parti o dalla natura del contratto.”*

Evidente appare la differenza con quanto prescritto del previgente art. 1228: non solo la figura in esame, sotto l'impero del vecchio codice, è ammessa solo se consistente in donazione o se compiuta a proprio vantaggio ma si nota altresì che, nel nuovo art. 1411 c.c., emerge per la prima volta la presenza di un elemento in

290 Ripercorrono dettagliatamente l'evoluzione dell'istituto e la sua storia sotto la vigenza del codice del 1865 **Pacchioni**, *I contratti a favore di terzi*, Padova, 1933, pag. 178 e ss; **Coviello**, *L'art. 1128 cod. civ. e la stipulazione a favore di terzi con contenuto reale*, in *Foro it.*, 1935, vol. IV, pag. 240. In riferimento alla nuova disciplina, invece, cfr. **Majello**, *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi*, cit., pag. 8.

precedenza non contemplato: *l'interesse proprio dello stipulante all'altrui vantaggio*.

L'introduzione del contratto a favore di terzo all'interno della disciplina codicistica ha tuttavia posto una serie di questioni di compatibilità dell'istituto con alcuni principi operanti nel diritto dei contratti; in particolare, si paventano contrasti con il dogma della relatività degli effetti del contratto, per il quale il negozio costituendo vincola al suo regolamento e ai propri effetti solo chi ne è parte, nonché con la teoria causale secondo la quale gli spostamenti patrimoniali oggetto dei traffici giuridici devono, ai fini della validità, essere giustificati sul piano funzionale.

La previsione dell'art. 1411 c.c. - che stabilisce l'efficacia del vincolo obbligatorio nei confronti di un terzo - rappresenta dunque un'eccezione alle regole ivi esposte, sia perché contrasta con il principio per il quale il vincolo è operativo solo nei confronti di chi lo sottoscrive sia perché contravvenente, almeno in apparenza, ai principi in tema di causa, poiché l'attribuzione *al terzo estraneo* del beneficio derivante da un contratto sottoscritto tra due diversi soggetti parrebbe concretare uno spostamento di ricchezza "ingiustificato" data l'assenza di relazioni tra i contraenti e il beneficiario (con il rischio concreto, peraltro, della sottoscrizione di negozi in frode alla legge).²⁹¹

L'operatività del contratto a favore di terzo, dunque, palesa la necessità che l'attribuzione patrimoniale sia resa compatibile con i principi summenzionati.

Il legislatore, conscio della questione, ha dunque trovato una soluzione di compromesso e, nell'introdurre la possibilità della stipulazione a favore di terzi anche al di fuori dei casi di donazione, ha esplicitamente previsto che la deviazione degli effetti a favore esclusivo di un *estraneo* al rapporto possa operarsi solo se presente uno specifico interesse dello stipulante a tale beneficio per il terzo.²⁹²

291 **Giovane**, *Del contratto a favore di terzi*, in *Commentario D'Amelio e Finzi*, Libro delle obbligazioni, vol. I, Firenze, 11947, pag. 591 ss; **A. Marrese**, *Non coincidenza soggettiva tra acquirente e finanziatore. Il contratto a favore di terzo*, in *Studi civilistici*, Studio n. 383-2008/C, Approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 30 ottobre 2008, in <http://www.notariato.it/it/primo-piano/studi-materiali/studi-materiali/contratti/383.pdf>; **Caliceti**, *Contratto e negozio nella stipulazione a favore di terzi*, Cedam, Padova, 1994, pag. 18.

292 **Messineo**, *Il contratto*, Milano, 1961, pag. 246 lett. d); **Majello**, *L'interesse dello stipulante*

Una parte del pensiero giuridico²⁹³ reputa che l'*interesse* di cui si discute sia connesso a quello di cui tratta l'art. 1174 c.c. per l'obbligazione ritenendo, in altri termini, che la previsione dell'interesse dello stipulante quale condizione per l'attribuzione sia diretta applicazione della regola generale in materia di obbligazioni, validamente costituite solo se rette da un interesse (anche non patrimoniale) del creditore.

E' pur vero che in dottrina si rinvencono autori che non condividono questa prospettiva²⁹⁴ e che, invece, propongono di separare la nozione di interesse contemplata dall'art. 1174 c.c. da quella prevista nell'art. 1411 c.c..

Essi, anzitutto, osservano che l'art. 1174 c.c. ha a riguardo all'interesse del creditore mentre l'art. 1411 c.c. parla di interesse dello *stipulante*, che è il "contraente" ma non il "creditore" della prestazione.

Nel contratto a favore di terzo lo stipulante, per effetto dell'accordo, non acquista, infatti, normalmente alcun credito nei confronti del promittente ma possiede solo l'interesse a che la prestazione dedotta nella convenzione avvenga a beneficio del terzo.

Lo stipulante, in concreto, non ha alcun diritto alla prestazione eseguita dal promittente (salvi i casi di rinuncia agli effetti da parte del beneficiario o i casi di revoca dell'attribuzione da parte dello stipulante stesso dove, per gli effetti, quest'ultimo acquisterebbe il diritto alla prestazione soddisfacendo un interesse proprio alla prestazione oggetto dell'obbligo).

L'interesse di cui tratta l'art. 1411 c.c., dunque, non può essere lo stesso richiesto dall'art. 1174 c.c..²⁹⁵

nel contratto a favore di terzi, cit., pag. 79-82; **Barbero**, *Sistema del diritto privato italiano*, Torino, 1962, vol. I, pag. 477; **Santini**, *L'intenzione delle parti nella stipulazione a favore di terzo*, in *Giur. it.*, 1953, vol. I, pag. 438; per la giurisprudenza: Cass. 27.02.1941, n. 564, in *Foro It. Mass.*, 1941, pag. 117; Cass. 25.07.1950, n. 2078, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1950, vol. II, pag. 698, n. 1915.

293 **Mirabelli**, *Dei contratti in generale*, in *Comm. Cod. Civ.*, Torino, Utet, 1980, pag. 440; **Scognamiglio**, *Contratti in generale*, in *Tratt. Dir. Civ.*, diretto da Grosso e Santoro Passarelli, Milano, Vallardi, 1966, pag. 344. Tale opinione, ripresa anche nella Relazione al codice civile (n. 644), è riferibile anche alle elaborazioni sul tema affrontate prima dell'entrata in vigore del nuovo codice da **Betti**, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, Utet, 1936-1943, pag. 563.

294 **N. Stolfi**, *Diritto civile*, Torino, 1919, vol. I, cap. III, n. 387, pag. 188; **Giorgianni**, *L'obbligazione*, cit., pag. 64; **Majello**, *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzo*, cit., pag. 7.

La stessa legge, poi, confermerebbe siffatta impostazione, disponendo che, se per avventura lo stipulante che abbia interesse al contratto a favore altrui non abbia, invece, alcun personale interesse alla prestazione eseguita a proprio favore, tra quest'ultimo e il promittente non potrà sorgere alcun rapporto; è scritto nel codice, difatti, che: “*la prestazione rimane a beneficio dello stipulante, salvo che diversamente risulti [dalla volontà delle parti o] dalla natura del contratto.*” (art. 1411 c.c., ult. cpv.).²⁹⁶

Giorgianni,²⁹⁷ contribuendo allo sviluppo della teoria da ultimo esposta, evidenzia che, il creditore ai sensi dell'art. 1174 c.c. si dimostra, nei fatti, non solo interessato “*a contrattare*” ma altresì a conseguire il risultato e l'utilità promessa dall'esecuzione dell'operazione negoziale.²⁹⁸

All'opposto, in virtù del contratto a favore di terzo, gli effetti del negozio che le parti vogliono rivolgere a favore del terzo si ripercuotono direttamente nella sfera giuridica di quest'ultimo senza esercitare alcuna esplicita influenza sulla sfera dello stipulante il quale, con tale contratto, soddisfa esclusivamente l'interesse al miglioramento della situazione giuridica del terzo, senza avere alcuno scopo diretto all'ottenimento degli effetti della prestazione o la soddisfazione di finalità proprie.

Se sul fronte dottrinale gli orientamenti sono protagonisti di un vivace dibattito, la giurisprudenza non sembra, invece, riservare alla questione in esame una particolare attenzione.

L'approfondimento giurisprudenziale non si è mai spinto oltre alla ovvia affermazione della necessaria esistenza dell'interesse medesimo per la validità dell'attribuzione a beneficio altrui.²⁹⁹

295 **Majello**, *Contratto a favore del terzo*, in *Digesto civ.*, IV, 1989, pag. 240.

296 cfr., in particolare, **N. Stolfi**, *Diritto civile*, cit., pag. 177-178; egli supporta la propria argomentazione circa la diversità dei due interessi anche sul fatto che lo stipulante non ha una vera azione volta all'esecuzione coattiva per il caso di inadempimento della prestazione come, al contrario, possiede il creditore.

297 **M. Giorgianni**, *L'obbligazione*, Milano, 1951, cit., pag. 65; **Majello**, op. cit., pag. 8.

298 **M. Giorgianni**, *L'obbligazione*, cit., pag. 63.

299 Particolarmente interessante si è dimostrata la pronuncia di App. Torino 24.2.1996, *Foro It.*, 1997, vol. I, pag. 281, nella quale si rileva che il contratto a favore di terzo: “*è costituito da due rapporti paralleli: quello fra stipulante e promittente, che costituisce il sinallagma contrattuale fondamentale e quello fra promittente e terzo, il quale si fonda sull'interesse dello stipulante,*

Un maggiore interesse dei giudici ha, contrariamente, suscitato il tema della natura dell'interesse di cui all'art. 1411 c.c..

Il dato oggettivo di base consiste nel fatto che la terminologia adottata dal legislatore in proposito sia sibillina: difatti, il legislatore nulla espressamente dice circa le caratteristiche che deve intrinsecamente possedere l'interesse che regge la stipulazione a favore di terzo, limitandosi semplicemente a sancirne la necessaria esistenza e non introducendo, quindi, alcuna apparente limitazione relativamente alla natura che, perciò, potrebbe essere validamente *anche non patrimoniale*.

De Nova³⁰⁰, in particolare, ha evidenziato in merito che: *“l'interesse dello stipulante può essere morale, e non si distingue bene dalla volontà. Poiché la legge parla di interesse e non distingue fra interesse patrimoniale e morale, gli interpreti stessi non fanno distinzione e considerano l'interesse di chi vuol fare un dono al terzo come capace di soddisfare l'art. 1411.”*

La giurisprudenza,³⁰¹ in assenza di ostacoli (e indicazioni) formali di legge, si è sempre dimostrata disponibile a estendere l'ambito di rilevanza dell'interesse

costituente la causa giuridica non del contratto a favore di terzo, ma della sola attribuzione al terzo della prestazione. In altre parole: la causa giuridica del contratto fra stipulante e promittente è quella propria del contratto posto in essere; la causa giuridica dell'attribuzione al terzo della prestazione consiste nell'interesse perseguito dallo stipulante. (...) Ciò per la chiara ragione che il promittente è estraneo a quel rapporto, essendo solamente il debitore della prestazione verso il terzo, con effetti liberatori verso la sua vera ed unica controparte contrattuale, e cioè lo stipulante”. Più di recente riprendono il medesimo concetto: Cass. 05.05.2010, n. 10859, Redazione Giuffrè 2010; Cass. 18.09.2008, n. 23844, in *Giust. civ. Mass.* 2008, fasc. 9, pag. 1380 e in *Giust. civ.* 2009, vol. I, fasc. 3, pag. 630; Cass. 20.01.2005, n. 1150, in *Giust. civ. Mass.* 2005, fasc. 1.

300 **De Nova**, *Il contratto a favore di terzo*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Rescigno, X, Torino, Utet, 1982, pag. 416.

301 Così si è affermato che *“una servitù prediale può essere costituita anche mediante contratto a favore dei terzi, in base al combinato disposto degli art. 1058 e 1411 c. c., atteso che non sussistono limiti qualitativi o (quantitativi per la prestazione da rendersi al soggetto estraneo alla stipulazione, che ben può essere il beneficiario del trasferimento o della costituzione di un diritto reale; occorre però, anche in questo caso, come in ogni altra ipotesi di negozio a favore del terzo, non solo che lo stipulante vi abbia un interesse (non necessariamente patrimoniale), ma anche che la costituzione del vincolo ed il correlativo vantaggio per il terzo siano previsti e voluti dai contraenti e che il peso sia imposto a carico del fondo del promittente ed a favore di quello del terzo, determinato od almeno determinabile”* (Cass., 28.11. 1986, n. 7026, in *Mass. Giur. It.* 1986); cfr. anche: Cass. 25. 7. 1950, n. 2078, in *Foro It.*, 1951, vol. I, pag. 812; Cass. 5. 7. 1952, n. 2020, in *Giur. It.*, 1953, vol. I, cap. 1, pag. 437; Cass. 23. 1.1961, n. 102, in *Foro It.*, 1962, vol. I, pag. 145; Cass. 03.07.1979, n. 3749, in *Giust. civ. Mass.* 1979, fasc. 7; App. Torino, 24.02.1996, cit.; Cass. 11.05.2000, n. 6030, in *Studium Juris* 2001, 215; Cass. 13.02.1993, n. 1842, in *Giust. civ. Mass.* 1993, pag. 306; Cass. 20.01.2005, n. 1150, in *Giust. civ. Mass.* 2005, fasc. 1; Cass. 30.10.2006, n. 23346, in *Giust. civ. Mass.* 2006, 10, *Riv. giur. edilizia* 2007, vol. I, pag. 965;

anche a ciò che non sia dichiaratamente economico-patrimoniale, riaffermando invero più volte che l'interesse dello stipulante possa intendersi riferito a qualsivoglia interesse, a prescindere dai suoi caratteri, a vedere eseguita la prestazione a favore del terzo.

La pressoché unanime opinione dottrinale³⁰² perviene ad analoghe conclusioni, avendo sempre come baluardo (l'ormai noto) art. 1174 c.c..

302 **Pugliatti**, *Esecuzione sostanziale e diritto sostanziale*, Milano, 1935, pag. 10; **M. Giorgianni**, *L'obbligazione*, cit., pag. 64; **Majello**, *L'interesse*, cit., pag. 9 e nota 23; **Castellano**, *Recensione di Scognamiglio, Contratti in generale*, in riv. Dir. civ., 1962, vol. I, pag. 188. In tal modo anche: *Relazione Ministeriale sul libro "delle obbligazioni"*, Roma, 1941, n. 111, pag. 36; **Barassi**, *Teoria delle Obbligazioni*, Milano, 1948, vol. II, pag. 207-208; **Giovene**, *Del contratto a favore di terzi*, in Commentario D'Amelio e Finzi, *Obbligazioni*, vol. 1948, pag. 599; **Betti**, *Teoria generale*, cit., pag. 48; **Gorla**, *Contratto a favore di terzi e nudo patto*, in Riv. Dir. civ., 1959, vol. I, pag. 593; **Donadio**, *Contratto a favore di terzi*, voce in *Novissimo Digesto It.*, cit., pag. 658; **Mirabelli**, *Dei contratti in generale*, Torino, 1961, pag. 344; **Scognamiglio**, *Contratti in generale*, Milano, 1961, pag. 202; **Venditti**, *L'assicurazione di interessi altrui*, Napoli, 1961, pag. 65.

Capitolo III

La mancata soddisfazione dell'interesse creditorio: la patologia del rapporto obbligatorio

Sezione I

Il risarcimento del danno da inadempimento

1) Profili generali

Quando la promessa dedotta in contratto viene disattesa da una delle parti per cause ad essa imputabili, il soggetto inadempiente è sempre obbligata a risarcire il danno.³⁰³

La legge individua proprio nell'istituto del risarcimento il principale rimedio contro la mancata attuazione dell'obbligo assunto (art. 1218 c.c).

Il principio fondamentale in materia, fatto proprio dal nostro ordinamento, è quello secondo il quale il contraente leso dall'inadempimento deve essere posto nella situazione economica equivalente a quella in cui si sarebbe trovato se il contratto fosse stato esattamente adempiuto. Si tratta, in altri termini, di far conseguire al contraente-creditore, il cui interesse è stato compromesso, il valore patrimoniale dell'affare sul quale aveva fatto affidamento; è dunque corretto attribuire al contraente insoddisfatto l'equivalente dei benefici che avrebbe ottenuto con l'adempimento.

Finchè si tratta di un danno pecuniariamente valutabile, *nulla quaestio*. Le cose, però, si complicano qualora l'interesse che spinge un contraente alla stipulazione di un determinato accordo abbia connotati non patrimoniali ai sensi dell'art. 1174 c.c. (cfr. *supra*, cap. I).

Orbene, laddove questo interesse sia divenuto parte della causa concreta contrattuale per effetto dell'accordo che le parti hanno posto in essere (cfr. cap. II, par. 1 e ss.), caso di lesione conseguente all'inadempimento si pone la questione

303 **P. Trimarchi**, *Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione del contratto*, in Riv. Dir. civ., 2002, pag. 637 e ss.

inerente la sua risarcibilità (si tratta dei c.d. *danni non patrimoniali da inadempimento*).

Per la trattazione di tutte queste tematiche si rimanda ai paragrafi che seguiranno.

2) Il danno patrimoniale da inadempimento

L'inadempimento contrattuale, come visto, genera una pretesa risarcitoria in capo al soggetto deluso il quale ottiene il diritto di vedersi ristorare del pregiudizio subito.

La lesione è misurata, spesso e volentieri, anche per questioni di facilità di calcolo, solo in termini economico patrimoniali; del resto, il nostro codice fornisce una disciplina che espressamente obbliga il soggetto responsabile dell'inadempimento a riparare le perdite patrimoniali subite dalla controparte a causa della promessa disattesa (art. 1218 c.c.).

L'insegnamento tradizionale, che si riflette nella formulazione dell'art. 1223 cod. civ., bipartisce il risarcimento di quello che, più sopra, si è definito *interesse positivo* nelle componenti: "*danno emergente*" (la perdita concreta subita) e *lucro cessante* (il mancato guadagno che sarebbe derivato in seguito alla corretta esecuzione del rapporto).

In generale, costituiscono danno emergente sia la perdita, sia il danneggiamento di un bene, sia l'esecuzione di una spesa occasionata dalla mancata esecuzione della promessa altrui e che, altrimenti, non si sarebbe affrontata; mentre il lucro cessante coincide con il mancato conseguimento di un reddito che, diversamente, si sarebbe ottenuto attraverso l'esecuzione della promessa.

Il codice, inoltre, si preoccupa di precisare che il risarcimento disposto è volto ad eliminare le conseguenze dannose derivanti "in via immediata e diretta" dall'inadempimento (art. 1223 c.c.) senza, tuttavia, di regola, coprire i c.d. danni imprevedibili (art. 1225 c.c.). Esso è circoscritto a tutto ciò che, nei fatti, sia stato occasionato dal proprio comportamento.³⁰⁴

304 **P. Trimarchi**, *Causalità e danno*, Milano, 1967, pag. 19 e ss.; **Visintini**, *Inadempimento e mora*, cit., pag. 257; **Franzoni**, *Dei fatti illeciti*, Art. 2043-2059, in Comm. Scialoja-Branca, Milano, pag. 84 e ss..

Il legislatore, in chiusura della disciplina, ha poi stabilito che laddove sorgessero difficoltà di “*stima*” del pregiudizio esso possa essere determinato in via equitativa (art. 1226 c.c.).³⁰⁵

I meccanismi rimediali messi a disposizione del contraente deluso sono previsti per ovviare a situazioni dove è palese che la mancata - o inesatta - esecuzione dell'obbligo esponga il creditore ad un quasi certo peggioramento della propria situazione; davanti ad una siffatta evenienza, l'ordinamento concede il diritto alla rifusione completa del pregiudizio (spesso solo patrimoniale) subito.³⁰⁶

L'art. 1223 c.c., avendo come presupposto la violazione del diritto di credito, considera il comportamento tenuto dal debitore inadempimento come, di per sé, illecito e dannoso³⁰⁷ ed introduce il concetto di “*ristoro integrale*” del danno.³⁰⁸

Si nota che il richiamo della norma al *lucro cessante*, in aggiunta al *danno emergente*, presuppone una concezione del risarcimento patrimoniale molto ampia: non si guarda solamente al valore venale del bene perduto a causa dell'inadempimento, alle perdite e alle spese inutili, ma si considerano importanti

305 **G. Villa**, *Danno e risarcimento contrattuale*, cit., pag. 889.

306 **Pinori**, *Il principio generale dell'integrale riparazione dei danni*, in *Contratto e impresa*, 1998, pag. 1144.

307 **Tortorano**, *Il danno meramente patrimoniale*, Torino, 2001; **Franzoni**, *Il danno risarcibile*, in *Trattato della Resp. Civ.*, diretto da Franzoni, vol. II, Milano, 2004 pag. 75; **Visintini**, *Risarcimento del danno*, in *Trattato di rescigno*, vol.), *Obbligazioni e contratti*, Torino, 1999, pag. 251; **Monateri**, *La responsabilità civile*, in *Trattato sacco*, Torino, 1998, pag. 574; **Ponzanelli**, *Il risarcimento del danno meramente patrimoniale*, in *Danno e Resp.*, 1998, pag. 729; **Gorla**, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: fatto dannoso e conseguenze*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1951, pag. 409.

308 Sul principio di integrale riparazione del danno, si rinvia a: **Mastropaolo**, voce *Danno – III* *Risarcimento del danno*, in *Enc. giur. Trecc.*, 1988; **Pinori**, *Il principio generale della riparazione integrale dei danni*, in *Contr. impr.*, 1998, pag.1144; Id, *Il principio della riparazione integrale dei danni*, in G. Visintini (a cura di), *Il risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1999, p.41 ss.; **Visintini**, *Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile*, Padova, 1996, p.509 ss.; **Villa**, *Danno e risarcimento contrattuale*, cit., pag. 876 ss.; Id, *La quantificazione del danno contrattuale*, in *Danno e resp.*, 2010, All. 1, pag. 37; **Travaglino**, *Il danno patrimoniale extracontrattuale*, in *Danno e resp.*, 2010, All. 1, pag. 45; **Messinetti**, *Pluralismo dei modelli risarcitori. Il criterio di ingiustizia “tradito”*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, pag. 505; **Ponzanelli**, *La irrilevanza costituzionale del principio di integrale riparazione del danno*, in **M. Bussani** (a cura di), *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, ESI, 2006, pag. 67; Id., *Risarcimento giusto e certo tra giudici e legislatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, pag. 553; **Monateri - Somma** (a cura di), *Patrimonio, persona e nuove tecniche di “governo del diritto”. Incentivi, premi, sanzioni. XIX Colloquio biennale Associazione Italiana di diritto comparato, Ferrara 10 - 12 maggio 2007*, Ed. Scientifiche Italiane, CNF, 2009, pag.1045; **Stanzione – Troisi**, *Principi generali del diritto civile*, Torino, 2011, pag. 55 e ss..

per la stima del pregiudizio anche valori non attuali che il creditore avrebbe potuto, ipoteticamente, fare propri se non avesse subito la frustrazione del proprio interesse.

Attraverso un sistema risarcitorio così impostato, il legislatore dimostra di voler tenere in conto gli effetti negativi che si riverberano sul patrimonio del soggetto leso; si parla in questo senso di “*concezione patrimoniale*” del danno, intendendosi con tale espressione la tendenza a considerare il pregiudizio non solo come perdita effettiva e conseguente diminuzione del patrimonio del creditore, bensì quale *differenza di valore* tra l’assetto economico che si presenterebbe agli occhi del contraente deluso se l’obbligazione fosse stata tempestivamente, ed esattamente, ottemperata e quello risultante, invece, a seguito dell’inadempimento.³⁰⁹

Si tratta della c.d. *teoria differenziale*.³¹⁰

Con il termine “danno”, dunque, non si intende l’accadimento di un pregiudizio fisico o la distruzione di una cosa, bensì la differente “situazione patrimoniale” in cui il soggetto deluso si trova in conseguenza della verifica dell’inadempimento.³¹¹

Grazie alla teoria differenziale anche il lucro cessante, così difficile da provare e di così complessa quantificazione, diviene tutt’altro che una entità *remota* per configurare una voce che, sebbene ipotetica, tuttavia, avrebbe potuto far parte del complesso dei diritti del contraente deluso se la promessa fosse stata ottemperata.

309 **G. Villa**, *Danno e risarcimento contrattuale*, cit., pag. 894.

310 La *differenztheorie* è stata formulata dalla dottrina tedesca, ed è fatta risalire, in particolare, all’opera del giurista **F. Mommsen**, *Zur Lehre von dem Interesse*, Braunschweig, 1855, pag. 3 ss.; **Von Caemmerer**, *Das Problem der überholenden Kausalität im Schadensersatzrecht*, in *Gesammelte Schriften*, I, Tübingen, 1968, pag. 416 ss.; **Zeuner**, *Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschäden*, in *AcP* 163 (1964), pag. 380 ss.; **Lange**, *Schadensersatz*, Tübingen, 1979; **Honsell**, *Herkunft und Kritik des Interessebegriff in Schadensersatzrecht*, in *Jus* 1973, pag. 69 ss.; Tale teoria è stata recepita con favore in Italia, già nei primi decenni del secolo scorso. Si vedano, tra i numerosi Autori che hanno accolto tale insegnamento, **G. Venezian**, *Danno e risarcimento fuori dai contratti*, in *Studi sulle obbligazioni*, I, Roma, 1919, pag.19 ss.; **E. Betti**, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., pag.1 ss.; **P. Schelsinger**, *La “ingiustizia” del danno nell’illecito civile*, in *Justitia*, 1960, pag. 336. Più recente: **Di Majo**, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, pag.193 ss.; **C. Salvi**, *La responsabilità civile*, Milano, 2005, pagg 48-50.

311 **G. Villa**, *Danno e risarcimento contrattuale*, cit., pag. 896; **Caringella – De Marzo**, *Manuale di Diritto Civile, Le obbligazioni*, II, Milano 2006, 485.

Se l'utilità sperata fosse stata conseguita, la situazione economico patrimoniale del creditore sarebbe stata probabilmente molto differente.

La teoria differenziale presuppone che non vi sia identità tra il valore venale del bene e l'utilità che esso è in grado di generare all'interessato e ritiene che il *patrimonio* debba essere valutato quale generale “*complesso di diritti valutabili in denaro e spettanti ad un soggetto*” e non solamente come “*complesso di beni o utilità*”.

Nonostante la concezione basata sulla “differenza” offra l'indubbio vantaggio di considerare, in una visione globale, tutti (e nessuno escluso) gli effetti determinatisi nel patrimonio di un soggetto a seguito di un illecito contrattuale,³¹² la dottrina non è compatta sul tema.

Si trovano infatti autori che, non condividendo gli assunti appena illustrati, avanzano critiche dirette a sminuire l'utilità di questa concezione esaltando, invece, differenti prospettive di valutazione del pregiudizio nonché differenti metodi per la rilevazione del danno.

Ad esempio, si sono proposte teorie che valutano il danno in senso naturalistico,³¹³ relazionando la perdita all'effettivo valore del singolo bene leso. In questa prospettiva, e del tutto agli antipodi rispetto alla teoria differenziale, il pregiudizio è solo ciò che si identifica con un vero e proprio detrimento economico.

Altri³¹⁴ hanno reputato eccessivamente astratto il carattere della teoria *de qua*, poichè identificare la nozione di danno con un'astratta “differenza di status” tra il *prima* e il *dopo inadempimento*, rischierebbe, a loro parere, di generare un *distacco* dalla concreta realtà del pregiudizio.

Una ulteriore posizione dottrinale,³¹⁵ sempre negando rilevanza alla teoria differenziale, ritiene che questa non sarebbe “*adeguata nella determinazione del*

312 Vedi sul tema la trattazione di: **Busnelli – Patti**, *Danno e responsabilità civile*, Torino, 2003, pag.12.

313 La cui prima teorizzazione compiuta in questi termini è di **Fischer**, *Der Schaden nach dem BGB*, Munchen, 1903; **Bonvicini**, *La responsabilità per danni nel diritto delle obbligazioni*, Milano, 1963, pag. 5; **Di Majo**, *op.cit.*, pag. 225. **Pacifico**, *Il danno nelle obbligazioni*, Napoli, 2008, pag. 38 ss..

314 **Scognamiglio**, *Risarcimento del danno*, in *Noviss. Dig. It.*, XVI, Torino, 1969, pag. 6.

315 **Mastropaolo** voce *Danno – III*), *Risarcimento del danno*, *cit.*, pagg. 8-9.

contenuto del danno risarcibile"; non risultando possibile effettuare un completo inventario del patrimonio del soggetto danneggiato, è pressochè certo che: "*il contenuto del danno non può abbracciare l'intera differenza*". L'applicazione della teoria differenziale, pertanto, sarebbe fuorviante.

Merita di essere accennata anche la tesi di Carnelutti,³¹⁶ il quale individua l'essenza del pregiudizio derivante dall'inadempimento nella lesione di un interesse giuridicamente protetto; egli propone un abbandono completo del riferimento al "patrimonio" del soggetto e preferisce intendere il danno in termini di lesione ad un concreto bene o di un interesse.

Le riflessioni di Carnelutti hanno il pregio di segnare il passaggio da un concetto di pregiudizio inteso come *diminuzione fisica del patrimonio* ad una più "*elastica descrizione del danno come nocumento e pregiudizio, vale a dire annientamento o alterazione di una situazione favorevole*".

Chi sostiene la sua prospettiva concepisce il danno quale "*modificazione peggiorativa di qualsivoglia bene*" che abbia una "protezione particolare" accordatagli dall'ordinamento.³¹⁷

Recentemente, inoltre, si sono levate in dottrina³¹⁸ alcune voci che avallano l'idea del pregiudizio risarcibile come più generica lesione di un interesse; esse pongono in luce il fatto che deve parlarsi di danno ogni volta che il creditore subisca una "*ripercussione negativa*" nella propria sfera al di là della perdita patrimoniale, poichè il pregiudizio è un *concetto di relazione tra diversi interessi* (relazione nella quale la sfera di uno dei contraenti è inutilmente sacrificata dal comportamento lesivo dell'altro).

316 Cfr. **Carnelutti**, *Il danno e il reato*, Padova, 1926, pag.12 ss.; sulla nozione di danno, cfr. anche **Patti**, *Danno patrimoniale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. IV, Padova, 1989, pag. 94 ss.; **Guerinoni**, *La nozione generale di danno*, in **P. Cendon** (a cura di), *I danni risarcibili nella responsabilità civile*, vol. I, *Il danno in generale*, Torino, 2005.

317 Così **De Cupis**, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, vol. I, Milano, 1979, pag. 7.

318 Cfr. **Patti**, *Danno patrimoniale*, in *Digesto Priv., sez. civ. V*, pag. 96; **Alvi**, *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Napoli, 1985, pag. 103, secondo il quale ha segnato "un passaggio cruciale nell'evoluzione medesima della nozione di danno, dal fenomeno naturalistico-materiale calcolabile con l'aestimatio rei, a entità giuridico-economica, da misurare secondo il metodo dell'id quod interest".

Si sono così aperti nuovi orizzonti di tutela del contraente deluso che portano, oggi, ad una nuova chiave di lettura del *danno da inadempimento*.

Abbandonando radicalmente la prospettiva che vede le perdite patrimoniali come unici pregiudizi subiti dal contraente insoddisfatto, si assiste ad un maggiore sforzo e sensibilizzazione verso la persona e verso i suoi interessi non patrimoniali; nell'odierna realtà, infatti, il patrimonio fisico rappresenta, ormai, solo una parte della ricchezza posseduta da un soggetto.³¹⁹

3) Il risarcimento del danno non patrimoniale

La risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento costituisce un argomento di attualità non solo per via dello straordinario e nuovo interesse che ha acquisito questo pregiudizio nelle fattispecie di illecito aquiliano (ex art. 2043 c.c. e 2059 c.c.) dopo le storiche pronunce della Consulta e della Cassazione (cfr. *infra*, par.....), ma anche perché ad esse è seguito un nuovo orientamento giurisprudenziale che sembra avere, ormai, superato l'atteggiamento di tradizionale ostilità verso il riconoscimento di siffatto pregiudizio anche in materia contrattuale.

Se, infatti, il primo settore nel quale si sono espresse opinioni sul tema della lesione non patrimoniale è quello dell'illecito civile extracontrattuale, si è poi giunti a trattare la tematica anche in ambito contrattuale.

Le dissertazioni susseguitesi in dottrina hanno portato ad una progressiva apertura verso una nuova concezione di "dannosità" intesa come qualcosa che va' oltre ciò che costituisce una perdita strettamente economica.

Attraverso l'espressione "*danno non patrimoniale da inadempimento*" si è scelto di riferirsi a lesioni avente valore non pecuniario che scaturiscono dalla mancata osservanza del vincolo obbligatorio.

In essa è ricompresa ogni e più varia modificazione peggiorativa dello *status* della parte lesa.

319 **Caringella – De Marzo**, *Manuale di Diritto Civile, Le obbligazioni*, II, Milano 2006, pag. 485.

Di fronte a questo nuovo atteggiarsi della materia risarcitoria, sia la dottrina sia la giurisprudenza si sono soffermate sullo studio delle modalità grazie alle quali conferire importanza, nel nostro ordinamento, ai danni da inadempimento che possiedono connotati non economici.³²⁰

Si è dovuto principlamente riflettere sul fatto che, nel nostro Codice Civile, l'unica disposizione che prende espressamente in considerazione il risarcimento dei danni non patrimoniali è l'art. 2059 c.c. dettato in materia di fatti illeciti. Non esiste una norma speculare o, quantomeno, simile in tema di responsabilità per inadempimento.

Il legislatore del 1942, ha "sfiorato" il tema della non patrimonialità in materia di obbligazione solo all'interno dell'art. 1174 c.c., nel quale si specifica che l'interesse creditorio può avere carattere non patrimoniale.

Oltre a questa disposizione, nulla è detto circa la rilevanza del carattere *anche non patrimoniale* dell'interesse, così come nulla si dice in ordine alla responsabilità per il possibile danno "non patrimoniale" conseguente ad un inadempimento.

Stante il lacunoso assetto normativo, la possibilità di liquidare un pregiudizio non valutabile in denaro in materia di obbligazioni e contratti è stata tradizionalmente negata dalla maggioranza degli esponenti della dottrina e dai più autorevoli interpreti in giurisprudenza.

Per compiere il processo evolutivo, sino a un completo mutamento di prospettiva dell'impostazione patrimonialistica emergente dalla disciplina della contrattualistica, si è dovuto attendere molto e, ad oggi, il processo non può dirsi ancora completato.³²¹

320 **Dalmartello**, *Danni morali contrattuali*, in Riv. Dir. civ., 1933, pag. 53; **Scognamiglio**, *Il danno morale (Contributo alla teoria del danno extracontrattuale)*, in Riv. Dir. civ., 1957, vol. I, pag. 313; **Ravazzoni**, *La riparazione del danno non patrimoniale*, Milano, 1962, pag. 221; **De Cupis**, *Il danno*, vol. I, cit., pag. 133 ss; **Bonilini**, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, pag. 212; **Zeno Zencovich**, *Danni non patrimoniali e inadempimento*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale* a cura di Visintini, cit., pag. 109; *Id*, Interesse del creditore e danno contrattuale non patrimoniale, in Riv. Dir. comm., 1987, vol. I, pag. 77; **Costanza**, *Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale*, in Riv. crit. Dir. priv., 1987, pag. 127; **Gazzarra**, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Napoli, 2003; **Rabitti**, *Il danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale*, in Resp. Civ. e prev., 2004, pag. 340; **Liberati**, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Torino, 2004; **V. Tomarchio**, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Napoli, 2009, pag. 1 e ss.

321 **V. Tomarchio**, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, op. ult. cit., pag. 2.

3a) Digressione sul risarcimento del danno non patrimoniale aquiliano: il pregiudizio esistenziale della Scuola triestina e della Scuola torinese in confronto al “nuovo” danno non patrimoniale della Scuola pisana.

Come testè esposto, le origini delle dissertazioni dottrinali e giurisprudenziali sulla tematica inerente il risarcimento del danno non patrimoniale hanno radici in materia extracontrattuale.³²²

Su questo terreno, come è noto, si sono riscontrate numerose difficoltà a riconoscere la piena risarcibilità del pregiudizio non patrimoniale poiché non facilmente misurabile e dimostrabile.³²³

In quest'ultimo caso, sorgono veri e propri problemi di valutazione.

Infatti, a parte il caso del danno patrimoniale (monetizzabile attraverso il ricorso al danno emergente e lucro cessante) e del danno alla salute (che, per quanto non direttamente riconducibile allo “scambio economico”, è stato poi riconosciuto dalla giurisprudenza come pregiudizio patrimoniale stante la sua valutabilità secondo oggettivi parametri medico-legali)³²⁴ è sempre complesso determinare la misura del pregiudizio risarcibile laddove siano compromessi i diritti dell'uomo o quegli interessi che, in un modo o nell'altro, rilevano nella sua vita e all'interno delle sue relazioni sociali e che non sono oggettivamente determinabili.

322 Cass., 10.5.2001, n. 6507, in *Dir. e giust.*, 2001, n. 22, 15; Trib. Lecce, 25.8.2003, ord., in *Danno e resp.*, 2004, 746, con nota di Liace; Cass., 11.5.2010, n. 11353, in *Foro it.*, 2011, I, 534, con nota di Pardolesi; Cass., 16.5.2008, n. 12433, in *Danno e resp.*, 2008, 1233, con nota di Boschi; Cass., 1.12.2004, n. 22513, *ivi*, 2005, 969, con nota di Oliari; Cass., 25.3.2003, n. 4366, *ivi*, 2003, 978, con nota di Ubertazzi.

323 La distinzione tra le due specie di danno, patrimoniale e non patrimoniale, possiede un consistente rilievo, perché condiziona il tipo di tutela accordata (*risarcitoria* se connessa al danno patrimoniale oppure *riparatoria* in caso contrario) e la diversità delle funzioni assolute dalla responsabilità (*sanzionatoria, solidaristica, satisfattiva, o deterrente*).

324 **Navarretta**, *Il danno alla persona e la Corte costituzionale (Come rivalutare l'art. 2059 c.c. senza indebolire il danno alla salute)*, in *Resp. civ. e prev.*, 1996, pag. 1134; l'autore afferma che il danno alla salute: “*diversamente da qualsivoglia danno non patrimoniale, ha superato il principale ostacolo (...) alla misurazione dei valori d'uso, vale a dire la difficoltà di ricondurre la loro singolarità ad una scala di valori omogenei. La medicina legale ha consentito, per l'appunto, di ponderare l'incidenza sulla vittima di ogni peculiare lesione dell'integrità psicofisica attraverso un'unità di misura (la percentuale di invalidità), convenzionalmente ma scientificamente fondata, che rende oggettivamente e direttamente misurabile un pregiudizio afferente alla dimensione delle perdite di utilità*”; **Anzani**, *I percorsi del danno non patrimoniale*, In *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2011, Parte II, pag. 395.

La dottrina, perciò, conscia della rilevanza di questi interessi che prescindono la logica di mercato, si è sforzata di trovare una soluzione che consenta di attribuire meritevolezza agli interessi non economici e che permetta una loro tutela.

L'evoluzione delle teorie del danno susseguitesì nel tempo sono certamente influenzate dal periodo storico e dal *background* culturale del periodo in cui si sviluppano e diffondono.

Dando uno sguardo al diritto civile regolato dal codice del 1865 si nota, ad esempio, un'assenza di qualunque previsione che preveda espressamente il ristoro dei danni *non patrimoniali*. In esso si rinviene esclusivamente una indistinta ed unitaria nozione di "danno" attraverso il richiamo operato dall'art. 1151.³²⁵

Anche nei vecchi codici penale (1889) e di procedura penale (1914), i riferimenti ai danni non patrimoniali sono sporadici; essi attribuivano eccezionalmente al giudice, e solo per taluni reati, il potere di conferire al danneggiato una somma di denaro avente funzione morale "riparatoria" del danno cagionato. Tale forma di ristoro era, peraltro, designata ad avere funzione di rafforzamento dell'efficacia repressiva di determinati reati.

In sostanza, fino all'emanazione del Codice Civile del 1942 e sino alla riforma del Codice Penale del 1930, il problema della non patrimonialità dei pregiudizi sofferti non si poneva neppure.

Ciò nonostante, una timida parte della dottrina³²⁶ e della giurisprudenza³²⁷ dell'epoca, avanza l'ipotesi che i danni derivanti da illeciti non siano tutti uguali; non tutte le lesioni incidono sul patrimonio. Si comuncia a concepire il risarcimento come composto da più voci e si intravede la possibilità, sempre meno remota, che il pregiudizio assuma anche veste non patrimoniale.

325 Specularmente al nostro art. 2043 c.c. in esso si dispone: "*Qualunque fatto dell'uomo che arreca danno ad altri obbliga quello per colpa del quale è avvenuto a risarcire il danno*".

326 **Ascoli**, *Sulla risarcibilità del danno morale*, in *Riv. dir. civ.*, 1934, pag. 405 e ss.; **Brugi**, *Risarcimento del danno morale*, in *Riv. dir. comm.*, 1921, vol. II, pag. 448 e ss.; **Coviello**, *L'art.185 del codice penale e la risarcibilità dei danni morali in materia civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1932, pag. 317; **Dalmartello**, *Danni morali contrattuali*, cit., pag. 53 e ss.; **Gabba**, *Contributo alla teorica del danno e del risarcimento in diritto civile italiano*, cit., pag. 570; **Gianturco**, cit., pag. 231 e 233; **Rovelli**, *L'art.185 cod. pen. e la risarcibilità dei danni non patrimoniali*, in *Riv. dir. priv.*, 1935, vol. II, pag. 33 e ss.

327 Cfr. App. Firenze 17.12.1887, in *Foro it.*, 1888, pag. 409 e ss., confermata da Cass. Firenze 28.03.1889, in *Foro it.*, 1889, vol. I, pag. 907.

Per questi motivi, si propone l'applicazione dell'art. 1151 del codice abrogato che, di fatto, si mostra dotato di una formula *omnicomprensiva*, suscettibile di riguardare qualunque pregiudizio subito dal soggetto leso.

Questa interpretazione del dettato normativo, tuttavia, non trova il favore del pensiero giuridico maggioritario che, basandosi sull'assenza di qualunque riferimento al danno non patrimoniale, si orienta invece nel senso di ritenere ristorabili solamente i danni di carattere patrimoniale.³²⁸

Nella prassi, il risarcimento rappresenta uno strumento volto esclusivamente alla riparazione di pregiudizi suscettibili di quantificazione economica, ossia, monetizzabili; soltanto un danno quantificabile in forza delle "regole di mercato", dunque, può consentire al giudice 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 esclude la sua risarcibilità.

Inoltre, nel periodo storico di fine ottocento, si è principalmente orientati a tutelare ed esaltare valori quali il patrimonio, il mercato e, più in generale, ogni genere di bene economico anziché i beni e le entità non suscettibili di mercificazione e, quindi, di scambio.³²⁹

Si deve attendere la riforma del codice penale e l'introduzione dell'art. 185 per avere un riconoscimento del danno non patrimoniale. L'articolo da ultimo richiamato dispone: "*ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole le persone o che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui*".

Tale norma, per la prima volta, sgomberando il campo da dubbi e perplessità, consegna al danno non patrimoniale il *sigillo* di categoria giuridica rilevante³³⁰ per

328 **Pacchioni**, *Del risarcimento dei danni morali*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, vol. II, pag. 240 e ss.; *Id.*, *Della irrisarcibilità dei danni morali*, ivi, 1922, vol. II, pag. 178 e ss.; *Id.*, *Dei delitti e dei quasi delitti*, in *Diritto civile italiano*, parte II, Diritto e obbligazioni, 1940, vol. IV, pag. 77 e 331; **Gabba**, *Ancora sul risarcimento dei danni cosiddetti morali*, in *Giur. it.*, vol. I, 1912, pag. 837.

329 **Anzani**, *I percorsi del danno non patrimoniale*, in *Nuova Giurisp. Civile Commentata*, luglio/agosto 2011, n. 7-8, pag. 401.

330 Così **Mazzamuto**, in *Responsabilità civile* a cura di Cuffaro, 2002, Cap. III, *Il risarcimento*

l'espressa volontà legislativa di attribuire autonoma identità alle conseguenze anche non patrimoniali del fatto illecito.

Su questo presupposto, il percorso compiuto da giurisprudenza³³¹ e, più tardi, anche dalla dottrina³³² giunge ad enucleare una nozione di danno non patrimoniale che, partendo dal dettato della legge, è identificabile nelle “*privazioni di quei beni che hanno un valore precipuo nella vita dell'uomo*”.

Ciò nonostante, si riconosce una certa prudenza dei giudici nell'ammettere la risarcibilità di siffatti danni, riconoscendola apertamente solo a fronte di reato, secondo quanto stabilito dagli artt. 37 e 38 c.p. (1930) nonché 7 e 8 del c.p.p. (1865).

A tale proposito sembra rilevante quanto stabilito da una risalente pronuncia della Corte di Cassazione a Sezioni Unite³³³, nella quale si legge: “*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*”.

La collocazione della regola di risarcibilità in sede normativa penalistica rende, ben presto, evidente la necessità di adeguare e armonizzare anche i principi

del danno non patrimoniale da contratto, pag. 20.

331 Trib. Venezia, 30.07.1923, in Foro ven., pag. 379; App. Milano, 31.12.1923, in *Rep. Giur. It.*, 1924, *Colpa civile*, n. 143; Cass. 07.03.1924, in *Rep. Giur. It.*, 1924, *Colpa civile*, n. 145; Cass. 20.10.1924, in *Rep. Giur. It.*, 1924, *Colpa civile*, n. 148.

332 In particolare cfr. **Coviello**, *L'art. 185 c.p. e la risarcibilità dei danni morali in materia civile*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1932, pag. 323-324.

333 Cassazione civ., sez. I, 20.10.1924, in *Giur. it.*, 1924, vol. I, pag. 952.

civilistici (ancora basati su logiche patrimonialistiche) con quelli espressi dal Codice penale.

In questo contesto si spiega l'introduzione, all'interno del Codice civile riformato del 1942, dell'art. 2059 c.c. che sino ai nostri giorni ha animato i dibattiti sul tema della responsabilità civile.³³⁴

La disposizione di cui trattasi espressamente dichiara che tali danni sono risarcibili anche in materia civilistica ma *nei soli casi previsti dalla legge*.

Come si evince anche dalla Relazione al Codice Civile,³³⁵ la scelta di riservare la risarcibilità dei pregiudizi non suscettibili di valutazione economica alle sole ipotesi di illecito costituente reato è giustificata dal fatto che, in tali fattispecie, l'antigiuridicità è particolarmente pregnante e dal fatto che, sino a quel momento, gli unici casi "di legge" a prevedere la riparabilità di siffatta lesione sono quelli disciplinati dal codice penale.

I relatori, in questo senso, affermano che: *"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"*.

334 Si veda dell'ultimo decennio, in particolare, il commento di **Ponzanelli**, *Ricomposizione dell'universo non patrimoniale. Le scelte della Corte di Cassazione*, nota a Cass. 12.05.2003, n. 7281-82, in *Gius.*, 2003, pag. 2283; la stessa pronuncia è stata commentata da **Busnelli**, *Chiaroscuri d'estate. La Corte di Cassazione e il danno alla persona*, in *Danno e Resp.*, 2003, pag. 816.

335 *Relazione al codice civile*, cit., n. 803.

Così, il danno non patrimoniale neo-introdotta viene per lungo tempo qualificato esclusivamente come pregiudizio *morale da reato* consistente, appunto, come accennato, nei patemi d'animo sopportati dalla persona offesa e dalla vittima.³³⁶

Il pregiudizio di cui tratta l'art. 2059 c.c. è stato sempre inteso come qualunque “*modificazione peggiorativa conseguente a reato che non si presta ad una oggettiva e diretta valutazione in denaro*”.³³⁷

Col passare del tempo, tuttavia, la Cassazione da un lato e la dottrina dall'altro, si rendono conto che l'eccessivo rigore dell'art. 2059 c.c. comporta diverse conseguenze negative: infatti, l'interpretazione³³⁸ della norma in oggetto negli stretti limiti di cui si è detto non risolve, ad esempio, il problema della tutela dei valori ed interessi *personali* laddove il pregiudizio derivi da illeciti rilevanti solo sul piano civilistico e senza connessione a reati.

Il pensiero giuridico ha, così, individuato alcuni *escamotage* che, partendo dalla previsione dell'articolo in esame, siano in grado di ricondurre ai “casi di legge” diverse fattispecie di danno non patrimoniale seppure non conseguenti a reati.³³⁹

Si possono classificare almeno tre filoni dottrinali occupatisi della questione.

Il primo orientamento è rappresentato dal pensiero della Scuola triestina³⁴⁰ che, per superare l'*impasse* anzi detta, elabora la categoria del “*danno esistenziale*”;

336 Così **Mazzamuto**, , *Il risarcimento del danno non patrimoniale da contratto*, cit., pag. 22.

337 **Rotondi**, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1962, vol. VII, pag. 387; **Busnelli**, *Diritto alla salute e tutela risarcitoria*, in *Tutela della salute e diritto privato*, a cura di Busnelli-Breccia, Milano, 1978, pag. 534-535.

338 La stessa Corte Costituzionale, con una prima sentenza del 26.07.1979, n. 88, in *Giur. it.*, 1980, vol. I, fasc. 1, pag. 9, in tema di danno alla salute, ha motivato la scelta di offrire ristoro solo alle perdite non economiche cagionate dai reati asserendo che: “*l'espressione “danno non patrimoniale” adottata dal legislatore è ampia e generale, tale da riferirsi, senza ombra di dubbio, a qualsiasi pregiudizio che si contrapponga, in via negativa, a quello patrimoniale [...]*” e con una seguente pronuncia del 14.07.1986, n. 184, in *Foro it.*, 1986, vol. I, pag. 2053 ha sancito: “*se, dunque, secondo il diritto vivente, l'art. 2959 c.c. fa riferimento al solo danno morale subiettivo, lo stesso articolo si applica soltanto quando all'illecito civile, costituente anche reato, consegue un danno morale subiettivo*”. Per la giurisprudenza della Corte di legittimità: Cass. 11.05.1962, n. 954, in *Resp. Civ. e prev.*, 1962; Cass. 05.04.1963, n. 872, in *Foro It.*, 1963; Cass. 14.06.1965, n. 1203, in *resp. Civ. e prev.*, 1965; Cass. 04.01.1967, n. 15, in *Foro it.*, 1967.

339 **Tucci**, *Danno non patrimoniale, valori costituzionali e diritto vivente*, in *Danno e Resp.*, 2004, pag. 701.

340 **Cendon**, *Non di sola salute vive l'uomo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 567; **Aa.Vv.**, *Il risarcimento del danno esistenziale, aspetti civili, penali, medico legali, processuali*, nel *Trattato breve dei nuovi danni*, a cura di Cendon, Torino, 2001; **Cendon-Ziviz**, *Il risarcimento del danno esistenziale*, Milano, 2003, pag. 31 ss.; **Ziviz**, *Lo spettro dei danni bagatellari*, in *Resp. civ. e prev.*,

tale *classe* di pregiudizio ha rilevanza costituzionale in sé, a prescindere dalla gravità della lesione purchè meritevole di tutela, e ricomprende tutte le menomazioni delle “*attività realizzatrici della persona*” (cioè il *non poter più fare* ciò che si faceva anteriormente all'illecito o il *dover fare altrimenti*).

La categoria del pregiudizio all'esistenza è *meritevole di tutela costituzionale* perché riguarda la realizzazione della persona come singolo e nelle formazioni sociali (ex art. 2 Cost.).³⁴¹

Dal danno esistenziale, tuttavia, rimangono esclusi i pregiudizi consistenti in quel “male di vivere” che non si manifesta nel *non poter più fare* (il c.d. *perturbamento dell'agenda*), quanto piuttosto nel *non voler più fare* ciò che si faceva prima dell'illecito, nonché il danno morale che, pur derivante dalla lesione di interessi di rango costituzionale, non rientra nell'ambito dell' art. 2059 cod. civ.

Secondo tale teoria, tutti i pregiudizi non patrimoniali esistenziali devono essere liquidati secondo equità.

Seppure sostanzialmente allineato alla Scuola Triestina, appare parzialmente diverso il pensiero della Scuola Torinese³⁴² la quale è autrice della teoria c.d. “spuria” del danno esistenziale. L'elaborazione dottrinale *de qua* riconduce nell'ambito di risarcibilità dell'art. 2043 c.c. ogni pregiudizio non patrimoniale (il danno biologico, il danno esistenziale ed anche i patemi d'animo) conseguente alla lesione di interessi di rilevanza costituzionale ed è, inoltre, capace di comprendere anche i patemi d'animo.

Non si parte dal basso, guardando al pregiudizio, e riconducendo questo alla logica della Costituzione attraverso il filtro dell'art. 2 della Costituzione, ma, in una visione inversa, si prende posizione dall'alto del testo costituzionale e dai diritti tutelati per affermare la riparabilità dell'interesse leso concretamente qualora possa ricondursi ad uno dei diritti costituzionalmente protetti.

2007, pag. 517.

341 **Anzani**, *I percorsi del danno non patrimoniale*, cit., pag. 398.

342 **Bona-Monateri**, *Il nuovo danno non patrimoniale*, Torino, 2004, pag. 153 ss. e, sui danni bagatellari, pag. 241 ss. In opposizione al danno esistenziale, **Ponzanelli**, *Sei ragioni per escludere il risarcimento del danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2000, pag. 693; **Aa.Vv.**, in *Critica del danno esistenziale*, a cura di Ponzanelli, Torino, 2003. Seppure di scuola pisana, riflette sul tema anche **Navarretta**, *Ripensare il sistema dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. e prev.*, 2004, pag. 3

Non si parla quindi di *costituzionalizzazione del danno-conseguenza*, come per la Scuola Triestina, perché ad assumere rilievo costituzionale è solo l'interesse leso e non il danno.³⁴³

E' da dire che gli autori "esistenzialisti", nell'enfasi di riconoscere il diritto al risarcimento di lesioni non patrimoniali, non hanno mai individuato seri criteri che consentissero di bilanciare le contrapposte posizioni del danneggiante e del danneggiato.³⁴⁴

La tendenza è stata, infatti, quella di ricondurre a Costituzione quasi tutte le ipotesi di lesione ad asseriti diritti non patrimoniali.

Si individua un atteggiamento della giurisprudenza (in special modo onoraria) volto all'accoglimento di pretese "bagatellari", che hanno rischiato di destabilizzare la responsabilità civile piegandola ad una funzione per lo più "consolatoria".³⁴⁵

Ecco che, allora, altre scuole di pensiero hanno cercato altre soluzioni che, pur dando credito al danno non patrimoniale, meglio si adattassero alle esigenze concrete delle parti senza andare a compromettere l'equilibrio dell'ordinamento.

Si distingue, in questo senso, il contributo della Scuola pisana e, in particolare, di alcuni suoi autori³⁴⁶, che, tentando un'accorta opera di "tipizzazione" del danno non patrimoniale risarcibile, hanno suggerito di procedere ad una rilettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c..

343 Cfr. Trib. Milano, 27.11.2000, in *Resp. civ. e prev.*, 2001, pag. 669, con nota di Ziviz. La giurisprudenza che si è dimostrata favorevole al danno esistenziale ha prevalentemente accolto la categoria nella versione torinese. Ad esempio, si citano: Cass., 2.2.2001, n. 1516; Trib. Palermo, 8.6.2001; Trib. Agrigento, sez. pen., 4.6.2001; Trib. Torino, 15.2.2001, n. 1293; Cass. pen., 13.11.2000, n. 11625; Trib. Milano, 15.6.2000 e Trib. Firenze, sez. stralcio, 24.2.2000, n. 451, tutte in *Giur. it.*, 2002, 951, con nota di Bona; Cass., 7.6.2000, n. 7713, in *anno e resp.*, 2000, 835, con nota di Monateri.

344 **Anzani**, *I percorsi del danno non patrimoniale*, cit., pag. 397.

345 Giud. pace Casoria, 13.7.2005, n. 2781, in *Danno e resp.*, 2006, pag. 54, con nota di Ponzanelli; Giud. pace Napoli, 10.6.2004, in *Resp. civ. e prev.*, 2004, pag. 1144, con nota di Sanna; Giud. pace Napoli, 26.2.2004, in *Danno e resp.*, 2005, pag. 433, con nota di Di Bona De Sarzana.

346 **Navarretta**, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Giappichelli, 1996; Id., *Bilanciamento di interessi costituzionali e regole civilistiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, pag. 649; Id., *Il danno alla persona tra solidarietà e tolleranza*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, pag. 775; *Danno e resp.*, 2003, pag. 816, con note di **Busnelli**, **Ponzanelli** e **Procida Mirabelli**; *Resp. civ. e prev.*, 2009, pag. 38, con note di **Monateri**, **Navarretta**, **Poletti** e **Ziviz**.

L'impostazione pisana evidenzia che proprio l'incapacità di misurare il danno non patrimoniale con una qualsivoglia scala di valori – anche al di fuori di logiche di mercato – comporta la mancanza di un filtro obiettivo di misurazione del pregiudizio e, quindi, la necessità di una valutazione che sia operata attraverso un criterio più rigoroso.

Tale dottrina esprime un pensiero diametralmente opposto a quello che caratterizza le tesi del danno esistenziale, e ritiene che la tutela riparatoria non debba essere accordata a qualunque “interesse di rango costituzionale”, ma solo ai *diritti fondamentali ed inviolabili* della persona, curando attentamente il bilanciamento tra interessi confliggenti di pari rango.³⁴⁷

Essi affermano che non possono trascurarsi i principi di solidarietà e di tolleranza; solo così è possibile ravvisare, in positivo, l'integrazione di un illecito aquiliano solo in presenza di apprezzabili lesioni dell'interesse protetto e, in negativo, escludere la rilevanza di quelle offese che, in concreto, non intacchino il nucleo effettivamente inviolabile dell'interesse.

Solo così, in conclusione, il diritto non diviene “ostaggio” dei capricci individuali.

3b) Digressione sul risarcimento del danno non patrimoniale aquiliano: il pensiero della giurisprudenza

L'interesse manifestato dal pensiero dottrinale e l'avvicinarsi delle opinioni circa la risarcibilità o meno del danno non patrimoniale hanno contribuito molto allo sviluppo di una nuova sensibilità verso quest'ultimo.

A seguito della crescente rivalutazione degli interessi non economici implicati nei rapporti sociali, anche il legislatore ha ampliato le ipotesi nelle quali ammettere la risarcibilità delle lesioni occasionate alla sfera non patrimoniale.

Si tratta prevalentemente dei casi nei quali il risarcimento è posto a presidio della sofferenza morale intesa in senso tradizionale (conseguente a reato), ma anche dei valori fondamentali riconosciuti dalla Costituzione ad ogni individuo in quanto essere umano.³⁴⁸

³⁴⁷ Anzani, *I percorsi del danno non patrimoniale*, cit., pag. 397.

³⁴⁸ Cfr. 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”,

Giova premettere che fino agli anni settanta è pacifica³⁴⁹ anche nella giurisprudenza di merito e di legittimità 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.

Alla base delle decisioni è sempre presente la motivazione secondo la quale mentre i pregiudizi di natura economica sarebbero suscettibili di una quantificazione certa in ordine al loro esatto ammontare ed alla loro concreta incidenza sul patrimonio della vittima dell'illecito (cfr. *supra*, par....) lo stesso non può dirsi anche dei danni non patrimoniali.³⁵⁰

Ecco che, allora, per gli interpreti, la limitazione legislativa alle ipotesi normativamente tipizzate, sembra costituire una logica conseguenza delle predette difficoltà concettuali insite alla risarcibilità dei danni non patrimoniali.

La questione inerente il tema che in questione si complica nei decenni successivi, con l'avvento delle teorie sul *danno biologico* e sul c.d. *danno esistenziale* (cfr. *supra*).

Il crescente riconoscimento della rilevanza 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.³⁵¹

Catania, 23 e 24 novembre 2007 [tra le norme: Art. 11, L. 117/1988 (illegittima detenzione), art. 2 L. 89/2001 (irragionevole durata del processo), 152 D.lgs. 196/2003 (lesione del diritto del privacy), art. 44 D. lgs. 215/2003 (discriminazioni contrattuali per motivi razziali, etnici, religiosi, di salute o condizione psico- fisica), art. 33 L. 67/2006, art. 45 D.lgs. 216/2003, art. 55-quinquies, D.lgs. n. 198/2006 (danniderivanti da atti lesivi dei principi di "pari opportunità" e parità di trattamento nel lavoro tra uomini e donne), L. dir. aut. (lesione del diritto d'autore), art. 1251 cod. proprietà industriale (danni da lesione dei diritti di proprietà industriale)].

349 Cass. 15.06.1951, n. 1528, in *Foro pad.*, 1951, II, pag. 51; Cass. 31.10.1961, n. 2531, in *Resp. civ. prev.*, 1962, pag. 73, Cass. 19.08.1964 n. 2336, in *Resp. civ. prev.*, 1965, pag. 146, Cass. 22.03.1979, n. 1646, in *Arch. giur. circ. sin. Strad.*, 1979, pag. 438; Cass. 05.07.1979, n. 30, in *Resp. civ. prev.*, 1979, pag. 591; Cass. 06.04.1983, n. 2396, in *Resp. civ. prev.*, 1983, pag. 760; Cass. 26.11.1984, n. 6134, in *Riv. giur. Lav.*, 1985, vol. II, pag. 689.

350 Cass. 17.01.1967 n. 159, in *Resp. civ. prev.*, 1967, pag. 310.

351 La prima sentenza in tal senso: Cass.07.06.2000, n. 7713, in *Resp. civ.*, 2000, pag. 923.

Ma gli interventi giurisprudenziali più importanti sul tema sono soprattutto rappresentati dalle sentenze della Corte di Cassazione³⁵² del 31.5.2003, nn. 8827 - 8828 e la sentenza (interpretativa di rigetto) della Corte costituzionale n. 233/2003, poi suggellate ed integrate dalle sentenze della Cassazione a sezioni unite dell'11.11.2008, n. 26972-3-4-5, artefici di un vero e proprio *renvirement* in materia. Esse accolgono e assorbono le opinioni dottrinali della Scuola Pisana creando una nuova tendenza interpretativa sul danno non patrimoniale aquiliano e contrattuale.³⁵³

A quest'ultimo è attribuita una portata comprensiva di ogni pregiudizio inerente alla persona, a partire dal danno alla salute, per poi passare al danno morale da reato e giungere infine alle sofferenze legate all'illecito civile che abbia leso un diritto considerato *inviolabile* (cfr. *infra*, par...).

Seguendo quanto suggerito dagli autori dell'orientamento pisano, grazie alla giurisprudenza è stata operata l'auspicata interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 cod. civ. il quale diviene il punto di riferimento per la protezione degli interessi costituzionali; la Costituzione, fonte del diritto superiore, risulta pertanto perfettamente idonea a soddisfare la riserva di legge operata dalla disposizione di cui all'art. 2059 c.c. in esame.³⁵⁴

Vanno, dunque, abbandonate le sottocategorie del danno esistenziale e danno morale perché bisogna solo verificare la lesione di diritti inviolabili della persona.

352 *Danno e resp.*, 2003, 816, con note di **Busnelli, Ponzanelli e Procida Mirabelli** cit.

353 Il nuovo assetto della responsabilità civile delineato per la prima volta dalle due sentenze della Cassazione è stato poi confermato, a distanza di pochi mesi, dalla stessa Corte Costituzionale, che, con la nota pronuncia n. 233/2003, afferma, fra l'altro, che l'art. 2059 c.c. consente il risarcimento del danno non patrimoniale non solo nel caso di danno morale da reato, ma anche nel caso di lesione di valori della persona, tra cui vengono inclusi sia il danno biologico, sia il danno esistenziale derivante dalla lesione di altri interessi di rango costituzionale inerenti alla persona. Cfr. C. Cost., 11 luglio 2003, n. 233, in *Giur. It.*, 2003, 1777. La sentenza della Corte Costituzionale è stata commentata, tra gli altri, da **Ziviz**, *Il nuovo volto dell'art. 2059 c.c.*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, 1036; Cendon-Ziviz, *Vincitori e vinti (dopo la sentenza C.Cost. n.233/2003)*, in *Giur. It.*, 2003, II, p. 1777; **Navarretta**, *La Corte Costituzionale e il danno alla persona "in fieri"*, in *Foro it.*, 2003, 2272; **Bona**, *Il danno esistenziale bussa alla portae la Corte Costituzionale apre (verso il nuovo art. 2059 c.c.)*; **Cricenti**, *Una diversa lettura dell'art. 2059 c.c.*, **Ponzanelli**, *La Corte Costituzionale si allinea con la Corte di Cassazione*, **Procida-Mirabelli-Di Lauro**, *Il sistema di responsabilità civile dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 233/03*, tutte in *Danno e Resp.*, 2003, 939 ss.

354 **Anzani**, *I percorsi del danno non patrimoniale*, cit., pag. 397.

Si ricorda, in particolare, quanto sancito dalle pronunce gemelle del novembre 2008: *“Il c.d. pregiudizio di tipo esistenziale è 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.*

*La gravità dell'offesa costituisce requisito ulteriore [...] 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.).”*³⁵⁵

È ancora questione controversa se il catalogo degli interessi inviolabili sia aperto, in virtù di un'interpretazione estensiva dell'art. 2 Cost., ovvero chiuso, in virtù di un'interpretazione restrittiva basata sulle specifiche disposizioni costituzionali successive.³⁵⁶

La Corte costituzionale, chiamata ad intervenire, ha assunto una posizione mediana, affermando che l'art. 2 Cost., di portata estremamente flessibile, può essere interpretato in modo tale da essere fonte di “nuovi” diritti inviolabili ma solo qualora essi siano, comunque, strettamente conseguenti a quelli già sanciti nel testo della Legge Fondamentale.

³⁵⁵ Corte di Cassazione, SS.UU., sent. 11.11.2008 n° 26972, cit.. In materia di danni bagattellari, si veda **Plenteda**, [Il Giudice di Pace ed il danno esistenziale bagattellare e transeunte](#)

³⁵⁶ Non è del tutto chiaro quali siano tali diritti costituzionalmente qualificati; infatti, la Cassazione a Sezioni Unite non perimetra tale nozione, evidentemente lasciando spazio alle singole interpretazioni caso per caso, fermo restando l'ammissibilità di interpretazioni non rigorose per merito della clausola generale dell'art. 2 Cost. (i diritti inviolabili della persona non sono un *numerus clausus*). **Castronovo**, *Danno esistenziale: il lungo addio*, in *Danno e resp.*, 2009, pag. 5; **Serio**, *Osservazioni sparse sulle pronunce delle Sezioni unite del novembre 2008 in materia di risarcimento del danno non patrimoniale*, in *Dir. fam. e pers.*, 2010, II, pag. 231. Sulla «fondamentalità» e «inviolabilità» del diritto, **Baldassarre**, voce «Diritti inviolabili», in *Enc. giur. Treccani*, XI, Ed. Enc. it., 1989; **Peces-Barba Martinez**, voce «Diritti e doveri fondamentali», trad. it. di Roza Acuna, nel *Digesto IV ed., Disc. pubbl.*, V, Utet, 1990, pag. 139. Sull'art. 2 Cost. nella giurisprudenza costituzionale, **Cricenti**, *Persona e risarcimento*, Torino, 2005, pag. 88. Sui filtri della serietà dell'offesa e della tolleranza, **Navarretta**, *I danni non patrimoniali, lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, a cura di Navarretta, Milano, 2004, pag. 144 e ss..

4) Il danno non patrimoniale da inadempimento, l'art. 2059 c.c. ed il problema della sua applicabilità alla responsabilità contrattuale

Premessi i cenni sulla responsabilità per i danni non patrimoniali e illustrate brevemente le evoluzioni dottrinali e giurisprudenziali che hanno accompagnato il tema³⁵⁷, ci si può ora più diffusamente soffermare sulle problematiche sottese alla risarcibilità di siffatti pregiudizi in area contrattuale.

Numerose sono le ragioni che suggeriscono di assumere un atteggiamento di apertura e di avviare un ripensamento dell'intera tematica; come premesso (cfr. *supra*, par..., pag...), la diffusione e l'importanza dei contratti che proteggono interessi della persona nonché l'emergere di fattispecie normative (come la vacanza rovinata) di cui viene espressamente riconosciuta la risarcibilità dei danni non patrimoniali da responsabilità contrattuale, hanno offerto spunti di riflessione agli interpreti.³⁵⁸

Come inoltre già fatto presente, la chiusura mentale nei confronti della riparabilità del danno in materia di obbligazioni e contratti, è stata originariamente generata dalla fatto che non esiste, al momento, all'interno del nostro codice, disposizione alcuna che dia indicazioni in materia.³⁵⁹ Se talora si è sancita la ristorabilità di cotali pregiudizi, infatti, si è sempre trattato di previsioni eccezionali e specifiche per determinate casistiche.

Nel nostro Codice Civile vi è solo l'art. 2059 c.c. dedicato alla categoria generale del danno non patrimoniale e si tratta di una disposizione collocata alla fine del libro IV, a conclusione del Titolo IX dedicato ai fatti illeciti.

A fronte, però, del continuo emergere di questioni inerenti diritti ed interessi non economici anche in materia contrattuale, ci si è interrogati circa la possibilità di

357 **Breccia**, *Le obbligazioni*, in Tratt. Dir. Priv., cit., pag. 673; **Dalmartello**, *Danni morali contrattuali*, in Riv. Dir. civ., 1933, pag. 53 e ss; **Ravazzoni**, *La riparazione del danno non patrimoniale*, Milano, 1962, specie 221 e ss.

358 Così **Navarretta**, *I danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, Milano, 2004, cap. II, pag. 60 e ss..

359 **A. Dalmartello**, *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, vol. I, 2, pag. 570; **Gianturco**, *Diritto delle obbligazioni. Lezioni di diritto civile raccolte da A. Rubilli e L. Gianturco*, Napoli, 1894, pag. 231..

applicazione dell'art. 2059 c.c. alle fattispecie di responsabilità da inadempimento.

La collocazione sistematica della norma in esame all'interno della disciplina dettata per gli illeciti, al termine del Libro IV, suggerisce che non vi sia alcuna differenza tra illecito contrattuale ed extracontrattuale: essendo una norma posta "a chiusura" essa sarebbe applicabile all'intera disciplina delle obbligazioni, a prescindere dalla loro fonte.³⁶⁰

In sostanza, limitare l'ambito di operatività dell'art. 2959 c.c. alle conseguenze derivanti dai soli fatti illeciti sarebbe, oggi, incoerente; la lesione dei *beni fondamentali* dell'individuo non è un fatto limitato alla sola responsabilità aquiliana ma può abbracciare anche le conseguenze derivanti dal mancato rispetto dell'obbligo dedotto in contratto.

Si annota, tra gli altri, l'opinione di Bianca³⁶¹ il quale afferma: *“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*

360 Si è anticipato che, come noto, la Corte di Cassazione con due pronunce a Sezioni Unite nel 2003, da un lato, ha operato un ampliamento del significato della nozione di danno non patrimoniale - ricomprendendo in essa tutti i pregiudizi derivanti dalla lesione di interessi costituzionalmente rilevanti dell'individuo (quali ad es. la salute; si è infatti riconosciuto, per la prima volta, il c.d. *danno biologico*) – e, dall'altro lato, ha individuato nella Costituzione il parametro capace di soddisfare la riserva di legge contemplata dall'art. 2059 c.c.. La Suprema Corte ha, dunque, riletto quest'ultima disposizione interpretando in modo innovativo “*i casi disciplinati dalla legge*” in cui è ammesso il risarcimento del danno non patrimoniale e, alla luce di ciò, ha affermato che l'art. 2059 c.c. non si riferisce esclusivamente all'art. 185 c.p., ma si può riferire anche alle norme costituzionali che tutelano i valori fondamentali di ciascun individuo. (cfr. *supra*). Per approfondimenti cfr. Cass., 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828, in *Corr. Giur.*, 2003, 1017 ss. Le sentenze sono state commentate, *ex plurimis*, da **Cendon**, *Anche se gli amanti si perdono l'amore non si perderà. Impressioni di lettura su Cass. 8828/2003*; **Ziviz**, *E poi non rimase nessuno*; **Bargelli**, *Danno non patrimoniale e interpretazione costituzionalmente orientate dell'art. 2059 c.c.*, tutte in *Resp. civ. prev.*, 2003, 675; **Busnelli**, *Chiaroscuri d'estate. La Corte di Cassazione e il danno alla persona* e **Ponzanelli**, *Ricomposizione dell'Universo non patrimoniale: le scelte della Corte di Cassazione*, entrambe in *Danno e resp.*, 2003, 816; **Franzoni**, *Il danno non patrimoniale, il danno morale: una svolta per il danno alla persona*, *Corr. Giur.*, 2003, 1017.

361 Così, **Bianca**, *Diritto Civile*, vol. V, *La responsabilità*, cit., p.170.

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”.

Le opinioni dottrinali circa la riparabilità del danno non patrimoniale da inadempimento non sono, tuttavia, omogenee.

Un secondo indirizzo, infatti, appare orientato nel senso opposto al primo illustrato e ritiene di escludere *a priori* l'applicabilità dell'art. 2059 c.c. alla disciplina dell'inadempimento: la disposizione in esame sarebbe stata dettata solo per gli illeciti aquiliani.

Estremizzando tali considerazioni, qualche autore, ritenendo che l'art. 2059 c.c. si applichi alla sola categoria del pregiudizio aquiliano, esclude la sua estensione alla responsabilità da inadempimento e nega in radice che di “danno non patrimoniale” possa parlarsi, in generale, in materia obbligatoria.³⁶²

In secondo luogo, l'esclusione della risarcibilità dei pregiudizi non patrimoniali da inadempimento sarebbe suffragata dal tradizionale concetto di obbligazione che considera possibile dedurre in contratto solamente rapporti di natura patrimoniale (art. 1321 c.c.).

Oggetto dell'autonomia negoziale, infatti, sono principalmente i diritti disponibili che, in linea di massima, si identificano con quelli di carattere patrimoniale. Così si spiegherebbe la formulazione letterale dell'odierno art. 1321 c.c..

362 **Chironi**, *La colpa nel diritto civile moderno – La colpa contrattuale*, Torino, 1897, pag. 65 e ss.; **Ravazzoni**, *La riparazione del danno non patrimoniale*, Milano, 1962; **Scognamiglio**, *Il danno morale*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, pag. 316; **Zeno Zencovich**, *Interesse del creditore e danno contrattuale non patrimoniale*, in *Riv. dir. comm.*, 1987; **Businelli**, *Interessi della persona e risarcimento del danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996.

In giurisprudenza, cfr. App. Perugia 8.6.1998, in *Rass. giur. umbra*, 1999, fasc. 1, secondo cui: “non è ammissibile il risarcimento del danno morale consistente nell'afflizione derivante da inadempimento contrattuale”; il principio è stato affermato anche più di recente da Cass. Sez. III, 23.12.2003, n. 19769, in *Giust. civ.*, 2004, vol. I, pag. 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).

I sostenitori di questa tesi precisano che i contratti, non potendo incidere sulla sfera *a-reddituale e non patrimoniale* della persona, possono disciplinare interessi soltanto patrimoniali, la cui lesione comporta inevitabilmente danni della medesima natura economica.

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.

Scognamiglio,³⁶³ che condivide l'impostazione da ultimo richiamata, sottolinea inoltre che, il danno *morale* di cui tratta l'art. 2059 c.c. è identificabile con le conseguenze connesse esclusivamente alla lesione di beni della personalità; e questi ultimi - egli ribadisce - non possono mai costituire oggetto di un'obbligazione.

Zeno Zencovich³⁶⁴, argomentando del tutto similmente a Scognamiglio, nello spiegare le ragioni circa l'esclusione dell'applicabilità dell'art. 2059 c.c. al campo contrattuale, parte da una considerazione di carattere generale: egli ritiene che, se in materia aquiliana il legislatore ha limitato ad ipotesi tassativamente e normativamente previste la risarcibilità dei pregiudizi non economici, siffatta tipologia di nocimenti non dovrebbe essere considerata risarcibile a pieno titolo in un settore, come quello contrattuale, ove nessuna disposizione espressamente li prevede o ne regolamenti in modo esplicito la disciplina.

Ragionare in modo contrario, considerando cioè applicabile *tout court* l'art. 2059 c.c. anche all'inadempimento senza previsione in tal senso da parte di alcuna norma sarebbe errato.

363 Scognamiglio, *Il danno morale*, cit., pag. 316 e ss.

364 Zeno Zencovich, *Danni non patrimoniali e inadempimento*, cit., pag. 116; in particolare egli afferma: “*anche qualora si volesse negare l'applicazione, in caso di inadempimento, della regola dell'art.2059 c.c., la risarcibilità del danno de 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*”.

La prospettiva accolta da questi autori è stata criticata recentemente da Paradiso³⁶⁵ il quale, richiamando una tesi peraltro autorevolmente sostenuta già sotto la vigenza del Codice Civile del 1865,³⁶⁶ ha ritenuto che l'assenza di una specifica norma preposta alla disciplina dei danni in esame, nulla dice circa l'atteggiamento del legislatore; tutto dipende meramente dalla visuale con la quale si affronta la questione.

In effetti, il silenzio sul punto potrebbe essere inteso sia come rifiuto all'applicabilità dell'art. 2059 c.c. ma anche come "tacita conferma" del contrario, con conseguente estensione della disciplina dettata per i danni non patrimoniali da illecito aquiliano a tutto il sistema risarcitorio, contrattuale e non contrattuale, in ossequio al criterio ermeneutico secondo il quale "*tutto quello che il legislatore non ha espressamente proibito deve ritenersi ammissibile*".

Anzi. Paradiso asserisce che, teoricamente, il silenzio serbato da legislatore, potrebbe proprio indicare la volontà di non limitare affatto il risarcimento del danno non patrimoniale da inadempimento.

Egli ritiene quindi più prudente, considerato il silenzio del legislatore, astenersi dal desumere conclusioni in un senso o nell'altro.³⁶⁷

E' di tutta evidenza, comunque, che anche prescindendo da una qualificazione del silenzio della legge sul tema, sia necessario in un modo o nell'altro individuare elementi che possano "circostanziare" l'omissione del legislatore; l'interprete,

365 **Paradiso**, "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.

366 **Dalmartello**, *Danni morali contrattuali*, in *Riv. dir. civ.*, 1933, pag. 53: "Se il danno non patrimoniale da inadempimento non viene espressamente escluso dal legislatore, deve presumersi che lo 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; del danno non patrimoniale, tale scelta è stata esplicita, 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"; **Bonilini**, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, pag. 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".

367 **Liberati**, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Padova, 2004, pag. 1 e ss.; **Gazzara**, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Napoli, 2003, pag. 45 e ss..

dinanzi ad una richiesta risarcitoria, deve essere posto in una situazione tale da sapere se propendere per l'una o l'altra delle conclusioni prospettate senza incorrere in prese di posizione arbitrarie.

Se, dunque, nessun elemento utile è desumibile dalla disposizione di cui all'art. 2059 c.c., taluni hanno proposto di orientare l'indagine verso l'esame delle disposizioni del Codice Civile disciplinanti la responsabilità contrattuale, al fine di "cercare e scoprire" indizi che siano idonei a suggerire se propendere per la tesi favorevole alla risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento, o se per quella contraria.

Con l'obiettivo di giungere ad una soluzione della questione, si riportano dunque all'attenzione le norme di regolamentazione dei fondamentali profili della responsabilità da contratto, tra i quali gli artt. 1218, 1223, 1225, 1321 c.c. e, primo tra tutti, l'art. 1174 c.c.

5) La fonte normativa della responsabilità da inadempimento

Da quanto sin qui premesso, è oramai dato pacifico che anche un interesse non patrimoniale del creditore sia sufficiente a configurare una obbligazione: il richiamo testuale, a tale proposito, contenuto nell'art. 1174 c.c. fa presumere che tale interesse non stia in posizione subordinata ad altri prettamente patrimoniali.

Il principio affermato dall'art. 1174 c.c. è stato utilizzato spesso come "base normativa" su cui costruire le tesi della rilevanza degli interessi non patrimoniali sottesi ad un accordo contrattuale; è avvenuto così, ad esempio, nelle sentenze in materia di lavoro subordinato al fine di giungere ad una migliore applicazione concreta degli artt. 2087³⁶⁸, 2103, e 2105³⁶⁹.

368 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 comma 2 c.p.

369 Essi 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 lavoro, il diritto del lavoratore all'assegnazione definitiva alle mansioni superiori svolte in presenza dei requisiti prescritti dalla legge e, infine, l'obbligo di fedeltà del lavoratore nei confronti del datore di lavoro. In questo settore, ad esempio, non è mai stata messa in dubbio la rilevanza contrattuale dell'interesse non patrimoniale della disciplina che regola il passaggio alle mansioni superiori: il legislatore, infatti, ha scelto di tutelare il lavoratore consentendogli non solo il diritto alla *equiparazione* della retribuzione, ma anche la legittima aspettativa del

Al di fuori della materia laburistica contrattuale, a dire il vero, tale norma ha trovato poche applicazioni: ciò è dovuto, probabilmente, al fatto che la responsabilità contrattuale è stata sempre regolata applicando al caso di specie le disposizioni di cui agli artt. 1218 e 1223 c.c., rispettivamente disciplinanti i profili di colpa e imputabilità del debitore nonché il criterio di determinazione dei danni risarcibili.

Quasi mai, dunque, si è considerato l'art. 1174 c.c. quale norma cardine, o anche solo di contorno, che accompagna la disciplina dell'inadempimento e ne serve da regola complementare ed integrativa.

Come accennato, il punto di riferimento è costituito dall'art. 1218 c.c. che sancisce l'obbligo, per il debitore, di rispondere 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.³⁷⁰

L'art. 1218 c.c.c, tuttavia, risulta assai emblematico perché nulla dice circa il carattere patrimoniale o non patrimoniale del pregiudizio arrecato con la mancata attuazione della promessa.

Data, pertanto, la sua inconferenza ai fini che interessano, si è rivolto lo sguardo ad una diversa disposizione: si tratta dell'art. 1223 c.c. che disciplina le modalità con le quali valutare e dare contenuto al termine "*danno*", trattando della perdita emergente e del lucro cessante.

Di fatto, anche attraverso l'interpretazione della norma richiamata, non si sono trovati indici utili ad ammettere il riconoscimento del diritto al ristoro di una eventuale "*perdita non economica*" cagionata con l'inadempimento del contratto.

lavoratore ad essere inquadrato nella qualifica superiore corrispondente alle mansioni effettivamente svolte.

³⁷⁰ La disciplina dettata dal codice civile per la responsabilità contrattuale è del tutto opposta a quella sancita dall'art. 2043 c.c. in tema di responsabilità aquiliana: mentre in caso di inadempimento è il debitore, infatti, a doversi attivare per dimostrare la sua assenza di colpa, nel caso di pregiudizio extra-contrattuale è, invece, 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.). Il maggior favore previsto dall'art. 1218 c.c. è giustificabile alla stregua del maggiore affidamento indotto nel danneggiato dal danneggiante con la stipula del contratto. 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).

Stanti tali presupposti, alcuni autori³⁷¹ negano la possibilità di risarcire il danno non patrimoniale da inadempimento proprio a causa della lacunosità delle norme citate, e sulla loro lettura ed interpretazione testuale.

Il “danno emergente” da un lato, ed il “lucro cessante” dall’altro, inoltre, costituiscono voci applicabili solo al danno monetizzabile e patrimoniale; certamente mal si adattano alla valutazione di quello non patrimoniale, non potendosi ravvisare concettualmente una c.d. *perdita secca* ed un mancato guadagno della *sfera morale* dell’individuo.

Per contro, altra dottrina ha criticato siffatta opinione reputandola non del tutto corretta; l’obiezione circa l’estensione dei termini perdita e guadagno contenuti nell’art. 1223 c.c. è facilmente superabile se solo la si legga in combinato disposto con la norma contenuta nell’art. 1174 c.c.; è quest’ultimo articolo, infatti, secondo alcuni, a possedere il ruolo di “*giustificare la rilevanza e la risarcibilità dei danni non patrimoniali contrattuali*”.³⁷²

Tra i fautori della corrente dottrinale in esame si annovera Bonilini,³⁷³ il quale ritiene che gli artt. 1218 e 1223 c.c., che parlano genericamente di “*danno*” e di “*perdita subita*”, comprenderebbero la privazione di “*qualsiasi cosa o vantaggio, e perciò tanto di un bene che può valutarsi pecuniariamente in via oggettiva, quanto di un bene che sfugge a tale caratteristica perché non del mondo economico*”. Egli è del parere che l’interpretazione secondo la quale il concetto di “*perdita*” stia solo per “*perdita economica*” rappresenta “*il frutto di un argomento che si tramanda e che può ben dirsi indicatore di una mentalità patrimonialistica che da lungo tempo si è abituati a rintracciare nelle operazioni esegetiche delle nostre norme*”.

371 **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).

372 **Costanza**, *Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale*, in Riv. Crit. Dir. priv., 1987, pag. 128. Di questo avviso anche **Amato**, *Il danno non patrimoniale da contratto*, in *Il nuovo danno non patrimoniale*, a cura di Ponzanelli, Padova, 2004, p. 152 e ss., secondo cui gli artt. 1223 e 1174 c.c. assumono oggi questo innovativo significato anche a seguito della svolta giurisprudenziale del 2003, citata, e, quindi, del nuovo contenuto assunto dal danno non patrimoniale.

373 **Bonilini**, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, pag. 231.

Bonilini riflette proprio sul fatto che l'art. 1174 c.c. abbia un significato fondamentale non solo nella definizione dell'obbligazione, ma anche nell'ottica della risarcibilità del danno da inadempimento; se la norma ammette la rilevanza di interessi non patrimoniali nel rapporto, non c'è ragione di ritenere che la concreta compromissione di quegli stessi interessi debba essere irrilevante e debba rimanere non risarcibile.³⁷⁴

La "perdita" cui si riferisce l'art. 1223 c.c., in sostanza, andrebbe intesa piuttosto come "diminuzione" del patrimonio complessivo di un soggetto³⁷⁵; il contenuto normativo dell'art. 1223 c.c. è, infatti, suscettibile di ricomprendere la privazione di qualsiasi vantaggio, anche di natura non economica, qualora ex art. 1174 c.c. sia stato concretizzato nel negozio.

Sempre Bonilini reputa che, come l'art. 2059 c.c. deve essere interpretato nel senso di *comprendere ogni ipotesi di danno non patrimoniale*, altrettanto debba accadere per l'art. 1218 c.c.: tale norma deve essere interpretata in modo da consentire il raggiungimento del maggior risultato possibile in termini di tutela del soggetto leso, dovendo ricomprendere tutti i danni, e nessuno escluso, derivanti da inadempimento. In quest'ottica, si è parlato di una interpretazione "costituzionalmente orientata" anche dell'art. 1218.³⁷⁶

La disposizione in esame andrebbe dunque esegeticamente riletta (secondo lo stesso processo interpretativo applicato all'art. 2059 c.c.), individuando nell'ambito operativo dell'art. 1218 c.c. la risarcibilità anche di quei danni non

374 **Mazzamuto**, *Una rilettura del mobbing*, in Riv. Crit. Dir. priv., 2003, pag. 682.

375 Sul punto, v. **Di Marzio**, *Appunti in tema di locazione e danno esistenziale*, in Cendon, a cura di, *Danno e persona*, Milano, 2004; **Bonilini**, *cit.*, p. 232, il quale conclude che "l'esecuzione tardiva di un contratto o, a maggior ragione, la totale inadempienza dello stesso, può certo arrecare, primariamente, una perdita che il creditore non troverà difficoltà a stimare pecuniariamente, ma nessuno può negare che da quello stesso fatto quello stesso creditore può anche ritrarre una perdita non oggettivamente valutabile e conseguente, ad esempio, alla peggiorazione di beni quali la tranquillità o l'onore". Si pensi, ad esempio, ai disagi, di carattere non economico, che possono derivare dalla non esatta esecuzione di contratti quali la vendita e il trasporto.

376 Già **Bonilini**, *cit.*, p. 235, evidenziava come "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 rileva è che si è servito di termini che abilitano a questa conclusione e (...) che per mezzo di un uso accorto di quei termini (...), il giudice possa rendere più conforme a giustizia il trattamento da riconoscere al creditore insoddisfatto".

suscettibili di valutazione economica, consistenti in ogni lesione della sua sfera personale in quanto conseguenze immediate e dirette dell'inadempimento della prestazione patrimoniale.³⁷⁷

Vi è anche chi³⁷⁸, contrariamente, ritiene che la non patrimonialità degli interessi lesi non sia sufficiente, di per sé, ad attestare la risarcibilità dei danni non patrimoniali e che, se le parti nulla prevedono nel contratto in merito ad essi, deve desumersi la loro volontà di escluderne categoricamente la risarcibilità.

In altre parole, le parti devono preoccuparsi di colmare le lacune di legge con apposite e autonome pattuizioni. In difetto, il solo interesse non patrimoniale, sebbene esistente a livello di motivazione giustificativa dell'atto delle parti, non è in grado di autoaffermarsi come meritevole, rilevante e, conseguentemente, risarcibile.

Navarretta³⁷⁹, percorrendo una strada diversa da quella di Bonilini, considera fondamentale gettare uno sguardo alla causa concreta dell'operazione economica: per assumere rilevanza ai fini del risarcimento, l'interesse deve essere stato *dedotto in contratto* esplicitamente o implicitamente dai contraenti. Le dissertazioni sulla "natura" degli articoli 1218 e 1223 c.c. sono sterili e a nulla

377 Secondo **Petti**, *Il risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale della persona*, Torino, 1999, 160, che si esprime favorevolmente rispetto alla fattispecie del danno non patrimoniale da inadempimento, vi sono due possibilità per ammetterne la tutela risarcitoria. Si tratta, cioè, o di compiere una "interpretazione evolutiva dell'art. 1218 c.c., considerando nel principio risarcitorio inclusa la voce del danno non patrimoniale che sia conseguenza diretta ed immediata dell'inadempimento e tale proposta ermeneutica che sia di non ravvisare una lacuna del sistema di tutela". Oppure, si pone il problema di dover sollevare una "eccezione di incostituzionalità dell'art. 1218 c.c., in relazione agli artt. 2, 3, 24 Cost. eventualmente correlati con le norme costituzionali che tutelano i diritti umani, tutte le volte in cui, nel contratto, venga ad essere coinvolto un interesse o un'attività della persona che rientrano sotto una posizione soggettiva costituzionalmente rilevante". Cfr. anche **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., pag. 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, pag. 443 e ss.

378 **Bigliazzi Geri**, *L'interpretazione del contratto*, in Comm. Schlesinger, Milano, 1991, pag. 197 e ss.

379 **Navarretta**, *Diritti inviolabili e risarcimento*, Torino, 1996, pag. 301.

portano se le parti, in compenso, non si sono preoccupate di regolare i loro interessi non economici facendoli divenire parte della causa negoziale.

E uno dei più utilizzati e semplici metodi per dare rilievo a tali scopi e interessi non patrimoniali è la clausola penale (cfr. *supra*, cap.II, par. 5 e ss.).

6) Il danno non patrimoniale da inadempimento nella giurisprudenza

Se si getta uno sguardo alle pronunce della giurisprudenza sul tema del danno non patrimoniale da inadempimento, si rileva un approccio profondamente diverso rispetto a quello adottato dalla dottrina.³⁸⁰

Nei Giudici si coglie una certa difficoltà (quanto meno inizialmente) nel superare il dettato testuale dell'art. 2059 c.c. e il suo campo di applicazione limitato all'illecito extracontrattuale, nonché nell'esaltare il combinato disposto degli artt. 1174 e 1218 c.c. onde affermare la tesi favorevole alla risarcibilità del danno non patrimoniale contrattuale.³⁸¹

Almeno in un primo momento, infatti, le Corti hanno preferito *contenere* le pretese risarcitorie, in ragione dell'incertezza sulla normativa da applicare per i casi di pregiudizi non patrimoniali nonché della necessità di salvaguardare il 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*, può rischiare di essere condotto sulla base di valutazioni troppo generiche e sommarie.

Di fatto, il timore dei Tribunali è sempre stato quello di rendere il riconoscimento alla pretesa risarcitoria non patrimoniale più una "punizione" che un diritto, attribuendo alla responsabilità da inadempimento una funzione del tutto estranea alla finalità individuata dalla legge (cfr. *supra*, par...., pag....).³⁸²

380 Tra i tanti. **Bianca**, *Diritto civile*, vol. V, La Resp., cit., pag. 171 e ss; **De Cupis**, *Il danno*, cit., pag. 127 e ss.

381 Ad esempio: Cass. Sez. lav., 28.01.1985, n. 472; Trib. Lucca, 18.01.1992, in *Foro it.*, 1993, vol. I, pag. 264, nella quale è chiaramente detto che la risarcibilità dei danni non patrimoniali può essere prevista solo in base all'art. 2059 c.c. alla presenza di fatti che costituiscono reato e sviluppino una responsabilità aquiliana; Cass. 23.12.2003, n. 19769, in *Giust. Civ.*, 2004, pag. 1763; Cass. SS. UU. 22.05.2002, n. 7470.

382 Questo timore lo si è avvertito soprattutto nel campo del diritto del lavoro, dove ammettere la risarcibilità del danno, ad esempio, in conseguenza del mero accertamento del demansionamento

L'istituto del risarcimento è volto a salvaguardare la situazione del danneggiato e non a punire il danneggiante.³⁸³

Il “dilemma” sulla natura giuridica del danno non patrimoniale, e il timore di dare vita ad una *pena privata*, hanno costituito una questione costantemente dibattuta nelle pronunce dei Giudici sia di merito che di legittimità.³⁸⁴

Nelle sentenze dei Giudici italiani è evidente la *doppia anima* che implicitamente emerge dalle pronunce inerenti il risarcimento dei danni non patrimoniali: al di là della prudenza delle Corti nel concedere la riparazione di essi se non in casi provati (e, comunque, a mero scopo riparatorio e non punitivo), si coglie comunque un palese disagio dinanzi al dato normativo codicistico apparentemente troppo rigoroso nel limitare ai soli casi previsti dalla legge la risarcibilità dei

comporterebbe, ad avviso del Collegio, l'attribuzione al lavoratore di una somma di denaro che si configura come somma-castigo; i giudici, inoltre, hanno sempre insistito molto sulla questione della “prova del danno” dell'inadempimento datoriale. Tra le molte pronunce, si ricordano: Cass., 8.11.2003, n. 16792, in *Mass.*, 2003, 16792. Tra le altre, sostengono la tesi della prova del danno: Cass., 23.07.2004, n. 13887, in *Mass.*, 2004, 13887; Cass., 13.05.2004, n. 9129, *ibidem*, 9129; Cass., 18.11.2003, n. 16792, *ivi*, 2003, 16792; Cass., 4.06.2003, n. 8904, *ibidem*, 8904; Cass., 06.07.2002, n. 9856, *ivi*, 2002, 9856; Cass., 14.05.2002, n. 6992, in *Rep. Giur. It.*, 2003, voce “Lavoro (Rapporto)”, 2003, n. 333; Cass., 11.08.1998, n. 7905; Cass., 4.02.1997, n. 1026, *ivi*, 1997, voce cit., n. 824; Cass., 18.04.1996, n. 3686, in *Riv. Giur. Lav.*, 1996, II, 33). Per la giurisprudenza di merito, cfr., *ex multis*, App. Milano, 10.06.2000, in *Rep. Giur. It.*, 2000, voce cit., n. 844.

383 **V. Tomarchio**, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, op. ult. cit., pag. 70. Sul punto si coglie la profonda diversità strutturale, ad esempio, tra la responsabilità civile e quella penale, dove la finalità di quest'ultima è il soddisfacimento di esigenze retributive (o general-preventive) e, quindi, sanzionatorie, dell'autore del reato, mentre scopo della responsabilità civile è esclusivamente riparare le conseguenze dannose concretamente occasionate con l'illecito. Hanno spiegato bene questo profilo le Sezioni Unite, con sentenza n. 581/2008; la 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; in particolare, essa precisa che, 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.

Inoltre 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 comma 2 c.p..

384 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., la giurisprudenza ha sempre temuto che, nei casi di lesione di interessi non economici, il risarcimento costituisca strumento utile a celare - a titolo di riparazione - la comminazione di vere e proprie sanzioni private nei confronti del danneggiante.

danni non patrimoniali (art. 2059 c.c.). Tale dato normativo è, evidentemente, non adeguato alle esigenze di tutela dei cittadini.

Questa *necessità* ha influito molto, tanto nella giurisprudenza di merito quanto in quella di legittimità, nella scelta dei possibili indirizzi da seguire per la risoluzione della questione in esame.³⁸⁵

La giurisprudenza così, col trascorrere degli anni, acquisisce sempre più consapevolezza del fatto il contratto è strumento negoziale di regolazione dei più svariati interessi.

L'orientamento giurisprudenziale comincia a mutare prospettiva a partire da una sentenza della Pretura di Palermo con la quale si stabilisce che: *“L'inadempimento di un contratto avente ad oggetto la videoripresa della cerimonia nuziale provoca un danno ricollegabile alla sfera psico-affettiva-emotiva che si iscrive nella sfera di un tertium genus tra danno non patrimoniale e danno morale, come tale è risarcibile”*.³⁸⁶

Nella specie, il Pretore di Salerno (pur senza parlare espressamente e direttamente di una sorta di “danno esistenziale”, concetto che sarà coniato successivamente), richiama l'idea di un *tertium genus* tra il danno patrimoniale e quello morale da reato, accordando il risarcimento da inadempimento contrattuale a due sposi per il danno “interiore” subito per non aver potuto godere appieno della riproduzione audiovisiva della loro cerimonia nuziale.

La nota³⁸⁷ che accompagna la pronuncia spiega come la sentenza sia *“capace di segnalarsi per motivi di spiccato interesse... Il giudice adito, infatti, condannato il fotografo a restituire la somma percepita a titolo di acconto (danno emergente), rileva che, alla stregua della prestazione rimasta ineseguita e non diversamente reintegrabile in modo specifico... non può dubitarsi che gli attori abbiano risentito, in un rapporto eziologico sempre direttamente riconducibile*

385 **Visintini**, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 2005, pag. 676; **Busnelli**, *La tutela aquiliana del credito: evoluzione giurisprudenziale e significato attuale del principio*, in Riv. crit. dir. priv., 1987, pag. 294; **Poletti**, *Dalla lesione del credito alla responsabilità extracontrattuale da contratto*, in *Contr.e impr.*, 1987, pag. 124.

386 Pretura di Salerno, sez. dist. Eboli, 17.02.1997, Russo vs. Della Rocca, Giust. Civ. 1998, vol. 1, pag. 2037.

387 **G. Sapia**, *Lesione della sfera psico-affettiva-emotiva e danno contrattuale*, Giust. Civ. 1998, vol. 1, pag. 2037.

all'inadempimento del convenuto, anche di un danno legato alla loro sfera psico-affettiva-emoiva".

Il Pretore di Palermo, tuttavia, nella sua decisione, supera l'*impasse* del danno non patrimoniale da inadempimento non attraverso l'interpretazione delle norme di cui agli art. 1218 c.c. e 1223 c.c. e nemmeno ricorrendo all'art. 1174 c.c., bensì attraverso il meccanismo della "presupposizione". Il giudice adito, infatti, dopo avere affermato che la prestazione dovuta dal fotografo è tale da incidere sulla causa stessa del contratto, rileva che il soddisfacimento di quell'interesse costituisce la finalità essenziale del contratto medesimo, posto che – nel caso di specie – la possibilità di un impiego del tutto particolare dell'opus commissionato risulta "*evidentemente presupposto in virtù dell'attività da realizzare e dell'occasione alla quale la stessa era riferita*".³⁸⁸

La tendenza, dunque, a riconoscere la risarcibilità di un pregiudizio non patrimoniale da inadempimento contrattuale si accentua e, con essa, si palesa altresì l'esigenza di ancorare ad una più solida base normativa l'azione giudiziale per ottenerne il riconoscimento e il ristoro.³⁸⁹

388 Così **G. Sapio**, *Lesione della sfera psico-affettiva-emoiva e danno contrattuale*, cit., pag. 2037. L'anno successivo, il Giudice di pace di Catania, sulla stessa "onda" della Pretura di Palermo, riconosce il risarcimento del pregiudizio ad una sposina che, affidatasi alle cure di un parrucchiere il giorno delle nozze, si vede effettuare un taglio di capelli più corto rispetto a quello da lei indicato e scelto per il matrimonio; conseguentemente, gli accessori da lei acquistati (velo, fermacapelli, ecc...) non hanno potuto più essere utilizzati. La sposa, sentitasi male, decide così di spostare la data delle nozze; da ciò le deriva anche un pregiudizio alla sua vita di relazione. Dato atto dell'accaduto, la pronuncia stabilisce che: "*non può revocarsi in dubbio che l'istante abbia diritto alla rifusione dei danni subiti (estetico biologico e di disagio nella vita di relazione, seppur temporaneo)*" (G.d.p. di Catania, 25.04.1999, est. Nigro, in www.personaedanno.it). Significativa è anche una sentenza del Giudice di pace di Cagliari il quale, in uno dei primi casi in tema di pregiudizio derivante da un *overbooking*, sottolinea che: "*la compagnia aerea è responsabile per il danno economico-patrimoniale subito dal passeggero, nonché per quello da stress, da determinare in via equitativa*". (G.d.p. di Cagliari, 23.10.2001, Foro It., 2004, vol. 1, pag. 313). Poco dopo anche la Corte d'Appello di L'Aquila riconosce l'esistenza di un danno alla vita di relazione derivate da inadempimento di un contratto subito, in questo caso, dal lavoratore mezzadro al quale è affidata una casa coloniale in pessime condizioni; gli accordi erano che il concedente avrebbe dovuto mantenere in buone condizioni igieniche e strutturali (Corte d'Appello di L'Aquila, sez. spec. Agraria, 27.02.2001, In Giur. Merito 2001, pag. 1316 e ss. *Massima*: "*La disciplina sull'igiene nel lavoro e in generale sul diritto del lavoratore di avere un trattamento tale da assicurare a lui e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa è applicabile anche nel rapporto di mezzadria, sicché il concedente che affidi al mezzadro ed alla famiglia mazzadrile una casa colonica in condizioni antigiene e di precaria stabilità va condannato al risarcimento dei danni subiti dal mezzadro*").

389 La problematica è stata 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, ossia rapporti la cui lesione dà luogo a responsabilità contrattuale e non

6a) *Il cumulo di azioni*

In virtù di siffatte considerazioni, la giurisprudenza propone di risolvere la questione in esame 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.

Nasce l'indirizzo interpretativo che propone il c.d. *cumulo di responsabilità* o, meglio definito, *concorso di azioni*.³⁹⁰

Questa teoria, che secondo alcuni autori avrebbe origini risalenti financo al diritto romano³⁹¹, ammette la possibilità per il danneggiato dalla mancata

aquiliana, e del suo recepimento da parte della Corte di Cassazione, momento, questo, identificabile con la pronuncia della ormai nota sentenza del 29.01.1999, 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'iniustizia 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'esperienza 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.). Per la dottrina: **Busnelli**, *Verso un possibile riavvicinamento tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, in *Resp. civ. prev.*, 1977, pag. 748 e ss.; **Sbisà**, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: realtà contrapposte o convergenza di presupposti e di scopi?*, in *Resp. civ. prev.*, 1977, pag. 723.

390 **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"*. In dottrina: **Giardina**, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, Milano, 1993, in *Riv. crit. dir. priv.* 1987, pag. 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*, vol. I, pag. 289; **Visintini**, in *Rass. dir. civ.* 1983, pag. 1077; **Ravazzoni**, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, in *Studi in memoria di Donatuti*, vol. II, Milano, pag. 945; **Scognamiglio**, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *NDI*, vol. XV, pag. 670.

391 **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)".

attuazione del sinallagma contrattuale di agire congiuntamente ai sensi tanto dell'art. 1218 c.c. quanto dell'art. 2043 c.c. ogniqualvolta l'inadempimento costituisca (o si possa considerare) oltre che lesione della promessa fatta anche fatto illecito: l'inadempimento si traduce, cioè, esso stesso, in un "danno ingiusto" per il contraente deluso.

Secondo la giurisprudenza, tale evenienza ricorre più spesso allorché l'inadempimento leda il diritto di credito corrispondente all'obbligazione non adempiuta e, contemporaneamente, un diritto assoluto del creditore (dunque in caso di pregiudizio ai diritti della personalità o di un diritto reale).³⁹²

La casistica più frequente si ricollega ai contratti aventi per oggetto un trattamento medico-sanitario³⁹³ (ove il diritto tutelato dal rapporto obbligatorio è quello assoluto della salute), contratti di trasporto³⁹⁴, contratti di lavoro subordinato³⁹⁵, del rapporto tra minore e docente con riguardo alla responsabilità di quest'ultimo per i danni cagionati a sé stesso,³⁹⁶ e così via.

392 **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 allorché 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 acché la propria sfera giuridica, sia riguardante la propria persona come le cose di appartenenza, non venga violata"; **Tomarchio**, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, op. ult. cit., pag. 7 e 73. Per la giurisprudenza si ricorda: Cass. 07.08.1982, 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". Tra gli autori dottrinali che ripercorrono le tappe dell'evoluzione della teoria del cumulo si cita anche **Tenella –Sillani**, *Responsabilità contrattuale e danno non patrimoniale*, Relazione tenuta a Pavia, il 29.05.2010, pag. 3 e 4.

393 Ad esempio: Cass. 15.06.1954, n. 2016, in *Giust. Civ. Mass*, 1954, pag. 1440.

394 Ad esempio: Cass. 19.01.1996, n. 418, in *Giust. Civ. Mass.*, 1996, fasc. 1, la quale ricorda che, proprio nel contratto di trasporto: "è più facile che l'inadempimento della prestazione o di un obbligo accessorio causi altresì danno al trasportato". Se ne deduce, quindi, il diritto facente capo a questi di esperire entrambe le azioni previste a tutela dei suoi diritti lesi sia dal contratto che dall'atto illecito.

395 Trib. Milano, sez. lav., 07.01.2005; Trib. Forlì, sez. lav., 28.01.2005, Trib. Torino, sez. lav., 25.10.2004, tutte in *Banca Dati UTET*, 2008, vol. II; in dottrina, ne parla ampiamente: **Benatti**, *Doveri di protezione*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sez.-Civ., vol. VII, Torino, 1994; **Castronovo**, *Obblighi di protezione*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXI, Roma, 1990.

396 Dell'ultimo decennio, cfr. in particolare: Cass. 31.03.2007, n. 8067, in *Danno e resp.*, 2007.

I Giudici rinvennero il fondamento della teoria in esame nell'art. 2055 c.c. e nella sua interpretazione prospettata ormai univocamente dai tribunali:³⁹⁷ tale norma, difatti, statuisce il principio secondo cui la solidarietà tra coautori del medesimo illecito non è esclusa dalla eventuale diversità di titoli caratterizzante la loro responsabilità. In altri termini, 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 contrattuale.³⁹⁸

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

397 Art. 2055 c.c.: “Se il fatto dannoso è imputabile a più persone, tutte sono obbligate in solido al risarcimento del danno.[...]”. Per l'interpretazione della giurisprudenza: 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 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”.

398 Spiega bene questo profilo, **Tescione**, *Il danno non patrimoniale da contratto*, cit., pag. 139.

del creditore con il danneggiato, dall'altro; c) la qualificazione del (medesimo) fatto lesivo tanto come inadempimento, quanto come "danno ingiusto".³⁹⁹

Si badi quindi che, laddove manchi il "danno ingiusto", non si configurerà alcun concorso.⁴⁰⁰

Parte degli autori dottrinali⁴⁰¹ sono stati critici nei confronti della teoria del *c.d. cumulo*, poiché a loro dire si tratterebbe di un istituto di creazione giurisprudenziale non sempre coerente e di non facile giustificazione sul piano dogmatico.

In particolare, è stato osservato che, dal punto di vista processuale, l'espedito del cumulo genera contraddittorietà.

Per attuare lo strumento in esame, infatti, "occorre, in primo luogo, che si abbiano due azioni diverse" (azione aquiliana diversa da quella contrattuale) con oggetto e soggetti diversi (stante il divieto del *ne bis in idem*);⁴⁰² pertanto non si potrebbe ricorrere al cumulo se i soggetti coinvolti, *il petitum* e la *causa petendi* fossero sostanzialmente identici.

Altri esponenti,⁴⁰³ mostrandosi diversamente orientati, sottolineano invece l'utilità del cumulo di responsabilità, in quanto espedito preordinato al superamento

399 **Tomarchio**, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, op. ult. cit., pag. 72.

400 **Ravazzoni**, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, in *Studi in memoria di Donatuti*, vol. II, Milano, pag. 960. Infatti, se si lamenta il danno da inadempimento, il creditore dovrà agire esclusivamente ai sensi dell'art. 1218 e ss c.c.; invece, 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 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. Ne rimangono compresi, infatti, interessi altri e di diversi rispetto a quelli strettamente inerenti alle obbligazioni esplicitamente dedotte in contratto.

401 Cfr., tra gli altri, **Breccia**, *Le obbligazioni*, cit., pag. 665; **Gazzara**, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, cit., pag. 37. Per una critica più specifica: **Russo**, *Consoccorso dell'azione aquiliana con la contrattuale nel contratto di trasporto*, in Riv. Trim. dir. e proc. Civ., 1950, pag. 989; **Dalmartello**, *Danni morali contrattuali*, in Riv. Dir. civ., cit., pag. 61.

402 Il diritto processuale civile specifica che per avere due azioni diverse i criteri che identificano un'azione – soggetti, *petitum* e *causa petendi* – debbano essere distinti.

403 In senso favorevole: **Zeno Zencovich**, *Interessi del creditore e danno contrattuale non patrimoniale*, in Riv. Dir. Comm., 1987, vol. II, pag. 88 e 89.

delle “incongruenze del sistema” che lasciano sprovvisto di adeguata tutela il danneggiato dall'inadempimento contrattuale.⁴⁰⁴

Il nuovo strumento del *cumulo di azioni* e le sue difficoltà applicative hanno generato uno “sconquasso” nella giurisprudenza al punto che, esattamente come è avvenuto in tema di danno non patrimoniale extracontrattuale, si è dato avvio ad una tendenza *malsana* volta ad instaurare sempre più il giudizio sulla responsabilità “morale” contrattuale dinanzi ai Giudici di Pace.⁴⁰⁵

Tale atteggiamento può dirsi dovuto, in gran parte, al potere concesso ai giudici onorari di decidere secondo equità (cfr. *supra*, par...).⁴⁰⁶

Occorre, tuttavia, precisare che l'equità richiamata è ben altro rispetto a quella di cui tratta l'art.1226 c.c.: quest'ultima disposizione, infatti, 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. Diversamente, l'equità di cui fanno uso i Giudici di Pace, 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 regole utili per la decisione del caso in esame (art. 339 c.p.c.).⁴⁰⁷

404 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), con la conseguenza che, scelta una, non si sarebbe potuto 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.). Per la giurisprudenza: Cfr. Cass. 13942/2002.

405 Per una trattazione abbastanza esaustiva sul tema: **D. Amran**, *La responsabilità civile nella giurisprudenza dei Giudici di pace : istruzioni per l'uso*, 2009, pag. 233 e ss..

406 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.

407 **Di Marzio**, *Danno non patrimoniale da inadempimento: le prime pronunce di merito dopo le Sezioni Unite*, in *Responsabilità civile e previdenza*, n. 12/2009: “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. Tra le sentenze dell'ultimo decennio: G.d.P. di Nola 23.02.2006, in *Resp. civ. prev.*, 2007, pag. 197; G.d.P. di Napoli 13.07.2005, in *Resp. civ. prev.*, 2006, pag. 155; G.d.P. di Napoli 18.01.2006, in *Resp. civ. prev.*, 2006, pag. 155; Tribunale di Milano, 14.09.2006, inedita (de jure);

Attraverso lo strumento dell'equità, peraltro, i Giudici onorari hanno superato le criticità date dall'applicazione dell'art. 2059 c.c. (per le problematiche sollevate dalla giurisprudenza e dalla dottrina relativamente alla collocazione sistematica della norma) e senza bisogno alcuno di ricorrere all'articolata teoria del concorso di azioni.

Le pronunce dei Giudici di Pace ammettono semplicemente la risarcibilità dei danni non patrimoniali da inadempimento senza troppe ed ulteriori specificazioni, giustificandola solo quale “*proiezione applicativa*” dell'art. 2 Cost..

Peculiare il fatto che, comunque, l'indirizzo permissivo nei confronti del danno non patrimoniale da inadempimento è stato seguito dai Giudici di Pace anche in occasioni ove non si è ricorsi al criterio equitativo; in tali fattispecie, si è talvolta individuato il fondamento normativo nell'art.1174 c.c. che richiama l'interesse anche non patrimoniale del creditore quale giustificazione dell'obbligo assunto dal debitore di eseguire la prestazione promessa.⁴⁰⁸

Nelle sentenze dei Giudici di Pace, inoltre, è possibile vedere come emerga l'attenzione nei confronti del danno non patrimoniale asseritamente subito dalla parte che lo lamenta, senza che sia condotta un'assidua verifica sulla concretizzazione dell'interesse nel contratto.⁴⁰⁹

Così operando, essi hanno concesso il risarcimento anche a meri “fastidi” ingenerati al creditore da attività della vita quotidiana tali da non incidere significativamente sul diritto della personalità di volta in volta invocato dalla parte lesa.⁴¹⁰

G.d.P. di Napoli, 27.03.2006, in Resp. civ., 2006, pag. 1923. In dottrina, ne parla diffusamente anche: **Ponzanelli**, *Il “nuovo” danno non patrimoniale*, 2004, pag. 1.

408 Tra le prime pronunce in cui si cita l'art. 1174 c.c., si ricorda (in merito ad un servizio fotografico scadente) G.d.p. di Catania, 25.04.1999, est. Nigro, in www.personaedanno.it.

409 Giudice di Pace di Bari, 29.01.2010; Giudice di Pace di Bari, 06.05.2009; Giudice di Pace di Bari 27.04.2009; Giudice di Pace di Catanzaro, 22.07.2008; Giudice di Pace di Palmi, 12.11.2007; nonché con riguardo ai contratti di trasporto, Giudice di Pace di Bari, 13.01. 2009; Giudice di Pace di Caserta, 22.10.2007; con riguardo ai contratti di fornitura di energia elettrica, Giudice di Pace di Tivoli, 12.07.2007.

410 Tali danni si sono definiti genericamente “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

La casistica è particolarmente significativa⁴¹¹: 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 pubblicitari⁴¹², ecc...

Ebbene, l'indirizzo seguito dai Giudici di Pace si è tradotto nella concretizzazione di quello specifico rischio che la giurisprudenza di Cassazione ha sempre cercato di evitare attraverso l'applicazione rigorosa dell'art. 2059 c.c. (e quindi del danno non patrimoniale).

Finalmente, nel 2008, la Cassazione è intervenuta a riordinare la materia del danno non patrimoniale, e ha chiarito la questione anche in tema di responsabilità contrattuale, con il fine di fare chiarezza definitivamente fra le incertezze interpretative.

6b) La decisione delle Sezioni Unite 2008 e il superamento definitivo della teoria del cumulo

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 orientamento più favorevole. Ne parla anche **Barcellona**, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2008, pag. 89 e ss.

411 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, pag. 106.

412 In tal senso Trib. Latina, Sez. dist. Terracina, 19 giugno 2006, n. 252, in *Dir. inform.*, 2007, pag. 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.

I dubbi e le incongruenze giurisprudenziali sul tema in oggetto hanno finito, immancabilmente, per acuire i contrasti tra le Corti, e soprattutto tra gli “esistenzialisti” e gli “antiesistenzialisti”, che si sono più volte affrontati in una lunga e spesso sterile contesa.⁴¹³

L'atteso intervento della Cassazione è avvenuto ad opera delle già richiamate Sezioni Unite con le quattro sentenze⁴¹⁴ dall'identico contenuto sostanziale, tutt'ora identificate con l'epiteto “*sentenze di San Martino*”.⁴¹⁵

Le sentenze gemelle della Cassazione, elaborando regole per la casistica del danno extracontrattuale, hanno cercato di porre un freno al ristoro di meri “*disagi, fastidi, disappunti, ansie ed ogni altro tipo di insoddisfazione concernente gli aspetti più disparati della vita quotidiana che ciascuno conduce nel contesto sociale*”, casistica progressivamente aumentata sino a divenire “*una messe incontrollabile*” di richieste risarcitorie.⁴¹⁶

La Corte, non distinguendo più tra danno morale, danno biologico e c.d. danno esistenziale, riconduce il “danno non patrimoniale” ad grande categoria *unica e unitaria*.⁴¹⁷

413 **Ziviz**, in *Il danno non patrimoniale istruzioni per l'uso*, Resp. civ e prev., 2009, 1, pag. 94. Si ricorda infatti che, Se da un lato, difatti, le Scuole triestina e torinese, dichiaratamente “esistenzialiste”, si fanno forza sulle parole della Corte Costituzionale (Nella sentenza n. 233 dell'11/07/2003 paragrafo 3.4) che abbraccia una nozione tripartita di danno non patrimoniale, nonchè su tutta una giurisprudenza della Suprema Corte (su tutte vedi la sentenza Cass. sez. un. 24.03.2006, n. 6572) posteriore al 2003 ed incline a dare credito tale figura, vi è dall'altro lato chi osteggia tale figura e basa i propri convincimenti circa la risarcibilità del danno non patrimoniale (aquiliano e contrattuale) sulla norma generale di cui all'art. 2059 c.c., parlando di pregiudizio solo per lesioni che dalla legge vengono qualificate come meritevoli di tutela.

414 Cass. sez. un. 11.11.2008, n. 26972, 26973, 26974, 26975 in *Danno e responsabilità*, fasc. 1, 2009, pag. 19. Per chiarezza si fa presente che la Corte di Cassazione non è stata adita direttamente affinché esprimesse il suo parere circa il dibattito tra le scuole, essendo, invece, stata incaricata di chiarire se nel nostro ordinamento fosse possibile ammettere l'autonoma presenza del c.d. danno “esistenziale” e se questo fosse risarcibile ex art. 2059 c.c..

415 **Tomarchio**, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, cit., pag. 112.

416 **G. Cricenti**, *Il danno non patrimoniale da inadempimento e i diritti inviolabili*, cit.; **D. Amran**, *La responsabilità civile nella giurisprudenza dei Giudici di pace : istruzioni per l'uso*, 2009, pag. 233.

417 **Busnelli**, *Le sezioni unite e il danno non patrimoniale*, in Riv. Dir. civ., 2009, cit., pag. 108; egli ritiene che la Corte, con questo intervento, non abbia voluto dichiarare inesistenti le sottocategorie di danno non patrimoniale ivi ricordate, ma abbia semplicemente indicato che l'art. 2059 c.c. debba essere utilizzato per risarcire unitariamente tutti i danni non patrimoniali, ponendo fine alla prassi diffusa in dottrina e giurisprudenza (cfr. *supra*, par...) di risarcire i danni diversi dai c.d. “danni morali” attraverso l'uso dell'art. 2043 c.c.. Tali voci potranno essere utilizzate esclusivamente per descrivere nel caso concreto come si atteggia il danno non patrimoniale.

E nella categoria generale di questo pregiudizio, la Corte riconnette anche il danno contrattuale non patrimoniale, in relazione al quale afferma: “*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 [...] Se l’inadempimento 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... di cui all’art. 1218 c.c.*”.⁴¹⁸

Si evidenzia la necessità di abbandonare l’impostazione “pan-economica” del diritto privato, fortemente insoddisfacente, e ha rilevato, soprattutto a seguito dell’entrata in vigore della Costituzione, l’emersione di tutti quei valori della persona (di carattere tipicamente non patrimoniale), che divengono meritevoli di tutela anche se non rientranti nell’ambito di operatività del combinato disposto degli artt. 2059 c.c. e 185 c.p.⁴¹⁹

Questa nuova lettura “costituzionalmente orientata” perché guarda ai valori protetti e fatti propri dalla legge fondamentale dello Stato, allora, consente di risarcire il danno alla salute e gli altri danni ai diritti fondamentali dell’individuo facendo ricorso direttamente all’art. 2059 c.c. in combinato disposto con la norma costituzionale lesa, senza che sia più necessario ricorrere, in tali casi, all’art. 2043 c.c..⁴²⁰

Con questo intervento, le Sezioni Unite consacrano dunque, definitivamente, la risarcibilità dei danni *de quo* in ambito contrattuale individuandone limiti e ambito di applicabilità, ancorando la loro risarcibilità al dettato dell’art. 1218 c.c. in combinato disposto con l’art. 1174 c.c.

La Cassazione accredita la tesi sostenuta dalla dottrina che reputa l’art. 1218 c.c. e l’art. 1223 c.c., ad esso collegato, riferibili al danno in generale, senza specificazioni circa la natura patrimoniale o non patrimoniale di esso.

418 Così Cass. sez. un. 11.11.2008, n. 26972.

419 Sul punto, cfr., **Rescigno**, *Il danno non patrimoniale*, cit.; **Messinetti**, *Recenti orientamenti sulla tutela della persona*, cit.; **Franzoni**, *Il danno alla persona*, Milano, 1995; **Iannarelli**, *Il danno non patrimoniale: le fortune della doppietta*, in Cendon-Ziviz, (a cura di), *Il danno esistenziale*, Milano, 2000.

420 **Tomarchio**, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, cit., pag. 57.

La Cassazione condivide quindi anche l'opinione dottrinale che vede le "perdite" e le "mancate utilità" di cui trattano le norme sulla responsabilità contrattuale quali regole idonee a sancire la riparabilità di tutto ciò che costituisce menomazione del patrimonio della persona, purchè la lesione sia relativa a diritti inviolabili tutelati dalla Costituzione.⁴²¹

Fondamentalmente, si è introdotto un requisito aggiuntivo per la considerazione del danno-evento come "ingiusto": 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*⁴²² 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.

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 nel settore della responsabilità civile ove, peraltro, non si era registrata uniformità di vedute.⁴²³

421 **Tenella –Sillani**, *Responsabilità contrattuale e danno non patrimoniale*, Relazione tenuta a Pavia, il 29.05.2010, pag. 11. La Corte di Cassazione 26972/2008 esplicitamente ricorda che "palesamente non meritevole di tutela sono i pregiudizi consistenti in disagi, fastidi, disappunti, ansie e ogni altro tipo di insoddisfazione concernente gli aspetti più disparati della vita quotidiana". La sentenza, inoltre, chiarisce che 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.

422 Cass. Sez. Unite, n. 26972, del 11/11/2008 § 4.5 e, in dottrina: **Facci**, *Il danno non patrimoniale nelle relazioni familiari dopo le sentenze delle sezioni unite dell'11 novembre 2008*, in *Famiglia e diritto*, 2009, vol. II, pag.128.

423 Per una esaustiva trattazione del tema: cfr. **Bianca**, *La responsabilità*, cit., p.174; **Tomarchio**, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, cit., pag. 112; **Ponzanelli**, "Il c.d. danno esistenziale – dal convegno di Trieste 13/14 novembre 1998 alle recenti sentenze (11 novembre 2008) delle SS. UU. della Corte di Cassazione circa i contenuti e i presupposti del danno non patrimoniale ex art. 2059 c.c.", Lezione tenuta il 24.11.2008, presso la facoltà di Giurisprudenza dell'università degli Studi di Napoli, Federico II, a cura della dott.ssa Palmira Graziano. La Corte ha precisato che, la riserva di legge di cui all'art. 2059 c.c., può essere soddisfatta dalla

La soluzione offerta dalla Cassazione, tuttavia, non ha mancato di sollevare obiezioni tra gli interpreti perchè non ha risolto in modo condivisibile tutti i dubbi connessi alla complessa tematica del risarcimento dei danni non patrimoniali da inadempimento.⁴²⁴

Dimostrazione di ciò sono i diversi indirizzi giurisprudenziali successivi che, in modo non univoco, sono intervenuti sulla questione.

7) La giurisprudenza successiva alla pronuncia delle Sezioni Unite

La regola fissata dalle pronunce del 2008 è stata subito recepita in alcune successive pronunce della giurisprudenza di merito.

In ambito contrattuale, in particolare, si riscontra l'abbandono della teoria del cumulo dando così seguito all'insegnamento della Corte di legittimità; contemporaneamente, si accoglie la prospettiva adottata dalla Cassazione volta alla limitazione del risarcimento alle ipotesi di lesione di diritti inviolabili della persona.

In alcune decisioni si coglie una nuova elasticità nel giudicare l'inadempimento contrattuale quale fatto lesivo dei diritti inviolabili concretizzati nella causa dell'accordo.⁴²⁵

La propensione dei Giudici di operare un ampliamento della categoria dei diritti fondamentali della persona, attraverso l'interpretazione estensiva dell'art. 2 Cost., non è però del tutto accantonata.

In tal senso si può citare la pronuncia con la quale il Tribunale di Bari⁴²⁶ ha riconosciuto il diritto al risarcimento del danno non patrimoniale al correntista cui la banca aveva addebitato, in virtù di grossolano ed reiterato errore, l'emissione di

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».

424 **Tenella – Sillani**, *Responsabilità contrattuale e danno non patrimoniale*, cit., pag. 9.

425 Cfr. diffusamente: **Tomarchio**, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, cit., pag. 120.

426 Trib. Bari, 20.01.2009, in *Danno resp.*, 2009, 687

alcuni assegni a vuoto. Il correntista, pur essendo stato pienamente assolto nel processo penale intentato nei suoi confronti, era stato leso nella propria reputazione a causa della pubblicità negativa conseguente all'episodio nel quale incolpevolmente era incorso; da ciò era stato affermato 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 si richiama il caso deciso dal Tribunale di Lecce⁴²⁷, dove il diritto al risarcimento dei danni non patrimoniali è stato dedotto dalla lesione 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 correntista.

Ancora in questo filone giurisprudenziale, si può citare la decisione del Tribunale di Roma⁴²⁸ 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..

Sempre il Tribunale di Roma⁴²⁹ ha riconosciuto al costruttore, ignaro dell'esistenza del pignoramento sull'immobile ad esso locato e dal medesimo

427 Trib. Lecce, Sez. dist. Maglie, 11.02.2009, in www.personaedanno.it. Il Tribunale, in questo caso, ha reputato che il fatto abbia determinato un danno esistenziale.

428 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 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”.

429 Trib. Roma, 23.11.2009, in www.altalex.com, e in *La Resp. Civ.*, 2010, pag. 130. La sentenza è richiamata e commentata, con le altre, da **Tenella – Sillani**, *Responsabilità contrattuale e danno non patrimoniale*, cit., pag. 9; si citano anche: Trib. Roma, 21.07.2009, in *Giur. merito*, 2009, fasc. 11, pag. 2766, con nota di Di Marzio; Trib. Roma, sent. 16.02.2009, in *Giur. merito*, 2009, fasc. 11,

estromesso ad opera dell'aggiudicatario, il diritto al risarcimento del danno anche non patrimoniale, trattandosi della lesione del diritto all'abitazione di rilievo costituzionale.

Si riscontrano anche pronunce nelle quali l'insegnamento della Cassazione è stato ritenuto non condivisibile⁴³⁰ aderendo, invece, alla dottrina⁴³¹ che critica il "confinamento" del risarcimento del danno alla lesione dei diritti inviolabili costituzionalmente previsti per via della eccessiva genericità della categoria individuata dalla Corte.

Diversi autori, infatti, criticano la scelta di collegare il danno non patrimoniale da responsabilità contrattuale a diritti *predeterminati* perché ciò non consente di valorizzare il ruolo della causa concreta del contratto⁴³² (dalla cui interpretazione, è stato detto, che si potrebbe evincere anche la tutela degli interessi non patrimoniali perseguiti in concreto dal negozio pattuito, ove essi fossero lesi dall'inadempimento).⁴³³

Parimenti si è affermato che, se con riferimento alla responsabilità aquiliana, tale conclusione possa considerarsi idonea per via della "tipicità" imposta dall'art. 2059 c.c., essa applicata all'ambito genera il rischio di determinare un vuoto di tutela nei confronti del contraente danneggiato.⁴³⁴

Si tratterebbe infatti di una scelta troppo rigida.

pag. 2674.

430 Così, **P. Ziviz**, "Le magnifiche sorti e progressive" dell'impianto teorico disegnato dalle sezioni unite, in Resp. civ. e prev., 2009, pag. 765; cfr. anche: **D. Chindemi**, *Danno morale: alla morte segue la resurrezione*, in Resp. civ. e prev., 2009, pag. 814; **F. Bilotta**, *Le sentenze di merito dopo le sezioni unite del 2008 sul danno non patrimoniale*, in Resp. civ. e prev., 2009, pag. 1499.

431 Si citano, tra tutti, **Tomarchio**, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, cit., pag. 112; **Navarretta**, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, Lezione tenuta presso l'Università degli Studi di Milano il 28.05.2011; **Rossi Carleo**, *Turismo organizzato e vacanza rovinata: la risarcibilità del danno*, in Riv. Dir. e Imp., 1995, pag. 447. Per la giurisprudenza che ha riflettuto sul punto si ricorda: Cass. 24.04.2008, n. 10651, in Giust. civ., Mass., 2008.

432 **Rossi Carleo**, *Turismo organizzato e vacanza rovinata: la risarcibilità del danno*, cit., pag. 447; **Bianca**, *Diritto civile, Il contratto*, vol. III, cit. pg. 452; **Bessone**, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, pag. 207; **Sacco**, *Trattato di diritto civile*, vol. *Il contratto*, Torino, 2004, pag. 572.

433 **Tomarchio**, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, cit., pag. 104 e 113.

434 Il quale, pur non avendo subito la lesione di un bene o diritto costituzionalmente protetto, abbia comunque risentito di significativi disagi in conseguenza dell'inadempimento dell'altra parte. Così **Tomarchio**, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, cit., pag. 254.

Si ritiene che sarebbe invece più opportuno sostenere la risarcibilità del danno non patrimoniale contrattuale ogni qualvolta gli interessi non patrimoniali (ex art. 1174 c.c.) assumano rilievo all'interno del piano delle obbligazioni contrattuali o perché l'obbligazione è destinata a soddisfarli, o perché rientranti comunque nell'area di protezione offerta dal contratto in quanto ricompresi nello *scopo di protezione* di quest'ultimo.⁴³⁵

In questa prospettiva, dovrà essere poi accordato alla buona fede il ruolo di strumento idoneo a cogliere la ragione concreta della dinamica contrattuale.⁴³⁶

Significativa espressione di questa ideologia appare la sentenza emessa dal Tribunale di Rovereto⁴³⁷ che, chiamato ad occuparsi di un caso di risarcimento del danno non patrimoniale contrattuale da perdita dell'animale d'affezione, si distacca nettamente dai principi delle sezioni unite affermando: *“In tema di maltrattamento di animali, qualora un soggetto subisca un danno non patrimoniale riconducibile alla perdita di animale di affezione dovuta ad un inadempimento contrattuale, il danno non patrimoniale è risarcibile indipendentemente dalla sussistenza della lesione di un interesse inviolabile coperto dalla Costituzione, qualora sussistano i presupposti della risarcibilità dettati dagli art. 1218 ss. c.c., risultando implicito l'interesse non patrimoniale, di cui all'art. 1174 c.c. nel rapporto contrattuale avente ad oggetto l'affidamento dell'animale a pensione... Nell'ipotesi di maltrattamento di animali, il danno non*

435 **Scognamiglio**, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Il contratto e le tutele: prospettive di diritto europeo*, a cura di Mazzamuto, cit., pag. 477; cfr. anche il pensiero di **Tenella-Sillani**, cit., pag. 20, la quale ritiene che: *“gli interessi assumono considerazione sotto il profilo rimediabile solo quando hanno influito sulla stipulazione del contratto e sulla determinazione del suo contenuto [...], essendo necessario che l'interesse non patrimoniale in qualche modo incida sulla “causa concreta” del negozio, intesa come sintesi dei reali scopi che il contratto è diretto a realizzare”*.

Diversamente orientato appare: **Trimarchi**, *Il contratto: inadempimenti e rimedi*, cit., pag. 121, il quale ricorda che il danno non patrimoniale contrattuale debba essere risarcibile solo nei casi in cui si sviluppi la violazione di un diritto protetto dalla Costituzione oppure se previsto esplicitamente dalla legge, nel pieno rispetto delle SS.UU. 2208.

436 **Tenella-Sillani**, cit., pag. 21; **Navaretta**, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, Lezione tenuta presso l'Università degli Studi di Milano il 28.05.2011; **Tescione**, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, cit., pag. 209 e ss; **Tomarchio**, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, cit., pag. 117 sottolinea che, comunque, a tale fine esistono pur sempre idonei metodi affidati all'autonomia privata per ovviare l'inconveniente (il riferimento è, ad esempio, alla clausola penale – cfr. *supra*, cap. II della presente trattazione, par., pag...).

437 Tribunale di Rovereto, 18.10.2009, *Il civilista* 2011, vol. 10, pag. 68

patrimoniale riconducibile alla perdita di animale di affezione è risarcibile, per essere il sentimento di affezione nei confronti degli animali dotato di valore sociale tutelato dalla l. n. 281 del 1991 e dall'art. 2 cost. quale diritto inviolabile.”

Esprime lo stesso concetto anche la pronuncia del Giudice di pace Bari⁴³⁸ che, occupandosi della vendita di un bene mobile registrato, ha ritenuto sussistente il danno esistenziale a causa dello *stress* e dei "*notevoli inconvenienti e perdite di tempo*" patito dal venditore di un veicolo a seguito della mancata trascrizione della titolarità dello stesso, nonché in conseguenza del recapito presso il suo domicilio di numerosi verbali di contravvenzione riferiti al veicolo alienato, cosa che lo aveva costretto ad una impegnativa attività di riscontro presso i Comandi di Polizia interessati.

Nello stesso periodo, il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere⁴³⁹, in merito ad un caso di interruzione prolungata dell'energia elettrica, riconosce ex art. 1174 c.c. la possibilità che un tale disservizio possa essere lesione di un interesse di natura esistenziale ascrivibile nell'ambito del danno non patrimoniale da inadempimento.

438 Giudice di pace Bari, 13 febbraio 2010, in <<http://dejure.giuffre.it>>

439 Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, 08.01.2010 (dott.), Massima redazionale 2010, En.Di. S.p.A. vs. Pi.Gi, che afferma: "*Gli assunti danni non patrimoniali si sarebbero sostanziati in un disagio causato alla parte dalla prolungata interruzione del servizio elettrico in grado di per sé di modificare il ciclo delle quotidiane abitudini della stessa. Occorre in ogni caso sul punto osservare che la dottrina recente tende a consentire possibile l'accostamento - in passato del tutto impensabile - tra danno esistenziale e inadempimento contrattuale, anche in ragione del disposto letterale dell'art. 1174 c.c. secondo cui l'interesse che il creditore deduce in obbligazione può essere di natura non patrimoniale, ben potendo l'inadempimento del debitore riverberarsi, oltre che sul patrimonio del creditore, anche su aspetti non suscettibili di valutazione economica o più correttamente non patrimoniali, attenendo il danno in questione alle ripercussioni negative dell'illecito (contrattuale nella (specie) sulla vita quotidiana del danneggiato, dovendosi peraltro distinguere la lesione che incide su di un interesse protetto, che è la causa del danno e che determina gli effetti litigativi, e che non può essere tout court identificata o fatta coincidere con il danno che, della lesione, è semmai la conseguenza*". Dello stesso orientamento in tema di energia elettrica, anche Tribunale di Potenza, 27.04.2010 (dot) e 05.05.2010, Massima redazionale, 2010, Ca. Fu. e Ca. Ge. vs. Enel distribuzione S.p.a.: "*Perché possa essere chiesta la riparazione del danno non patrimoniale a fronte di un inadempimento contrattuale è, quindi, necessario che alla violazione di obblighi di rilievo economico assunti con il contratto si accompagni anche la lesione di un diritto inviolabile della persona del creditore: del resto è lo stesso art. 1174 c.c. collocato tra le norme di apertura del titolo del codice civile dedicato alle obbligazioni, a confermare che interessi di natura non patrimoniale possono assumere rilevanza nell'ambito delle obbligazioni contrattuali (l'interesse del creditore, può essere anche non patrimoniale). [...] In conformità all'orientamento espresso nella citata sentenza, questo Giudice ritiene dunque che sia risarcibile il danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale solo ove nel contratto siano stati trasfusi dalle parti interessi extrapatrimoniali afferenti diritti inviolabili della persona che, se lesi, richiedono la riparazione integrale del pregiudizio sofferto*".

La tendenza sfavorevole all'applicazione pratica dei principi espressi dalla Corte di cassazione del 2008 prosegue con una pronuncia del Giudice di Pace di Trecastagnone ritiene una compagnia di trasporti ferroviari responsabile del danno esistenziale subito dai propri pendolari;⁴⁴⁰ il pregiudizio non patrimoniale da inadempimento, in tal caso, è fatto dipendere della disorganizzazione dell'impresa che non è stata in grado di fronteggiare adeguatamente un'emergenza dovuta alla cancellazione di alcune tratte ferroviarie.

Si richiama anche la decisione del Tribunale di Tivoli⁴⁴¹, che ha riconosciuto il risarcimento del danno esistenziale da inadempimento di un contratto preliminare: *“Nell'ipotesi di risoluzione del contratto preliminare per causa imputabile esclusivamente al promissario acquirente, il promittente venditore ha diritto, oltre al risarcimento del danno patrimoniale, al risarcimento del danno non patrimoniale di natura esistenziale, derivante dall'impossibilità (in mancanza di stipula del contratto definitivo) di realizzare il proprio progetto di vita abitativa”*.

Sempre nella stessa direzione, si colloca la recente pronuncia del Giudice di pace di Grosseto⁴⁴² per il quale: *“La risoluzione del contratto relativo alla fornitura del servizio di telefonia fissa ed ADSL per inadempimento imputabile al gestore comporta la condanna per quest'ultimo al risarcimento del danno patrimoniale ed esistenziale patito dall'utente”*.

440 Nella specie, la compagnia ferroviaria informava i propri pendolari della cancellazione della tratta Catania - Messina solamente il giorno della partenza. Gli utenti, tramite un servizio sostitutivo di pullman, giungevano a Messina ove attendevano a lungo la partenza di un treno che arrivava a destinazione con quattro ore di ritardo. Accadde che, durante la forzata sosta nella stazione di Messina, i viaggiatori venivano informati della situazione senza che fosse messa a loro disposizione una sala di accoglienza. Inoltre, i bagni del treno erano in precarie condizioni igieniche. Il giudice, analizzati i fatti, dispone per il risarcimento del danno non patrimoniale da inadempimento: *“Posto che l'accertamento di tale tipologia di danno ben può avvenire anche con ricorso a valutazioni prognostiche e a presunzioni sulla base degli elementi obiettivi forniti dal danneggiato, ritiene questo decidente che la provata mancanza di informazioni adeguate, le lunghe soste di attesa senza adeguato riparo dalle proibitive condizioni meteorologiche, il grave disagio vissuto poi all'interno del treno per le precarie condizioni igieniche dei servizi Integrano pienamente gli estremi di un forte turbamento psichico della persona, con ripercussioni sullo stato d'animo, generando patemi, ansia, irritazione, rabbia e preoccupazione”*.

441 Tribunale di Tivoli, 14.03.2012, n. 258, in Diritto e Giustizia, del 2 aprile 2012.

442 G.d.P. di Grosseto, 08.06.2012, n. 755, in diritto e Giustizia, del 29 giugno 2012.

E ancora di orientamento “esistenzialista” è la decisione del Giudice di pace di Cento⁴⁴³ che, sulla scia di altre pronunce precedenti sul tema dell’inadempimento di una società fotografica il giorno delle nozze, ritiene responsabile del danno morale il professionista autore di un servizio scadente.

Si evidenzia come nel variegato panorama giurisprudenziale, non manchino, poi, eccezionali pronunce che continuano a risarcire il danno non patrimoniale da inadempimento sulla base dell’art. 2059 c.c., come quella emessa dal T.A.R. di Milano⁴⁴⁴ dove si legge: *“La lettura costituzionalmente orientata dell’art. 2059 c.c. impone che il danno non patrimoniale debba essere risarcito anche nell’ambito della responsabilità contrattuale, nonostante, come noto, la summenzionata norma sia stata dettata in tema di responsabilità aquiliana. La ragione di questa estensione applicativa risiede proprio nella natura degli interessi tutelati, i quali, data la loro rilevanza costituzionale e la loro pertinenza ad aspetti legati alla personalità, non possono ricevere una minore tutela solo perché l’illecito che li colpisce si configura di tipo contrattuale, senza contare che la rilevanza, in ambito contrattuale, degli interessi non patrimoniali, viene espressamente riconosciuta dall’ art . 1174 c.c., secondo cui la prestazione che*

443 G.d.P. di Cento, sent. n. 8/2012. In questo caso, il giudicante statuisce: *“Per gli sposi, non avere un ricordo soddisfacente di quella giornata è sicuramente un danno morale risarcibile alla stregua della costante giurisprudenza; basti pensare che gli attori, ballerini professionisti, non hanno un ricordo video delle loro performances, effettuate durante la festa di nozze, con le musiche originali”*. In senso opposto, invece, si esprime il Tribunale di Modena che, pronunciandosi in materia di danno esistenziale per inadempimento a carico di una società di catering resasi responsabile del disastroso epilogo del banchetto nuziale di due sposi (nella specie, una intossicazione alimentare), rigetta la domanda del genitore dello sposo volta ad ottenere il ristoro del pregiudizio subito. Tale pronuncia, ripercorrendo la logica della Cassazione, ritiene che il danno non patrimoniale sia configurabile unicamente nelle ipotesi previste dalla legge o qualora sia stato leso un diritto della persona in modo grave; *“pertanto”* asserisce il Tribunale *“tra essi non potrà essere compreso il danno non patrimoniale per la mancata riuscita del banchetto nuziale del figlio, poiché se anche trattasi di una situazione di stress nei genitori di uno degli sposi, trattasi di un danno che non assurge ad una gravità tale da incidere nelle conseguenze su interessi di rango costituzionale”* (Tribunale di Modena, sez. I, 19.06.2012, n. 964). Anche giudice di pace di Minturno, con sentenza precedente del 23.3.2012, n. 403, ha accolto le domande di una coppia che chiedeva il risarcimento del danno non patrimoniale per l’inadempimento di un mobilificio che consegnava ai coniugi un divano letto di modello differente (meno costoso) da quello acquistato senza provvedere alla successiva sostituzione; accanto alla pronuncia di risoluzione del contratto, in via equitativa, è stato riconosciuto il risarcimento per danno morale.

444 T.A.R. Milano Lombardia, sez. III, 11.02.2010, n. 369, Red. amm. TAR 2010, vol. 02, A.V. vs. Min. dif.

*forma oggetto dell'obbligazione deve corrispondere ad un interesse, anche non patrimoniale, del creditore”.*⁴⁴⁵

L'indirizzo giurisprudenziale appena richiamato si mostra restio, per certi versi, ad abbandonare “la via vecchia per la nuova”.

Nonostante queste pronunce che si stagliano in controtendenza rispetto alla Cassazione, vi sono anche sentenze di segno opposto con le quali è stato escluso il diritto al risarcimento dei danni non patrimoniali conseguenti alla mancata consegna della documentazione concernente la completa agibilità, regolarità amministrativa e collaudo di un ascensore costituente unico accesso ai box⁴⁴⁶, ovvero pronunce nelle quali non è stato riconosciuto il diritto al risarcimento del danno perché la mancata realizzazione della “casa dei propri sogni”, progettata da un architetto e del tutto irrealizzabile in quanto in contrasto con normativa edilizia locale⁴⁴⁷, non costituisce un diritto inviolabile, ecc...⁴⁴⁸

445 La qualificazione della lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. come principio informatore della materia della responsabilità civile dà luogo quindi alla censura di legittimità delle sentenze di equità del giudice di pace per violazione di legge sostanziale ex art. 360, comma 1°, n. 3, c.p.c. poiché tale causa di ricorso è consentita soltanto in caso di inosservanza o falsa applicazione della Costituzione, delle norme comunitarie e dei principi informatori della materia (Corte cost., 6 luglio 2004 n. 206, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1365, con nota di P.C. **Ruggieri**, *Il giudizio di equità necessario, i principi informatori della materia e l'appello avverso le sentenze pronunciate dal giudice di pace a norma dell'art. 113, 2° comma, c.p.c.*). Peraltro, il nuovo testo dell'art. 339, comma 3°, c.p.c. ha esteso l'appello avverso le sentenze del giudice di pace rese secondo equità ex art. 113, comma 2°, c.p.c., oltre che alla violazione di norme costituzionali e comunitarie, anche al mancato rispetto dei principi regolatori della materia: v. **Palmieri**, *op. ult. cit.*, c.c. 127- 128. Sul punto v. Cass., sez. un., 29 agosto 2008, n. 21934, in *Danno resp.*, 2008, p. 1258 ss., con nota di **Ponzanelli**, *I giudici di pace, i principî informatori e la riparazione del danno non patrimoniale*.

446 Trib. Lodi, 27 gennaio 2009, in www.lex24.ilsole24ore.com, *Giur. merito*, 2009, fasc. 11, pag. 2766, con nota di Di Marzio.

447 Trib. Trieste, 08.01.2009, 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”.

448 Si richiama inoltre la sentenza del Trib. Di Genova, del 04.05.2009, in *Giur. merito*, 2009, fasc. 11, pag. 2764, che ritiene risarcibile il danno cagionato da inadempimento contrattuale da

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.⁴⁴⁹

8) La quantificazione del danno non patrimoniale da inadempimento e il limite della prevedibilità

Il tema della quantificazione del danno non patrimoniale è oggetto di discussione, ormai, da diverso tempo.⁴⁵⁰

Il motivo della ritrosia nel concedere la riparazione del danno non patrimoniale occasionato dall'inadempimento di una obbligazione o di un contratto è stato determinato, per la maggior parte, dalle difficoltà tecniche che gli operatori del diritto hanno avuto nel quantificare l'entità monetaria che dovrà essere corrisposta come risarcimento.⁴⁵¹

Le perplessità sorgono, in particolare, laddove il risarcimento del pregiudizio non economico sia valutato con l'uso dello strumento equitativo e in assenza di parametri legali che ne "limitino" la pretesa di parte.⁴⁵²

parte di un istituto scolastico privato che, non avendo acquisito il requisito della parità con altri enti scolastici, ha precluso all'alunno frequentante e iscritto di accedere all'esame di maturità. Il "diritto allo studio" si esprime nella promozione e nello sviluppo della personalità dello studente.

449 In materia, il Tribunale di Montepulciano (Trib. Montepulciano, 20.02.2009, in *Riv. dir e proc. civ.*, 2009, 1128; in www.personaedanno.it) ha stabilito che la fattispecie 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), mentre il Tribunale di Roma (Trib. Roma, 12.05.2009, Rel. Thellung de Courtelary, inedita) 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 Tribunale di Roma applica l'art. 1227, comma 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.

450 Per un approfondimento sul tema: **M. Franzoni**, *Il danno non patrimoniale del diritto vivente*, in *Corriere giuridico*, 2009, vol. I, pag. 13.

451 **Tescione**, *Il danno non patrimoniale da contratto*, cit., pag. 209; **Gabrielli**, *Il contratto e le sue classificazioni*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno, vol. I, Torino, 1999, pag. 49; **D'Angelo**, *Contratto e operazione economica*, in *Giur. Sit. Di dir. Civ. e Comm.*, pag. 275.

452 **Navarretta**, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, Lezione tenuta presso l'Università degli Studi di Milano il 28.05.2011; **Tescione**, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, cit., pag. 209 e ss; **Gazzara**, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, cit., pag. 264 e ss..

Ai giudici chiamati a decidere secondo equità, quindi, si è sempre raccomandata una stima del danno che sia principalmente oculata, e operata tenendo in considerazione le caratteristiche specifiche del caso concreto.

La dottrina⁴⁵³ ritiene inoltre che, trattandosi di responsabilità da contratto, e dunque di lesione intervenuta su un accordo, sia opportuno quantificare il valore del danno facendo ricorso in special modo all'apprezzamento che le parti hanno dato al bene o al servizio promesso e introdotto nel negozio, desumendo tale dato o dall'importo della controprestazione oppure dalla cifra che il contraente sarebbe stato disposto a corrispondere per reperire, sul mercato, identica prestazione.⁴⁵⁴

Si ricorda, poi, che “*l'organo giudicante, qualora faccia ricorso all'equità, dovrà sempre esternare il proprio ragionamento al fine di consentire eventuali censure alle parti interessate*”.⁴⁵⁵

E' importante osservare anche come la liquidazione dei danni non patrimoniali da inadempimento si atteggi diversamente a seconda dell'oggetto della pretesa: con riguardo ai beni, per esempio, 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 soddisfatto soltanto dalla realizzazione completa del servizio commissionato.

453 **Gazzara**, Il danno non patrimoniale da inadempimento, cit., pag. 264 e ss.; **Trimarchi**, *Inadempimento e rimedi*, cit, pag. 151.

454 Si suggerisce, peraltro, (**Trimarchi**, *Inadempimento e rimedi*, cit, pag. 151.) di ritenere irrilevante il motivo personale (per il quale, ad esempio, il compratore decide di acquistare un certo bene) a meno che esso 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.

455 Così **Liberati**, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, cit., pag. 268 e **Bilotta**, *Inadempimento contrattuale e danno esistenziale*, Nota a sentenza a G.d.P. 18.12.2000, in *Giust. It.*, 2001, cit, pag. 1159. A tale proposito si ricorda, in particolare, che il grado di certezza del danno sarà ovviamente tanto più oggettiva quanto più completa delle prove del pregiudizio asseritamente sopportato (SS.UU. 3677/2009 che rinnova il dettato della Cassazione 2008 di San Martino). **Tomarchio**, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, cit., pag. 118. Proprio nel tentativo di rendere “oggettiva” la misurazione del pregiudizio, i giudici di merito hanno provato, peraltro spesso, ad adottare i criteri tabellari dettati per il danno biologico anche nella quantificazione del danno esistenziale, sia in ambito aquiliano che, più di recente, per la 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), ma anche ogniqualvolta il contratto sia preordinato al soddisfacimento di interessi afferenti alla sfera dei diritti inviolabili della persona.

Pertanto, riassumendosi quanto sinora esposto, la quantificazione del danno non patrimoniale da inadempimento dovrebbe seguire criteri diversi a seconda delle caratteristiche dell'accordo, del suo valore desunto dalle prestazioni nonché in relazione alla tipologia di servizio dovuto dal debitore (dovendosi, appunto, in tal senso distinguere i vari servizi commissionati in due categorie: servizi ripetibili o irripetibili).⁴⁵⁶

In pratica, occorrerà distinguere a seconda che l'interesse creditorio connesso alla prestazione dovuta sia tutelato, dal contratto, in modo c.d. *astratto* o *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 tale ultimo senso, l'"interesse specifico" è quanto connesso a una, singola e determinata prestazione in tutti i suoi aspetti rilevanti sul piano obiettivo contrattuale.⁴⁵⁷

Ciò premesso, considerata la circostanza per cui non si rinviene norma contrattuale specifica per il risarcimento del danno non patrimoniale da inadempimento (come sopra già illustrato – *cfr. supra*, par..., pag...), gli strumenti normativi da usare per la quantificazione e liquidazione del pregiudizio *de quo* saranno costituiti dagli artt. 1218 e seguenti del nostro Codice civile.

456 **Tomarchio**, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, cit., sottolinea 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. 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. [...] Laddove 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, qualora il servizio non sia realizzato del tutto, il risarcimento del danno non patrimoniale sarà in ogni caso integrale.

457 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. La differenza fra l'ipotesi della tutela astratta e quella della tutela in concreto si coglie, soprattutto, nel caso di inadempimento totale.

Tra essi, il contemperamento tra l'esigenza di operare una selezione tra le conseguenze pregiudizievoli suscettibili di risarcimento e il ripristino dell'interesse leso a seguito di mancata esecuzione della prestazione, è soddisfatta attraverso l'operatività dell'art. 1225 c.c.⁴⁵⁸ - in base al quale il pregiudizio che può essere risarcito è solamente quello che, al momento del sorgere dell'obbligazione, era prevedibile da parte del creditore, purché non si sia in presenza di un inadempimento doloso - e nei limiti della causalità ai sensi del precedente art. 1223 c.c..

La questione, se riferita ai danni non patrimoniali, appare delicata: l'estimazione del pregiudizio non economico deve essere, infatti, sempre, preceduta dall'accertamento operato dal giudice circa la obiettiva conoscenza, da parte dei contraenti, di tutti gli interessi coinvolti nel rapporto negoziale.⁴⁵⁹

A volte per l'oggetto della prestazione (ad esempio, un contratto di viaggio), a volte per la sua finalità, altre volte ancora per la diligenza con cui deve essere realizzata la prestazione (ad esempio, lettura del risultato dell'ecografia), entrambe le parti contrattuali sanno perfettamente che l'adempimento è destinato a riflettersi sulla sfera non patrimoniale del creditore.

In una prima ipotesi, il danno non patrimoniale può risultare "esplicitamente", essendo evidente per il debitore senza alcun preventivo intervento chiarificatore.⁴⁶⁰

La risarcibilità del danno non patrimoniale è, in tal caso, una conseguenza normale e diretta dell'inadempimento stesso, in quanto entrambe le parti contrattuali sanno perfettamente che l'adempimento è destinato a riflettersi su

458 V. Tomarchio, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, op. ult. cit., pag. 17.

459 Spesso i valori non patrimoniali che vengono in rilievo con il sinallagma contrattuale sono tutt'altro che nascosti e, anzi, possono risultare ancorati a parametri oggettivi ed evidenti. Cfr. Bilotta, *Inadempimento contrattuale e danno esistenziale*, cit. pag. 1161.

460 Un classico esempio è quello del servizio fotografico commissionato da due sposi ad un fotografo professionista che, nello sviluppare le foto, commette un errore e le distrugge. E' ovvio che il danno non patrimoniale, in un caso del genere, sarà sempre genericamente ed astrattamente prevedibile, non potendo il fotografo sostenere che non sapeva quale fosse l'importanza che per i due contraenti rivestivano quelle foto: in tale ipotesi, il danno non patrimoniale non è infatti legato ad un mero stato emotivo ed interiore dei due sposi, poiché *per chiunque* si potrebbe affermare che è stato cancellato per sempre il ricordo di un momento importante e soprattutto irripetibile. Si pensi, ancora, al contratto di viaggio, o all'ecografista che deve diagnosticare eventuali malformazioni del feto, o al contratto di *catering* per l'organizzazione di un importante evento (premiazione, matrimonio, ecc..)

profili non patrimoniali del creditore e tale consapevolezza è presente sin dalla stipulazione del contratto.

Tale consapevolezza, sarà dunque idonea a fondare la pretesa risarcitoria non patrimoniale in caso di inadempimento (soddisfando il parametro imposto dall'art. 1225 c.c.).⁴⁶¹

Talvolta, poi, alcuni valori non patrimoniali legati all'adempimento costituiscono un elemento di "presupposizione" sotteso alla prestazione. La logica è del tutto simile a quella che permette di attribuire rilevanza ad interessi diversi ed aggiuntivi rispetto a quelli normalmente soddisfatti attraverso l'adozione di un certo strumento contrattuale. Quindi, anche per attribuire rilievo agli interessi non patrimoniali nell'ambito del contratto, i metodi saranno quelli della presupposizione o della ricerca della causa come funzione economico - individuale.⁴⁶²

Una situazione differente da quelle sin qui esaminate si presenta, invece, qualora gli interessi non patrimoniali attengano ad una sfera meramente interiore del creditore e, come tali, non risultino agevolmente conoscibili dal debitore.⁴⁶³

Si possono allora verificare due ipotesi; se gli interessi sono espressamente e preventivamente "esternati" dal creditore, essi, una volta usciti dalla sfera interiore del contraente, assumeranno notevole significato per la valutazione complessiva della prestazione, cui potrà pertanto correlarsi una posta risarcitoria attinente anche alla lesione non patrimoniale. Viceversa, qualora i valori non patrimoniali afferenti alla sfera del creditore non vengano esternati e, quindi, non

461 **Gazzara**, *op. cit.*, pag. 69. Secondo tale A., per il quale l'art. 2059 c.c. si riferisce esclusivamente all'illecito extra-contrattuale, la questione dei limiti del danno non patrimoniale da inadempimento potrebbe essere risolta subordinandone il risarcimento al presupposto che l'illecito incida su posizioni soggettive costituzionalmente garantite o comunque ritenute meritevoli di protezione secondo una valutazione socialmente tipica e, al limite, alle ipotesi in cui il contratto è destinato a soddisfare in via principale un interesse non economico.

462 Qualora, poi, all'esito dell'interpretazione del contenuto contrattuale compiuta alla luce di tali parametri, risulti che valori non patrimoniali costituiscono un elemento determinante della stessa contrattazione, essi possono essere sicuramente presupposti e quindi conosciuti dal debitore, con la conseguenza che non si porrà alcun problema di risarcibilità del danno colposo. (**V. Tomarchio**, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, *op. ult. cit.*, pag. 35).

463 **Tescione**, *Il danno non patrimoniale da contratto*, *cit.*, pag. 97; **Cendon**, *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, diretto da Visintini, Milano, 1984, pagg. 23 e 24.

possono essere conosciuti dal debitore, essi rappresenteranno un'area di irrisarcibilità nell'ambito della convenzione.

La sussistenza della prevedibilità, allora, non è qualcosa da riscontrare in astratto, ma da verificare in relazione agli accordi che sono concretamente intercorsi tra le parti; ecco, dunque, spiegato come anche il motivo individuale (in genere non rilevante) che ha spinto una di esse a contrarre, trovi un nuovo spazio sul terreno della prevedibilità del danno non patrimoniale se si dimostri essere conosciuto dalla controparte.⁴⁶⁴

D'altro canto, la soluzione adottata assume una maggiore chiarezza se si legge l'art. 1225 c.c. in combinato disposto con il più volte richiamato art. 1174 c.c.: infatti, il limite alla risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento, che si ricava dall'art. 1225 c.c., è strettamente correlato al problema dei confini entro i quali può assumere rilievo nell'obbligazione, l'interesse non patrimoniale del creditore.⁴⁶⁵

In conclusione, può affermarsi che l'applicazione delle norme in materia contrattuale (e la sottrazione del danno non patrimoniale da inadempimento alla sfera di operatività dell'art. 2059 c.c.) non implica il riconoscimento di una sua illimitata risarcibilità risultando, al contrario, sempre e comunque soggetta alla regola della *causalità* e della *prevedibilità* alla stregua di quanto avviene per i danni patrimoniali.

9) Il contributo offerto dalla giurisprudenza comunitaria in tema di danno non patrimoniale da inadempimento: il “pregiudizio morale da vacanza rovinata”.

Qualche tempo fa, la Corte di Giustizia, compiendo un significativo passo verso l'unificazione del diritto europeo dei contratti, è stata investita della questione legata alla risarcibilità del c.d. *danno da vacanza rovinata*,⁴⁶⁶ nonché del

464 **V. Tomarchio**, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, op. ult. cit., pag. 24.

465 **Tescione**, *Il danno non patrimoniale da contratto: le apparenti asimmetrie sistemiche*, in *Danno e responsabilità*, 2009, fasc.4, pag. 373 e ss.

466 **Tomarchio**, cit., pag. 162, nota 347: *Con l'espressione “danno da vacanza rovinata” si è*

problema del danno morale contrattuale, tema dibattuto, dunque, non solo a livello statale ma anche comunitario.

La più nota sentenza della Corte di Giustizia U.E. è stata emessa dalla sez. VI, il 12.03.2002, con il n. C 168/2000.⁴⁶⁷ La questione su cui si sono soffermati i giudici europei riguarda l'interpretazione dell'art. 5 della direttiva CEE 1990/314 in materia di viaggi, vacanze e circuiti "tutto compreso";

Le difficoltà sono sorte laddove la disposizione prevede: "*Gli Stati membri prendono le misure necessarie per garantire che l'organizzatore e/o il venditore parte del contratto siano responsabili nei confronti del consumatore della buona esecuzione degli obblighi risultanti dal contratto, sia che tali obblighi debbano essere eseguiti da lui stesso sia che debbano essere eseguiti da altri prestatori di servizi, fatto salvo il diritto dell'organizzatore e/o del venditore di rivalersi presso questi altri prestatori di servizi*".

La direttiva ha lasciato agli Stati membri, in primo luogo, la libertà di determinare le rispettive responsabilità dell'organizzatore e del venditore e, ulteriormente, concesso loro un ampio margine per il possibile riconoscimento (e conseguente riparabilità) dei pregiudizi subiti, senza apparentemente limitarne l'ambito a seconda della natura patrimoniale o non patrimoniale del danno.⁴⁶⁸

L'ampiezza della formulazione e la sua genericità, tuttavia, è stata all'origine di numerose questioni tra le quali spicca la problematica del danno morale contrattuale che non è chiaramente individuato come risarcibile.

La Corte di Giustizia, pertanto, chiamata in causa, ha stabilito che l'articolo 5, è da intendersi nel senso che: "*il consumatore ha diritto al risarcimento anche del*

soliti indicare il minor godimento e lo stress o nervosismo patiti dal turista a causa del mancato o inesatto adempimento delle prestazioni oggetto del pacchetto turistico "tutto compreso".

467 La sentenza è riportata e commentata in *Foro It.*, 2002, IV, 329 ss.; in *Danno e Resp.*, 2002, 1099 e ss.; in *Resp. civ. prev.*, 2002, 373; in *Giur. It.*, 2002, 1801

468 La maggior parte degli Stati membri ha previsto una responsabilità diversa e separata dell'organizzatore rispetto al venditore: ognuno di essi è responsabile per i problemi verificatisi nella relativa sfera d'azione. Ad esempio, Austria, Art. 31b-f Konsumentenschutzgesetz, OGH 6 Ob 519/95; Belgio, legge del 16 febbraio 1994, articoli 18 e 27; Italia, decreto legislativo n. 111/1995, articolo 14. In Portogallo, è responsabile l'agente di viaggio (venditore): cfr. il decreto legge n. 209/97, articolo 39. Nel Regno Unito, i Package Travel Regulations, regolamento 2, articolo 1, definiscono il contratto di viaggio "*l'accordo che lega il consumatore all'organizzatore o al venditore, o ad entrambi se del caso*"; il testo sembra ritenere responsabile anche il venditore oltre all'organizzatore.

danno morale derivante dall'inadempimento o dalla cattiva esecuzione delle prestazioni fornite in occasione di un viaggio tutto compreso".

Conseguentemente all'emanazione di siffatta pronuncia, gli Stati membri e i loro i giudici nazionali hanno dovuto applicare la disposizione *de qua* nell'unico senso fatto proprio dalla giurisprudenza europea, in virtù del principio dell'interpretazione conforme; da questo momento, quindi, il risarcimento del danno morale da vacanza rovinata, quale specie di danno non patrimoniale da inadempimento, può dirsi pacificamente riconosciuto.⁴⁶⁹

Per quanto attiene in special modo il nostro paese si ricorda che l'Italia, prima dell'emanazione dell'odierno Codice del Turismo (avvenuta nel 2011), ha sempre regolato la materia dei pacchetti turistici e dei viaggi tutto compreso attraverso la disciplina contenuta nella *Convenzione internazionale sul contratto di viaggio* (CCV) del 23.04.1970, ratificata con l. 27.12.1977, n. 1084 (applicabile esclusivamente ai viaggi internazionali) nonché applicando le disposizioni del d.lgs. n. 111/1995 (ora sostituito dagli artt. 82 e ss. del nuovo Codice del Consumo) con cui è stata recepita la sopra citata direttiva 90/314/CEE.⁴⁷⁰

Basandosi su tali normative, che non trattano esplicitamente del "danno da vacanza rovinata", gli interpreti hanno sempre negato la risarcibilità del danno non patrimoniale derivante dai disagi subiti dal turista, sul principale presupposto che *"la privazione dei vantaggi connessi ad una vacanza non costituisce reato"*,⁴⁷¹ stante la rigorosa, strettamente letterale interpretazione dell'art. 2059 c.c..

469 **Tomarchio**, cit., pag. 162.

470 Gli artt. 13 e 15 della CVV e gli artt. 15 e 16, d.lgs. n. 111/1995 (confluiti negli artt. 94 e 95 Cod. Cons.), in particolare, stabiliscono che in caso di recesso o annullamento del servizio il consumatore ha diritto, tra l'altro, *"ad essere risarcito di ogni ulteriore danno dipendente dalla mancata esecuzione del contratto"*. In dottrina, sul tema in generale, cfr., tra i tanti: **Morandi**, *Il danno da vacanza rovinata*, in Cendon-Ziviz, *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, Milano, 2000; **Pardolesi**, *Turismo organizzato e tutela del consumatore: la legge tedesca sul contratto di viaggio*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, pag. 59; **Rossi Carleo**, *Turismo organizzato e vacanza rovinata, la risarcibilità del danno*, in *Riv. dir. impresa*, 1995, pag. 480; **Guerinoni**, *Il danno da vacanza rovinata e art. 2059 c.c.*, in *Contratti*, 1999, pag. 44; **Maiolo**, *La Corte di Giustizia, il danno da vacanza rovinata ed il sistema bipolare di responsabilità civile*, in *Danno e Resp.*, 2002, pag. 1106 ss.; **Lezza**, *I contratti di viaggio*, in *Tratt. dir. priv. Eur.*, a cura di Lipari, Padova, 2003, pag. 255 ss.

471 Così, ad es., Pret. Roma, 31.03.1973, in *Nuovo dir.*, 1973, pag. 601; Trib. Firenze, 20.01.1994, in *Giur. It.*, 1954, vol. I, pag. 481; App. Catanzaro, 30.06.1953, in *Rep. Foro It.*, 1954, voce *Responsabilità civile*, n. 406. Più di recente cfr. anche Corte d'Appello Milano, 24.06.1988, in *Dir.*

La giurisprudenza, tuttavia, si è nel tempo evoluta.

Infatti, anche prima del riconoscimento ad opera della Corte di Giustizia del danno morale da vacanza rovinata, si è giunti poco per volta ad una maggiore apertura del sistema, soprattutto grazie alla nuova rivalutazione degli interessi non economici del creditore che, nel caso dei contratti di viaggio e vacanze *tutto compreso*, vengono particolarmente in rilievo nella causa negoziale.⁴⁷²

A partire dagli anni novanta, dunque, si sono susseguite diverse pronunce che hanno deciso favorevolmente la questione del diritto alla riparazione del danno non patrimoniale da inadempimento nel settore turistico, seppure tale riconoscimento è stato argomentato dalle Corti in modo differenziato,⁴⁷³ anche se può dirsi “comune” l’obiettivo di ampliare la portata normativa dell’art. 2059 c.c...⁴⁷⁴

Non appare esagerato affermare che, con la summenzionata pronuncia dei giudici comunitari, si sia operata una svolta epocale e definitiva nella materia del danno contrattuale.

I Tribunali italiani, infatti, richiamandosi espressamente alla sentenza della Corte di Giustizia, iniziano un nuovo percorso interpretativo e riconoscono che: “*nel caso in cui un viaggiatore non riesca a fruire, in tutto o in parte, della vacanza per inadempimento del tour operator, quest’ultimo è tenuto, oltre alla refusione*

Trasporti, 1990, vol. 1, pag. 258, secondo cui “*il danno derivante da vacanza rovinata costituisce pecunia doloris, valutabile solo allorché la responsabilità del danneggiante derivi da reato*”.

472 Per la dottrina, tra i primi che si sono espressi a favore della risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento del contratto di viaggio, si vedano: **Ambanelli**, *La responsabilità dell’intermediario nel contratto di viaggio*, in *Contratti*, 1993, pag. 332; **Vaccà**, *Inadempimento contrattuale e risarcimento del danno non patrimoniale: vacanze da sogno e vacanze da incubo*, in *RC*, 1992, pag. 263 ss. Il *leading case* in tal senso, sembra essere costituito da una pronuncia del 1989 con cui si è ammessa l’esistenza del pregiudizio non patrimoniale da vacanza rovinata anche in assenza di una norma interna al sistema italiano che lo prevedesse. Si tratta della nota sentenza Trib. Roma, 6.10.1989, in *Resp. civ. prev.*, 1991, pag. 512.

473 Per un’esauriente panoramica giurisprudenziale, cfr. **Molfese**, *Il contratto di viaggio e le agenzie turistiche*, Padova, 1999, pag. 307 e ss.

474 infatti, il riferimento ai soli “casi previsti dalla legge” resterebbe soddisfatto dalle norme della legge n. 1084/1977 (che ha ratificato la citata Convenzione del 1970) e dal d.lgs. n. 111/1995. Non mancano pronunce di segno opposto, tra le quali: Trib. Venezia, 24.09.2000, in *Contratti*, 2001, pag. 580, secondo cui “*non può trovare accoglimento la domanda di risarcimento dei danni non patrimoniali c.d. da vacanza rovinata, atteso che la limitazione della risarcibilità alle sole conseguenze penali degli illeciti aquiliani (art. 2059 c.c.) non appare, allo stato della legislazione, superabile*”. Dello stesso avviso anche G.d.P. Cagliari, 24.01.2000.

*delle spese sostenute dal viaggiatore, anche al risarcimento del danno non patrimoniale da vacanza rovinata, il quale costituisce un'ipotesi di danno morale da inadempimento, eccezionalmente risarcibile alla luce del diritto comunitario, come interpretato dalla Corte di Giustizia*⁴⁷⁵.

La riconoscibilità del danno morale da vacanza rovinata è, oggi, consacrata nella legge grazie all'introduzione del recente decreto legislativo n. 79/2011, con il quale nasce il Codice del Turismo; quest'ultimo, all'art. 47, comma 1, recita espressamente: *“Nel caso in cui l'inadempimento o inesatta esecuzione delle prestazioni che formano oggetto del pacchetto turistico non sia di scarsa importanza ai sensi dell'articolo 1455 del codice civile, il turista può chiedere, oltre ed indipendentemente dalla risoluzione del contratto, un risarcimento del danno correlato al tempo di vacanza inutilmente trascorso ed all'irripetibilità dell'occasione perduta”*.⁴⁷⁶

10) Cenni di diritto comparato

Oltre che in relazione al danno non patrimoniale da vacanza rovinata, la questione della risarcibilità dei danni non patrimoniali da inadempimento assume particolare rilievo anche in ambito sovranazionale; la tematica è, infatti, di sicuro interesse nella disciplina dei rapporti commerciali ed economici internazionali.⁴⁷⁷

475 Così, Trib. Roma, 26.11.2003, in *Contratti*, 2004, pag. 511. Nello stesso senso cfr. anche: Trib. Roma, 19.05.2003, 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 - sentenza 12.03.2002 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”; Trib. Roma, 02.10.2003; Trib. Roma, 19.05.2003; G.d.P. Civitanova Marche, 26.03.2003; Trib. Napoli, 26.02.2003. Si vedano, inoltre, in particolare, Trib. Verbania, 23.04.2002, in *Giur. It.*, 2004, pag. 550; Trib. Treviso, 14.01.2002, in *Giur. Mer.*, 2002, pag.1194. In giurisprudenza, riconosce espressamente la risarcibilità del danno non patrimoniale da mancato imbarco, G d. P. Alghero, 04.08.2004, in *Dir. Tur.*, 2005, pag. 373. Nella giurisprudenza recente si segnala, inoltre, la propensione 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 della considerazione che il servizio di trasporto era stato nella specie acquistato al fine di fruire di una vacanza. In senso analogo, v. anche G.d.P. Mestre, 22.11.2004, in *DT*, 2005, pag. 691.

476 Molto recenti sul tema: Cass. 11.05.2012, n. 4372 in *Dir. e Giust.* 2012, e Cass. 11.05.2012, n. 7256 in *Dir. e Giust.*, 2012 (rif. 14 e 20 marzo con nota di Graziuso).

477 Così **Tomarchio**, cit., pag. 118.

In ambito europeo, si richiama l'intervento della Commissione (con una Comunicazione dell'11 luglio 2001),⁴⁷⁸ la quale ha sottolineato come la questione riguardante la responsabilità civile contrattuale necessita di uniformazione: le discipline degli Stati membri sono troppo differenziate fra loro e sono tali da pregiudicare il processo di armonizzazione e riavvicinamento degli ordinamenti nazionali che le Istituzioni Comunitarie tendono a realizzare.

Volendo fornire un quadro sintetico della situazione giuridica sul tema relativa ai diversi stati europei, si può evidenziare quanto segue.

In Gran Bretagna, la giurisprudenza di *common law* ha riconosciuto genericamente il diritto al danno non patrimoniale da contratto 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.⁴⁷⁹

478 Così, la Commissione Europea (Com/2001/398/final): “*per omogeneizzare il diritto contrattuale europeo è necessario compiere un’opera di uniformazione della disciplina sulla responsabilità per inadempimento delle prestazioni previste nei vari stati membri.*”. Nella Comunicazione si riporta: 1) la promozione di un complesso di principi comuni in materia di diritto dei contratti per arrivare ad una maggiore convergenza degli ordinamenti nazionali; 2) il miglioramento qualitativo della legislazione già esistente; 3) l’adozione di una nuova ed esaustiva legislazione a livello comunitario. Successivamente, nel 2003, allo scopo di creare una *maggiore coerenza del diritto contrattuale europeo* che si stava formando, la Commissione emette una seconda Comunicazione (Com/2003/68/final) nella quale, da un lato, si cerca una strada per l’applicazione unica del diritto comunitario dei contratti cercando, d’altro lato, di consentire l’agevole e normale svolgimento del mercato interno. In questa seconda Comunicazione (intitolata: *Action Plan for European Contract Law*) figura per la prima volta l’idea di un Quadro Comune di Riferimento (QCR), definito come un “*documento pubblicamente accessibile e destinato ad aiutare le istituzioni comunitarie ad assicurare una maggiore coerenza del quadro attuale e futuro in materia di diritto contrattuale europeo*”. Ad essa, nel 2004, fa seguito una terza Comunicazione (Com/2004/651/final) nella quale l’idea di un diritto contrattuale europeo venne ulteriormente definita e raffigurata schematicamente come un *toolbox*: *esso avrebbe dovuto essere di aiuto sia alle istituzioni comunitarie sia agli stati membri nell’ambito della loro legislazione.* La creazione di questo progetto fu sottoposta ad una rigida tabella di marcia: infatti, già a partire dal 2005 si costituì un gruppo di studiosi dal nome “*Joint Network on European Private Law*” che, secondo il programma, avrebbe dovuto consegnare il QCR nel 2009.

479 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 esclusa (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). Il mutamento di indirizzo è avvenuto nel 1973 con una

Con riguardo, invece, ai principali Paesi di *civil law*, le soluzioni differiscono. In Francia, ad esempio, la risarcibilità dei danni non patrimoniali è ammessa sulla base della “onnicomprensività” della nozione di danno richiamata nel *Code Civil*. Infatti, mancando una norma simile a quella di cui al nostro art. 2059 c.c., il fondamento normativo si rinviene in quelle stesse norme che disciplinano la responsabilità civile in generale, ossia nell’art. 1382⁴⁸⁰ (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. 1149⁴⁸¹ (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*”).

Non essendo specificata la tipologia di danno risarcibile in nessuna delle due disposizioni, andrebbe quindi preferita l’interpretazione giurisprudenziale estensiva che, valorizzando la genericità della legge, ammette la risarcibilità dei pregiudizi derivanti dal contratto anche se aventi veste non patrimoniale.⁴⁸²

decisione avente per oggetto una causa concernente il risarcimento del danno da vacanza 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 viaggio (*Jarvis v. Swan Tours Ltd.* [1973], Q.B. 233 laddove si risarcisce “*the disappointment, the distress, the upset and frustration caused by the breach*”). 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 molestie⁴⁷⁹ 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 decisivo (*Farley v. Skinner* [2001] 3 WLR 889. Emblematico sembra anche 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 desiderata. *Ruxley Electronics and Construction v. Forsyth* [1995] ABC.L.R. 06/29.).

480 *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*».

481 *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*».

482 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.

Come in Francia, anche in Spagna è genericamente ammesso il risarcimento del danno non patrimoniale da inadempimento.

Più complesso il caso della Germania.

Il BGB, infatti, prevede e disciplina il risarcimento del danno attraverso norme collocate nella parte dedicata alle obbligazioni in generale, ed esattamente nei §§ 249 e ss.. Le disposizioni *de quibus*, si occupano in effetti di tutte le obbligazioni risarcitorie, tanto se nascenti da illecito extracontrattuale tanto se conseguenti ad un inadempimento contrattuale. Tra esse, si staglia il § 253, c. 2, BGB, 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*”.

Dunque è possibile asserire che, nell'ordinamento tedesco, il danno non patrimoniale da inadempimento, seppure riconosciuto come risarcibile, è limitato alle ipotesi di lesione degli interessi tipicamente indicati e previsti dalla norma.⁴⁸³

La giurisprudenza tedesca⁴⁸⁴ esclude categoricamente che il mero turbamento psichico, ad esempio, possa legittimare la pretesa risarcitoria di danni non patrimoniali: l'interesse alla serenità mentale non rientra fra quelli contemplati nel § 253 comma 2 BGB.

Tale varietà di legislazione tra gli Stati, dunque, ha creato notevoli difficoltà negli scambi, anche per via dei continui mutamenti economici che stanno attraversando le moderne società.

483 **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.*”.

484 OLG Saarbrücken cit. in SOLÉ FELIU, *op. cit.*, 16; BGH, 16 marzo 1999, in *BGHZ*, 141, 127. 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.

E' probabilmente questo il motivo che ha spinto la Commissione ad auspicare un intervento uniformatore.⁴⁸⁵

E questo è anche il motivo per cui la dottrina ha coniato i c.d. *Principi Unidroit* e i *Principi di diritto europeo dei contratti* (PDEC), i quali, rispettivamente in ambito internazionale ed in ambito comunitario, si occupano della regolamentazione omogenea dei rapporti contrattuali.

L'ambito di applicazione dei principi Unidroit, è definito nel preambolo, laddove si precisa che essi siano 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 dei diritto*”, dalla “*lex mercatoria*”, o simili; *c)* nonché quando le parti non hanno scelto il diritto applicabile al loro contratto.⁴⁸⁶

Lo specifico tema dell'inadempimento è trattato nel Cap. 7, dove si stabilisce, in relazione al risarcimento del danno, la regola secondo cui il creditore ha diritto ad ottenere un *ristoro integrale* dei pregiudizi sofferti (art. 2, Sez. 4).⁴⁸⁷

L'affermazione del principio di *risarcibilità integrale del danno* è assai significativa.

La locuzione adoperata, infatti, palesa la volontà di intendere la riparazione del pregiudizio in senso ampio: non soltanto essa comprende i danni patrimoniali bensì anche quei pregiudizi che incidono su aspetti differenti, come la lesione all'onore o alla reputazione, o comunque interessi non patrimoniali.⁴⁸⁸

485 **Gazzara**, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, cit., pag. 59 e ss.

486 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 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).

487 *Principi 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».

488 Così **Tomarchio**, cit., pag. 122.

La valutazione circa la meritevolezza dell'interesse di cui si chiede ristoro è affidata al giudice chiamato in causa, il quale deve curare che la riparazione sia, appunto, "integrale".⁴⁸⁹

Con riguardo, invece, ai Principi di diritto europeo dei contratti (PDEC), (noti anche come Codice Lando), valgano alcune considerazioni già svolte circa i Principi Unidroit.

Anzitutto giova precisare che essi regolano la materia esclusivamente se le parti dispongano in tal senso; in particolare: *a*) si applicano quando i contraenti hanno convenuto di inserirli nel contenuto del contratto o hanno convenuto che il contratto sia regolato da essi; *b*) si sott'intendono applicati quando le parti hanno convenuto che il contratto sia regolato dai "principi generali del diritto", dalla "*lex mercatoria*" o hanno usato espressione analoga; *c*) si adoperano quali riferimenti quando le parti non hanno scelto altro sistema di regole o altre norme di diritto per disciplinare il contratto⁴⁹⁰.

Riguardo, poi, all'inadempimento, si nota che nei PDEC è previsto, all'art. 8:108, rubricato "*Esonero da responsabilità dovuto a impedimento*", 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*"; tale disposizione sembra aderente il linea generale con quella stabilita nel nostro ordinamento

489 *Principi 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». L'art. 7.4.4 limita, poi, limita il risarcimento al danno a ciò che era prevedibile al tempo della conclusione del contratto e siffatta previsione sembra in armonia con quanto previsto nel nostro ordinamento dall'art.1225 c.c. così come, in Francia, all'art.1150 che prevede: «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».

490 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. L'ambito di operatività dei PDEC, tuttavia, risulta essere 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*".

dall'art. 1218 c.c., nonché dall'art. 1147 del *Code Civil* francese e dal §280 del BGB tedesco⁴⁹¹.

Ma la disposizione che più rileva in tema di responsabilità è, senza dubbio, quella contemplata dall'art. 9:501 la quale al comma 2 espressamente chiarisce che il pregiudizio risarcibile comprende sia la perdita futura ragionevolmente prevedibile, sia, soprattutto, il danno non patrimoniale.⁴⁹²

Stante la genericità della locuzione di danno non patrimoniale ivi adoperata, taluno ha proposto di interpretare il detto del comma 2 come disposizione dall'ampia portata, grazie alla quale ascrivere rilievo non soltanto ai danni che incidono sul patrimonio fisico del creditore contraente ma anche a quelli più propriamente morali.

Esplicita conferma di questo assunto deriva anche dalle note esplicative ufficiali dei PDEC dove si parla non solo della riparabilità delle lesioni conseguenti all'inadempimento che incidono su diritti inviolabili e fondamentali della persona, ma anche della riparazione dei pregiudizi consistenti in “*mera sofferenza e disagio*” derivante dalla “*lesione fisica o dalla delusione o dal senso di impotenza*”.⁴⁹³

491 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”. 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”.

492 **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..

493 Ne parla dettagliatamente **Castronovo**, *Traduzione italiana dei Principi di Diritto europeo dei Contratti*, Milano, 2001, pag. 490. In questo senso non può non cogliersi nettamente una profonda differenza con la soluzione adottata dalle SS. UU. del 2008. La Cassazione Sez. un., con sentenza n. 26972, ha chiaramente definito i diritti alla qualità della vita, al benessere e alla serenità, ossia

Il testo in esame offre, dunque, una soluzione innovativa per il ristoro delle pretese creditorie insoddisfatte.

I principi PDEC e Unidroit sono stati affiancati, nel tempo, da altre e più nuove normative di riferimento.

Tra i progetti di stampo internazionale merita un succinto accenno il recente Draft Common Frame of Reference, dal quale emerge una definitiva e chiara propensione verso il riconoscimento del risarcimento del danno non patrimoniale contrattuale.⁴⁹⁴

La soluzione offerta dal Draft è, nei fatti, analoga a quella prospettata dai PEDC.

E' il *Book III*, all'art. III.-3:701: rubricato "Right to damages" ad occuparsi del tema. In esso si legge: *(1) The creditor is entitled to damages for loss caused by the debtor's non-performance of an obligation, unless the non-performance is excused. (2) The loss for which damages are recoverable includes future loss which is reasonably likely to occur. (3) "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.*

Dalla lettura del comma terzo della disposizione in esame, si evince la volontà di considerare "perdita" non solo la diminuzione patrimoniale, ma anche il pregiudizio non economico sofferto e derivante dalla condotta debitoria (per esempio, le *sofferenze, i disagi, lo stress ed ogni altra perdita o impoverimento della qualità della vita* risultante dal mancato o inesatto adempimento dell'obbligato).

La previsione in esame si sposa perfettamente con l'idea che parte della dottrina italiana e della giurisprudenza si era fatta circa il contenuto del nostro art. 1223

quei diritti compromessi da questi turbamenti, "diritti immaginari". La Corte non intende ammetterne la tutela perché ciò potrebbe condurre il risarcimento del danno non patrimoniale nella sfera dell'atipicità, con il conseguente rischio di fornire lo sviluppo di richieste di tutela pretestuose (sul tema cfr. **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 *Contr. e Imp.*, 2009, pag. 595). Infatti nei Principi si indica che il risarcimento del danno può anche non riguardare i diritti fondamentali (indicati, genericamente, dall'art. 2 Cost.) bensì anche i turbamenti, i disagi, lo stress che non si qualificano propriamente come "diritti" o pregiudizi "seri".
494 **S. Grundmann**, *The structure of the DFCR – which approach for today's contract law?*, in *Il Draft Common frame of Reference del diritto private europeo*, a cura di G. Alpa e G. Iudica, Biblioteca Giuridica, n. 47, 2009, pag. 85.

c.c.; il concetto di “perdita” è omnicomprendivo e si riferisce sia alle perdite pecuniarie sia a quelle non patrimoniali (cfr. *supra*, pag.).

L'espressione: “*Non economic loss*” includes pain and suffering and impairment of the quality of life” non rende la lista dei pregiudizi tassativa ed esaustiva ma, viceversa, l'art. 3:701 attribuisce al creditore lo strumento necessario per chiedere il ristoro integrale dei pregiudizi collegati all'inadempimento ingiustificato del debitore.⁴⁹⁵

Si è fatto presente che la novità della proposta avanzata con il Draft è quella di non limitarsi a recepire le soluzioni già ampiamente radicate in altri ordinamenti, ma di fornire un modello risarcitorio *uniforme* ed equo basato sul principio di riconoscimento di ogni pregiudizio (patrimoniale e non patrimoniale) derivante dall'inadempimento.

Numerose, in proposito, sono le riflessioni della dottrina degli ultimi anni.

Tra le voci critiche nei confronti del DCFR vi sono quelle che si dichiarano scettiche sulla capacità per una normativa “*europaea*” di apportare un vero cambiamento delle tradizioni e dei comportamenti di Paesi che, seppure geograficamente così vicini, possiedono legislazioni così lontane fra loro.

Yves Lequette, per esempio, afferma: “*l'unificazione del diritto civile in Europa [...] sembra una cosa pericolosa politicamente, culturalmente ed economicamente dannosa oltre che inutile. Per quanto mi riguarda, la mia speranza è che la Francia non abbandoni la sua storia, che ne rimanga l'essenza e che questa possa divenire la matrice di tutte le leggi dell'Europa e del resto del mondo. Ma ciò presupporrebbe, naturalmente, innanzi tutto, che i cittadini francesi fossero i primi a credere ancora nella Francia e i giuristi nel diritto francese. E questo è un problema*”.⁴⁹⁶

495 **Study Group** on a European Civil Code, DCFR, in *Principles, definitions and Model Rules of European contract law*, 2009, art. III.-3:701: *Right to damages*, pag. 936, *Comments*, p. A) e B).

496 **Y. Lequette**, *Vers un code civil européen?*, Le code civil, Paris, 2003, pag. 122: testo originale: “*l'unification de la législation civile en Europe [...] apparaît comme une chose dangereuse politiquement, nuisible culturellement et économiquement inutile. Quant à ma passion, elle me porte à espérer que la France ne sorte pas de l'histoire, qu'elle reste ou redevienne la mère des art et des lois, pour le bien même de l'Europe et du monde. Mais cela suppose évidemment que les Français croient encore en la France et les juristes français dans le droit français. C'est tout le problème*”.

Non lontano dal pensiero di Lequette si pongono le considerazioni, scettiche, formulate da Cornu⁴⁹⁷ sulla possibilità di costruire un comune diritto civile europeo; egli, sottolinea che: *“scrivere la legge è un’arte [...] il legislatore non scrive tanto per scrivere... Il codice civile di un paese ripropone nel suo contenuto l’essenza di un paese attraverso le espressioni scritte in lingua madre; esso è stato pensato e scritto in lingua nativa. E questo vale per la legge di tutti gli Stati. E anche per il codice civile francese. Chi vorrà abbandonare la propria lingua giuridica? Ogni paese ha il diritto di “coltivare” la propria legge nell’ “orto” della propria lingua”*.

In ultimo, ma non per importanza, si richiama il pensiero di Stefano Rodotà⁴⁹⁸ e di Guido Alpa;⁴⁹⁹ essi, riflettendo in materia di unificazione europea dei sistemi di diritti privato, pubblico e processuale civile, ritengono che l’unità resti ancora una: *“speranza ma anche un impegno al quale sono chiamati a collaborare tutti i giuristi....la storia dell’idea di Europa e del connotato europeo è come la tela di Penelope: si tesse e si ritesse a seconda dell’orizzonte in cui si muove il tessitore. Definire i fondamenti del diritto privato europeo è una operazione che si compie sulla base di categorie e di metodi che variano a seconda delle epoche e delle mentalità, a seconda degli obiettivi che si vogliono perseguire”*.⁵⁰⁰

497 **G. Cornu**, *L’art d’écrire la loi*, Le code civil, cit., pag. 5; testo originale: *l’art d’écrire la loi est l’art d’écrire [...] Pourtant le législateur n’est pas du côté de ceux qui ont l’art d’écrire pour écrire”*

... *“Le Code civil d’un pays ne peut recevoir sa teneur originale que de sa langue native. Il est pensé, il est écrit dans la langue du lieu. On le dira du Code des tous les États. On le dira aussi en France de son Code civil. Qui voudrait arracher sa langue à ce droit? Que chaque pays, en son génie, cultive pour son droit le jardin de ses Lettres.*

498 **S. Rodotà**, *Il codice civile e il processo costituente europeo*, Riv. crit. dir. priv., 2005, pag. 33.

499 **Alpa - Andenas**, *Fondamenti del diritto privato europeo*, Giuffrè, 2005, pag. 50.

500 **G. B. Ferri**, *Riflessioni sul diritto privato europeo*, Europa e dir. priv., 2011, fasc.. 01, pag. 1.; **Alpa - Andenas**, *Fondamenti del diritto privato europeo*, cit..

Sezione II

Le sopravvenienze non imputabili

1) L'inesigibilità della prestazione e le sopravvenienze non patrimoniali

In dottrina, si manifesta la principale preoccupazione che l'irruzione di logiche estranee a quelle patrimoniali possa arbitrariamente alterare o compromettere il funzionamento e l'efficienza degli scambi economici.⁵⁰¹

nel diritto dei contratti, si suole indicare con il termine sopravvenienza il verificarsi di fatti, eventi o circostanze imprevedibili intervenute durante l'esecuzione del rapporto ed incidenti sulle prestazioni pattuite. In tali casi, spesso, si adotta il rimedio della risoluzione del vincolo, salvo la facoltà per le parti di rinegoziare il contenuto del contratto secondo il nuovo assetto di interessi risultante a seguito dell'evento sopravvenuto (cfr. *infra*, par. segg).

La risoluzione opera soprattutto nei casi "estremi" nei quali la sopravvenienza è tale da non consentire neppure al soggetto creditore di esigere la prestazione perché l'alterazione degli interessi contrattuali è irreversibile al punto da risultare fortemente squilibrato e dannoso per il contraente debitore.

Si parla, in tali evenienze, di *inesigibilità* della prestazione.

L'istituto in ultimo richiamato è frutto della tradizione dottrinale della Germania di inizio novecento. E' il giurista Nipperdey,⁵⁰² infatti, a coniare il termine *inesigibilità* per indicare: "un principio che governa l'intero diritto delle

501 Si fa presente che l'inesigibilità per sopravvenienze esistenziali non patrimoniali va distinta dalla impossibilità *c.d. soggettiva* (cfr. *supra*, sez. I, par..., pag...), nella quale intervengono circostanze che attengono alla sfera soggettiva del debitore ma che non identificano la persona umana quale valore preminente rispetto al vincolo obbligatorio. Del pari, non appartengono all'area della inesigibilità ma della distinta sfera dell'impossibilità sopravvenuta, le ipotesi di sproporzione economica relativa a sopravvenienze patrimoniali. Per contro, l'equilibrio di cui si parla allorchè si discuta di sopravvenienze non patrimoniali è di tipo "assiologico", contraddistinto dall'esigenza di ripristinare la conformità all'ordinamento giuridico della disciplina del rapporto obbligatorio a fronte di fattispecie involgenti la persona del debitore in quanto valore (Così **Clarizia**, *Soppravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, cit., pag. 39). Già sul tema vedi: **Barassi**, *Sui limiti di una codificazione del contratto di lavoro*, in Filangieri, vol. XXXIV, 1899, pag. 16; **Scialoja**, Nota a Cass. 25.06.1951, in Foro It., 1952, vol. II, pag. 30; **Natoli**, *Retribuzione sufficiente e libertà sindacale*, in Riv. Giur. lav., 1952, vol. I, pag. 256.

502 **Nipperdey**, *Vertragstreue und Nichtzumutbarkeit der Leistung*, Mannheim-Berlin-Leipzig, 1921, pag. 34, nota 3.

obbligazioni, un principio immanente a tutti i rapporti obbligatori quale limite del vincolo".

Inizialmente, l'inesigibilità nasce per identificare una sopravvenienza nel rapporto contrattuale che è tale da creare un effetto distorsivo sulle prestazioni; infatti, a seguito di tale evento, si genera un aggravamento economico della situazione debitoria tale da non consentire al creditore di pretendere l'adempimento di quanto pattuito. In pratica, l'istituto tende a coincidere con la categoria dell'eccessiva onerosità sopravvenuta.⁵⁰³

Il concetto di inesigibilità, tuttavia, subisce nel tempo una sostanziale modificazione; infatti, con la diffusione di una nuova morale sul finire dell'Ottocento, che conferisce nuova rilevanza anche ai valori non patrimoniali (cfr. *supra*, cap. I), l'inesigibilità si distacca dall'area "economica" per identificare, in modo più generico, ogni circostanza sopravvenuta nella quale al creditore è tolta la facoltà di esigere la prestazione perché il debitore, eseguendo la prestazione, ne subirebbe pregiudizio non tanto dal punto di vista economico bensì sotto il profilo esistenziale e non patrimoniale.⁵⁰⁴

Si assiste, dunque, ad una transizione del concetto di inesigibilità dall'area del *materiale* a quella *ideale*.⁵⁰⁵

503 Così **Clarizia**, *Soppravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, cit., pag. 18. E' evidente anche la differenza di regolamentazione della circostanza di cui trattasi rispetto alla non conformità del vincolo per contrarietà a norme imperative, ordine pubblico e buon costume, dove il concorso di circostanze sopravvenute lesive non solo dei valori della persona del debitore ma anche dell'ordinamento genera la c.d. *nullità sopravvenuta*. Ne parla, tra i tanti, **Scognamiglio**, *Sull'invalidità successiva dei negozi giuridici*, in Ann. Dir. comp., vol. XXVII, 1951, pag. 54 e ss.; **Donisi**, *In tema di nullità sopravvenuta del negozio*, in Riv. Trim. Dir. Priv., 1967, pag. 820; **Lonardo**, *Ordine pubblico e illecità del contratto*, Napoli, 1993, pag. 254; **Ferroni**, *Ius superveniens, rapporti in corso e usurarietà sopravvenuta*, in Rass. Dir. Civ., 1999, pag. 483 e ss.; **Riccio**, *Nullità sopravvenuta del contratto*, in Contr. e Imp., 2000, pag. 628.

504 **Clarizia**, *Soppravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, Napoli, 2012, pag. 14; cfr. in particolare la *nota 13*, nella quale l'autrice riprende le tesi di Eckstein e Greiner.

505 Per il superamento della patrimonialità quale autonomo valore cfr. dottrina richiamata nelle *Note* del cap. II, par..., pag.... In particolare si richiama: **Donisi**, *Verso la depatrimonializzazione del diritto privato*, in Rass. Dir. Civ., 1980, pag. 644 e ss.; **Perlingieri**, *Depatrimonializzazione e diritto civile*, 1983, cit., e dello stesso autore *Scuole tendenze e metodi. Problemi di diritto civile*, Napoli, 1989, pag. 175 ss.; **Izzi**, *Il rapporto giuridico non patrimoniale*, Milano, 2012, pag. 233 e ss.

Nel cercare soluzioni adeguate a fronteggiare il sopravvenire di eventi che rendono inesigibile la prestazione, si dovranno contemperare, senz'altro, più esigenze, cercando per quanto possibile soluzioni che riducano il più possibile il rischio di comportamenti opportunistici del debitore in nome di “*retoriche umanitarie*”.⁵⁰⁶

L'inesigibilità per sopravvenienze non patrimoniali sarà concessa solo laddove si manifestino effettive, reali esigenze di stampo esistenziale per la sfera del contraente debitore, soprattutto se trattasi di interessi costituzionalmente protetti.

Allo stesso tempo, tuttavia, sarà comunque necessario bilanciare tali valori con le esigenze del mercato: solo al termine di questa delicata operazione si potrà finalmente giungere alla declaratoria di legittimità o meno del rifiuto di adempiere.⁵⁰⁷

Il nuovo assetto generato dall'inesigibilità è, però, fonte di dibattito: infatti, si rivela di fondamentale importanza la comprensione dell'espressione *sopravvenienza non patrimoniale*, sulla quale non vi è uniformità di vedute, al fine delimitare il campo dell'istituto; occorre, prima di ogni altra cosa, infatti, individuare in quali circostanze concrete il creditore possa pretendere l'adempimento e in quali, contrariamente, egli sia tenuto ad astenersi dalla richiesta di adempimento.⁵⁰⁸

In dottrina, si manifesta la principale preoccupazione che l'irruzione di logiche estranee a quelle patrimoniali possa arbitrariamente alterare o compromettere il funzionamento e l'efficienza degli scambi economici.⁵⁰⁹

506 Così **Clarizia**, *Soppravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, cit., pag. 33.

507 Il riferimento è allo “sforzo esigibile” della nave rimasta incagliata nel ghiaccio, la quale impedisce al vettore la consegna della merce trasportata in quanto, per riprendere la navigazione, occorrerebbe acquistare un rompighiaccio di valore superiore a quello della merce. In dottrina si richiama, nuovamente, l'elaborazione del pensiero giuridico d'oltralpe: **Brecht**, *System der Vertragshaftung*, cit. più sopra (nelle note del cap. I), in *Jherings Jahr*, 1908, vol. 17, pag. 123.

508 Con il sintagma “*sopravvenienze non patrimoniali*” si suole indicare la categoria di eventi che nel ledere, o minacciare di ledere, interessi non patrimoniali del debitore. (**P. Kruckmann**, *Clausola rebus sic stantibus*, *Kriegsklausel*, *Steikklausel*, in *Arch. Civ. Praxis*, 1918, pag. 116 e 57).

509 Si fa presente che l'inesigibilità per sopravvenienze esistenziali non patrimoniali va distinta dalla impossibilità *c.d. soggettiva* (cfr. *supra*, sez. I, par..., pag...), nella quale intervengono circostanze che attengono alla sfera soggettiva del debitore ma che non identificano la persona umana quale valore preminente rispetto al vincolo obbligatorio. Del pari, non appartengono all'area della inesigibilità ma della distinta sfera dell'impossibilità sopravvenuta, le ipotesi di

Nel cercare soluzioni adeguate a fronteggiare il sopravvenire di eventi che rendono inesigibile la prestazione, si dovranno contemperare quindi, senz'altro, più esigenze, cercando per quanto possibile soluzioni che riducano il più possibile il rischio di comportamenti opportunistici del debitore in nome di “*retoriche umanitarie*”.⁵¹⁰

Detto altrimenti, *l'inesigibilità per sopravvenienze non patrimoniali* sarà concessa solo laddove si manifestino effettive, reali esigenze di stampo esistenziale per la sfera del contraente debitore, soprattutto se trattasi di interessi costituzionalmente protetti.

Allo stesso tempo, tuttavia, sarà comunque necessario bilanciare tali valori con le esigenze del mercato: solo al termine di questa delicata operazione si potrà finalmente giungere alla declaratoria di legittimità o meno del rifiuto di adempiere.⁵¹¹

1a) L'inesigibilità e l'inadempimento

Il già visto e ampiamente commentato art. 1218 c.c. (cfr. *supra*, sez. II, par...., pag...) dispone che il debitore che non esegue esattamente la prestazione alla quale è tenuto sia responsabile dei conseguenti danni subiti dal creditore, a meno che non fornisca la prova della sopravvenuta impossibilità della prestazione per cause a lui non imputabili.⁵¹²

sproporzione economica relativa a sopravvenienze patrimoniali. Per contro, l'equilibrio di cui si parla allorchè si discuta di sopravvenienze non patrimoniali è di tipo “*assiologico*”, contraddistinto dall'esigenza di ripristinare la conformità all'ordinamento giuridico della disciplina del rapporto obbligatorio a fronte di fattispecie involgenti la persona del debitore in quanto valore (Così **Clarizia**, *Sopravenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, cit., pag. 39). Già sul tema vedi: **Barassi**, *Sui limiti di una codificazione del contratto di lavoro*, in Filangieri, vol. XXXIV, 1899, pag. 16; **Scialoja**, Nota a Cass. 25.06.1951, in Foro It., 1952, vol. II, pag. 30; **Natoli**, *Retribuzione sufficiente e libertà sindacale*, in Riv. Giur. lav., 1952, vol. I, pag. 256.

510 Così **Clarizia**, *Sopravenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, cit., pag. 33.

511 Il riferimento è allo “sforzo esigibile” della nave rimasta incagliata nel ghiaccio, la quale impedisce al vettore la consegna della merce trasportata in quanto, per riprendere la navigazione, occorrerebbe acquistare un rompighiaccio di valore superiore a quello della merce. In dottrina si richiama, nuovamente, l'elaborazione del pensiero giuridico d'oltralpe: **Brecht**, *System der Vertragshaftung*, cit. più sopra (nelle note del cap. I), in *Jherings Jahr*, 1908, vol. 17, pag. 123.

512 **Castronovo**, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in Enc. Dir. priv., 2011, pag. 70; **Trimarchi**, *Incentivi e rischio nella responsabilità*

Le differenti ricostruzioni dell'impossibilità liberatoria oscillano tra le teorie soggettive e quelle oggettive (cfr. *supra*, sez. II, par..., pag...), riconducibili all'alternativa tra la liberazione dal vincolo in considerazione dello sforzo diligente del debitore (e delle sue capacità) e impostazioni che poggiano su concezioni di responsabilità debitoria del tutto indipendente dalle capacità soggettive e individuali del soggetto.

Col tempo, le teorie sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione tendono a confrontarsi con il nuovo concetto di inesigibilità, identificato come “*eventi o situazione che, pur nella permanenza della possibilità della prestazione, rendano inesigibile la stessa*”.⁵¹³

Impossibilità e inesigibilità, infatti, condividono il terreno comune del contratto e si confrontano con le teorie e la disciplina relativa alla responsabilità da inadempimento.

L'inesigibilità, si precisa, oltre a differenziarsi dall'impossibilità, deve inoltre tenersi distinta dalla mera difficoltà di esecuzione: è inesigibile ogni prestazione che sarebbe *disumano* se non addirittura *contrario agli stessi principi giuridici* pretendere in determinate situazioni.⁵¹⁴

Il riferimento, nello specifico, corre a quelle ipotesi nelle quali l'adempiere l'obbligazione avrebbe per effetto una lesione dei diritti assoluti ed essenziali della persona; in tali circostanze si rende necessario il ricorso al principio *supremo* secondo il quale, sorgendo il conflitto tra diritti, è quello d'entità maggiore a dover prevalere: e in un panorama dove la Costituzione attribuisce rilievo anche ad interessi non patrimoniali, questi ultimi, confrontati con quelli avente carattere economico, sono destinati ad avere precedenza.

Si fa strada l'idea che la rinuncia all'esecuzione della prestazione, ostacolata da eventi che interessano valori non patrimoniali del soggetto debitore, sia tollerabile

contrattuale, in Riv. Dir. civ., 2008, vol. I, pag. 341.

513 **Di Majo**, *Delle obbligazioni in generale*, in Comm c.c. Scialoja-Branca, Bologna-Roma cit., pag. 67; **Perlingieri**, *Il fenomeno dell'estinzione delle obbligazioni*, Napoli, 1972, pag. 118 e ss; **Rescigno**, *Obbligazioni*, in Enc. Dir., vol. XXIX, Milano, 1979, pag. 145.

514 **Coviello**, *Del caso fortuito in rapporto all'estinzione delle obbligazioni*, Lanciano, 1895, pag. 95.

solo laddove, come ricorda Nicola Coviello⁵¹⁵: “*non si adempia per evitare un danno che necessariamente conseguirebbe a diritti della propria personalità*”.

Parte della dottrina⁵¹⁶ avanza la proposta di reputare l'inesigibilità della prestazione come una sottocategoria dell'impossibilità sopravvenuta.

Secondo questa opinione, si avrebbe vera impossibilità non soltanto quando lo scopo non è raggiungibile in sé ma anche quando, per circostanze sopravvenute, il risultato non può essere realizzato se non con *mezzi anormali* rispetto al tipo di rapporto obbligatorio considerato e tali da compromettere gli interessi della parte adempiente.⁵¹⁷

L'ipotesi sostenuta da questo indirizzo dottrinale, e la seguente riconduzione dell'inesigibilità entro i confini dell'impossibilità sopravvenuta, viene successivamente parzialmente rimodulata.

Si mantiene l'impostazione che vede la categoria dell'inesigibilità come classe non autonoma rispetto all'impossibilità ma si comincia a metter in dubbio che essa possa, comunque, essere definibile solo e soltanto quale sottospecie di impossibilità.

L'ultima evoluzione del pensiero dottrinale giunge, finalmente, ad una definitiva differenziazione tra l'impossibilità sopravvenuta e l'inesigibilità della prestazione: infatti, solo in quest'ultimo caso si riconosce al rapporto obbligatorio la possibilità di conservare, nonostante il suo peculiare atteggiarsi, la natura di vincolo giuridicamente rilevante.

Nel caso dell'inesigibilità il debitore rimane sempre libero di adempiere⁵¹⁸ e conserva, seppure “teoricamente”, il potere di eseguire la prestazione; l'obbligazione, inesigibile, resta comunque esistente.⁵¹⁹

515 Coviello, *Del caso fortuito*, cit., pag. 94, il quale richiama espressamente Lehmann, *Ueber die civilrechtlichen Wirkungen des Nothstandes*, in Jhering J., vol. 13, 1874, pag. 215 ss. Per una trattazione più diffusa del tema si rimanda all'opera di Clarizia, *Sopravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, cit., pag. 50 e ss.

516 Mengoni, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, cit., (più sopra, sez. I, pag. ...) in *Scritti*, vol. II, cit, pag. 176.

517 Mengoni, *Obbligazioni*, op.ult.cit., pag. 293.

518 Majello, testualmente, definisce l'adempimento debitorio intervenuto nelle fattispecie inesigibili un atto eroico (cfr. Majello, *Sulla responsabilità per inadempimento*, cit., pag. 289).

519 Castrovinci, *Il problema della inesigibilità della prestazione*, cit., pag. 353.

Se ciò è vero, è altrettanto indubbio che la vicenda modificativa prodotta dall'inesigibilità possa sfociare in una vicenda estintiva dell'obbligazione, là dove il protrarsi delle circostanze impeditive dell'esecuzione della prestazione dia luogo al venir meno dell'interesse del creditore, analogamente alle fattispecie relative all'impossibilità temporanea della prestazione (art. 1256 c.c.).⁵²⁰

Una nuova tendenza si sviluppa nel campo di interpretazione del contratto, ovvero sia quell'indirizzo dottrinale che vede il canone della buona fede come nuovo mezzo per vagliare, nei casi di inesigibilità, la legittimità del rifiuto di adempiere al dovuto.⁵²¹

La mancata prestazione, se giustificata sul piano assiologico per il sopravvenire di più importanti interessi non patrimoniali, sarebbe in tali circostanze un comportamento escluso dall'area di applicabilità della disciplina sull'inadempimento.⁵²²

520 Conferisce rilievo preminente all'interesse creditorio Cass. 19.06.1958, n. 2125, in rep. Foro it., 1958, pag. 363, e, più di recente, sulla medesima linea interpretativa App. Milano, 11.08.2000, in Dir. Aut., 2001, pag. 236. Il verificarsi di tale ipotesi, comunque, non consente di sovrapporre le due categorie considerato (come poc'anzi detto) che l'impossibilità temporanea non postula, come l'inesigibilità, l'astratta possibilità di eseguire la prestazione (più esaustivamente cfr. **Perlingieri**, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni*, cit., pag. 496).

521 **Mengoni**, *Obbligazioni*, op.ult.cit, pag. 294; **Visintini**, *Inadempimento e mora del debitore*, Milano, rist. 2006, pag. 275; **Clarizia**, *Sopravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, cit., pag. 106; **Mengoni**, *Responsabilità contrattuale*, in *Ius*, 1986, pag. 332; **Natoli**, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., pag. 7 e ss; dello stesso autore, *I problemi del metodo della ricerca civilistica oggi in Italia*, in *Scritti*, cit., vol. I, pag. 259; **Rodotà**, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, Giuffrè, 1964, pag. 132; **Romano**, *Interessi del debitore e adempimento*, Napoli, 1995, pag. 91; in giurisprudenza, sul tema dell'abuso del diritto, cfr. in particolare Cass. 18.09.2009, n. 20106, con commento di **Perlingieri** e **Carapezza**, *Crestomazia di decisioni giuridiche*, Napoli, rist. 2012, vol. II, pag. 391 e ss..

522 L'interesse del debitore, inoltre, non è semplicemente misurato rispetto al sistema degli interessi protetti dall'ordinamento, ma la sua prevalenza nelle ipotesi in esame, discende dal confronto rispetto alla tavola di valori costituzionalmente protetti. Peraltro, non ogni concorso di principi vale ad esonerare il debitore da responsabilità; la valutazione comparativa di cui si è detto, in grado di giustificare la non esecuzione della prestazione da parte del debitore, concerne unicamente sopravvenienze di natura non patrimoniale le quali, piuttosto che incidere sull'equilibrio economico del contratto, producono un'alterazione della sfera esistenziale del debitore alla quale è data reazione durante la fase esecutiva del rapporto (Si porta l'esempio della non esecuzione della prestazione dettata dall'esigenza di salvaguardare la propria salute. Ne tratta **Majello**, *Sulla responsabilità per inadempimento di una prestazione infungibile*, in *Scritti di diritto patrimoniale*, Napoli, 1992, pag. 289). L'inesigibilità configura il luogo normativo risolutivo per le ipotesi nelle quali gli interessi meramente mercantili concorrono con valori non patrimoniali alterando il programma di valutazioni operate alla nascita dell'obbligazione; differentemente, laddove le circostanze sopravvenute incidano su aspetti esclusivamente di natura patrimoniale, la risposta alle problematiche riguardanti ipotesi di turbamento dell'equilibrio economico resta affidata ai tradizionali strumenti della risoluzione per eccessiva onerosità, nonché alle più recenti elaborazioni in tema di presupposizione (cfr. *supra*, par.... di questa sezione) o,

Si tratta, più semplicemente, dell'applicazione sostanziale del principio di solidarietà sancito in Costituzione e di quello, codicistico, che richiama alla correttezza nei rapporti giuridici ex art. 1175 c.c..⁵²³

L'inesigibilità è un istituto che possiede caratteri peculiari, soprattutto per via della sua più volte richiamata incidenza sull'equilibrio degli interessi che inizialmente sono stati posti alla base del contratto.

Infatti, il potere di *esigere il credito*, inizialmente lecito sulla base delle considerazioni operate dai contraenti e sulle quali esse hanno sottoscritto l'accordo, è successivamente paralizzato da sopravvenienze che impongono di procedere ad un nuovo bilanciamento dei suddetti interessi.⁵²⁴

infine, alla rinegoziazione ad opera delle parti (Così **Clarizia**, *Soppravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, cit., pag. 158). Taluno (**Mengoni**, *Responsabilità contrattuale*, cit., pag. 334, il quale sostiene che: “*l'inesigibilità può determinarsi in ragione non solo di preminenti interessi non patrimoniali, inerenti la persona del debitore, ma anche di un pericolo imprevedibile di danno grave ai suoi beni*”; il riferimento, nel caso *de quo*, è ai beni aziendali, alla produttività dell'azienda l'interesse alla cui conservazione è protetto e garantito dall'art. 41 Cost.. La visuale testè accolta trova conferma in una pronuncia della Corte Costituzionale (01.04.1992, n. 149, Rel. Mengoni, in *Foro it.*, 1992, pag. 1204), con la quale la Consulta ha fornito un peculiare angolo prospettico alla luce del quale rileggere il conflitto: guardare all'assetto concreto degli interessi in gioco e non solo alla loro natura.) ha proposto l'applicazione della categoria dell'inesigibilità anche in riferimento a situazioni giuridiche soggettive esclusivamente patrimoniali. Si tratta, tuttavia, di un insegnamento poco seguito; si afferma anche in giurisprudenza, infatti, la concezione dell'inesigibilità basata esclusivamente sul bilanciamento tra valori patrimoniali ed esistenziali. Conferma questo la sentenza della Corte Costituzionale (Corte Cost., 03.02.1994, n. 19, in *Giur. Cost.*, 1994, pag. 136 ss, e sulla quale è intervenuto con il proprio commento **Perlingieri**, *L'interesse non patrimoniale e i contratti*, in *Ann. Fac. Econ. Benevento*, 2012, pag. 40 ss.) la quale fornisce una rilettura della categoria dell'inesigibilità in esame: essa è testualmente definita “*limite superiore alle pretese risarcitorie*”, e si precisa che “*l'interesse del creditore all'adempimento degli obblighi dedotti in obbligazione deve essere inquadrato nell'ambito della gerarchia dei valori comportata dalle norme di rango costituzionale e ordinario*”.

523 **Romano**, *Equilibrio e meritevolezza nel rapporto obbligatorio* (A proposito dell'inesigibilità dell'obbligazione), in *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale*, atti del Convegno di Capri, 18-20 aprile 2005, tomo III, *Iniziativa economica e impresa*, Napoli, 2007, p. 23 ss. e spec. pag. 31. In particolare, la costruzione come giudizio di valore che si riempie di valori intrinsecamente costituzionali trova il suo più evidente accoglimento soprattutto nella materia giuslavoristica, stante il diretto coinvolgimento della persona del lavoratore nell'esecuzione della prestazione; le valutazioni sottese alla figura dell'inesigibilità giustificano la non efficacia dei licenziamenti perpetrati a fronte di inadempimenti derivanti da assenza continua e permessi imposti dall'esigenza di assistere i propri familiari gravemente ammalati (ne tratta già Pret. Bologna, 20.11.1990, in *Giur. it.*, 1991, vol. I, circa 84 e ss - con commento di **Zilio Grandi**, *Anche la dignità umana ha un prezzo: licenziamento illegittimo e art. 41, II co.*, *Cost.*, pag. 83). In dottrina, tra i tanti, merita di essere citato **Schiavone**, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione lavorativa*, in *Riv. Dir. lav.*, 2010, pag. 192.

524 Così **Romano**, *op. ult. cit.*, pag. 38.

Prima di consentire al soggetto obbligato di non adempiere, è necessario commisurare le ragioni di entrambi e quelle del mercato.⁵²⁵ Se l'esito del controllo di meritevolezza delle ragioni che giustificano l'inesigibilità della prestazione non è positivo, il rifiuto di adempiere non è legittimo.⁵²⁶ Ad esempio, l'inadempimento non può essere sorretto da giustificazioni non sufficientemente adeguate, quali la mera incapienza dei mezzi economici del soggetto tenuto alla prestazione.⁵²⁷ L'incapienza non postula valutazioni che riguardano possibili interazioni fra interessi; in tali fattispecie, allora, non vi sarà alcuna esimente dall'applicazione della disciplina della responsabilità contrattuale.⁵²⁸

1b) I rimedi all'inesigibilità

Accennate le problematiche sottese alla categoria in oggetto, qualche ulteriore riflessione merita di essere svolta relativamente alla gestione della sopravvenienza non patrimoniale, qualora pur permanendo l'inesigibilità della prestazione le parti scelgano di non risolvere il vincolo.⁵²⁹

A parere di certa dottrina⁵³⁰, l'inesigibilità aprirebbe la strada a molteplici percorsi rimediali, l'atteggiarsi dei quali dipende in larga misura dalle concrete modalità di bilanciamento degli interessi; al giudice viene affidato, a posteriori, il compito di individuare lo strumento più appropriato per la tutela degli interessi che

525 **Clarizia**, *Sopravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, cit., pag. 181.

526 Accenna alla problematica: **Breccia**, *Problema costituzionale e sistema privatistico*, in Riv. Crit. Dir. priv., 1984, pag. 710. Ne discute in linea generale anche: **Clarizia**, *Sopravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, cit., pag. 183.

527 Sul tema che, come visto, nasce nel panorama della Germania di inizio novecento, si cita **Huber**, *Leistungsstörungen. Die Folgen des Schuldnerverzugs (...)*, Tübingen, 1990, par. 60, pag. 833, di cui parla ampiamente **Romano**, op. ult. cit., pag. 35.

528 **Bessone**, *Obbligo di adempiere ed esigibilità della prestazione (In margine al ruolo delle valutazioni di diligenza e buona fede)*, in *Giur. It.*, 1972, vol. I, pag. 1257.

529 **Mauceri**, *Sopravvenienze perturbative e rinegoziazione del contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, pag. 1099 e ss; **Belfiore**, *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, in *Scritti in onore di Auletta*, vol. II, Milano, 1988, pag. 276; **Camardi**, *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione.*, Milano, 1997, pag. 76 e ss; **Nicolussi**, *Presupposizione e risoluzione*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, pag. 846.

530 **Tommasini**, *Dalle logiche di revisione del rapporto alle più articolate forme di gestione delle sopravvenienze*, Torino, 2003, pag. 23 e ss; **Navarretta**, *La complessità del rapporto fra interessi e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Nuova giur. civ. e comm.*, 2007, pag. 415 ss.; **Farina**, *Il franchising - profili rimediali*, in *Rass. Dir. civ.*, 2011, pag. 442.

necessitano di soddisfazione e che, di volta in volta, rilevano nella fattispecie concreta.⁵³¹

Al di fuori, tuttavia, delle ipotesi più gravi (nelle quali il protrarsi dell'impedimento può essere tale da pregiudicare l'interesse creditorio e comportare l'estinzione dell'obbligazione), la sopravvenienza non patrimoniale determina, primariamente, la nascita di *obblighi di avviso*: si pone infatti a carico del contraente obbligato l'onere di comunicazione tempestiva del verificarsi dell'evento determinante l'inesigibilità. Si tratta di obblighi appartenenti alla categoria dei doveri di protezione, i quali assumono particolare rilievo per via della loro incidenza sull'assetto degli interessi sottesi al contratto.⁵³²

Successivamente, il rimedio che più spesso si attiva per mantenere il rapporto in vita è il ricorso a *modulazioni di tipo correttivo*,⁵³³ ossia alla rinegoziazione del negozio secondo i criteri di buona fede nell'esecuzione del contratto; così facendo, i contraenti possono concordare una modifica nel regolamento contrattuale che sia più adeguata all'incidenza che la sopravvenienza non patrimoniale ha generato nel rapporto, fermo restando, in caso di rifiuto ingiustificato di rinegoziare, l'uso di meccanismi sanzionatori (quale la risoluzione del contratto o il risarcimento dei danni a carico del soggetto non collaborativo).⁵³⁴

531 Tra i tanti autori, si cita la trattazione di **Perlingieri**, *Il "giusto rimedio" nel diritto civile*, in *Giusto proc. Civ.*, 2011, pag. 4.

532 **Clarizia**, *Soppravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, cit., pag. 221, sottolinea che, grazie all'adempimento dell'obbligo di avviso, il creditore potrebbe essere anche indotto a compiere un gesto di solidarietà e liberare definitivamente il debitore da qualunque obbligo; il ritardo nella comunicazione, tuttavia, potrebbe viceversa essere di ostacolo a tale cooperazione risolvendosi in una violazione dei doveri di buona fede ed, eventualmente, anche in un possibile danno per il contraente deluso. L'autrice richiama, nella *nota 420*, anche il pensiero di **Perlingieri**, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento: art. 1230-1259. Commentario del Codice civile*, cit., pag. 175 e ss., nonché di **Carusi**, *Le obbligazioni nascenti dalla legge, collana Trattato dir. civ. Cons. naz. Notariato*, Napoli, 2004, pag. 245.

533 Così **Tommasini**, *Revisione del rapporto, (diritto privato), Enc. Dir.*, vol. XL, Milano, 1989, pag. 133; inoltre, tratta del tema in esame **Gallo**, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992, pag. 379.

534 Quale probabile esito della rinegoziazione, alle parti è consentita comunque la gestione delle sopravvenienze non patrimoniali tramite un accordo che stabilisca modalità di adempimento diverse dalle precedenti oppure una dilazione temporale nell'esecuzione della prestazione dovuta, oppure la liberazione mediante adempimento di una prestazione facoltativa, alternativa ma diversa da quella originaria (cfr. **Perlingieri**, *La dilazione come vicenda modificativa del regolamento del rapporto*, in *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, 2003, pag. 517). Chiarisce

In alternativa alla rinegoziazione, è comunque sempre fatta salva la possibilità di riconoscere al creditore la corresponsione di una indennità quale “premio” dovuto per la perdita conseguente all'inesigibilità e al nuovo bilanciamento dei concorrenti interessi.

In conclusione alla presente trattazione è allora possibile fare qualche considerazione finale.

Come asserito da taluno,⁵³⁵ è evidente come, in materia obbligatoria, si sia consolidato il principio generale per il quale, il rapporto contrattuale: “*non è più una mera regola del dovere di adempiere ma assume la rinnovata funzione di compagine organizzativa dell'intersezione di interessi patrimoniali ed esistenziali, valutati nel loro divenire*”.

Più in particolare, il più sopra rinnovato riconoscimento della centralità della persona (cfr. più ampiamente *supra*, capp. I e II) e la consapevolezza della personalità umana come un complesso di valori spirituali, etici, morali, è il frutto dell'evolversi della coscienza sociale.

Tale rinnovata prospettiva che pone al centro dell'attenzione gli interessi *anche non patrimoniali* dell'uomo ha avuto l'effetto di creare nuovi danni da risarcire: infatti, come ha denunciato attenta dottrina,⁵³⁶ con la *moltiplicazione dei diritti* si è avuta *moltiplicazione dei danni* perché ogni qualvolta si configuri l'esistenza di un diritto (e dunque una situazione giuridica meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico) la sua lesione presupporrà un danno da risarcire.

I c.d. “nuovi danni” toccano i più svariati interessi, compresi quelli dai contorni non troppo delineati quali i pregiudizi alla vita sociale, alla serenità familiare, al benessere... fino alla discussa categoria del danno esistenziale, idonea a

Galgano, *Diritto civile e commerciale*, vol. II, IV ed., Padova, 2004, pag. 647, che il rifiuto ingiustificato di rinegoziare determina la violazione del dovere di buona fede che potrebbe condurre anche al rimedio della risoluzione per inadempimento. Sostiene il più gestibile e attuabile rimedio del risarcimento dei danni da lesione dell'obbligo di rinegoziare **Trubiani**, *La rinegoziazione contrattuale tra onere e obbligo per le parti, in obbligazioni e contratti*, 2012, pag. 453.

⁵³⁵ **Clarizia**, *Sopravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, cit., pag. 227.

⁵³⁶ **Corsaro**, *Tutela del danneggiato e responsabilità civile*, Milano, 2003, pag. 2 e ss.; **Messinetti**, *Recenti orientamenti sulla tutela della persona umana. La moltiplicazione dei diritti e dei danni*, in Riv. crit. dir. priv., 1992, 173.

comprendere in sé tutti i pregiudizi non patrimoniali relativi alla sfera *relazionale* e *areddituale* della persona.⁵³⁷

La nuova tendenza alla depatrimonializzazione si è tradotta nell'assorbimento di valori esulanti dalla sfera patrimoniale, tentando di rimeditare i concetti e di approntare nuovi strumenti operativi, uscendo dai valori e dalle tecniche tipiche della logica mercantile.⁵³⁸

Si allude, in particolar modo, alla norma contenuta nell'art. 1174 c.c., che ormai non può più essere considerata, nonostante la sua collocazione topografica nel codice civile, un'eccezione; infatti, dal testuale riconoscimento della natura non necessariamente patrimoniale dell'interesse del creditore nel rapporto obbligatorio si trae la conferma che anche l'obbligazione, istituto tipicamente patrimoniale: “*non è destinata a soddisfare solo gli interessi patrimoniali del soggetto, ma altresì i suoi interessi culturali, religiosi, morali, in una parola non patrimoniali*”.⁵³⁹

Rilevante è, a tal proposito, comprendere le cosiddette *leggi di copertura* che sottendono un fenomeno di tale rilievo e di tale portata.

A questo fine si ricorre agli studi incrociati della scienza giuridica e della sociologia che ravvisano spesso, nello sviluppo della società del *consumo*, l'insorgere di bisogni solo limitatamente riconducibili al piano degli interessi patrimoniali e che, invece, sono qualificabili come non economici.

Allora, ecco che la moderna società finisce per contrattualizzare gli interessi e i danni “alla persona”, e arriva a rendere l'istituto del risarcimento del danno il metodo ideale per ristorare le perdite intese in senso ampio come comprensive di tutti i pregiudizi subiti, a prescindere dalla natura di essi.⁵⁴⁰

537 Sulla necessità di considerare unitariamente le situazioni esistenziali riferibili alla persona cfr. **Perlingieri**, da ultimo in, *Il diritto civile nelle legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006.

538 Sul fenomeno della depatrimonializzazione del diritto privato vedi in particolare i già citati **Macario e Scognamiglio** (a cura di), *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Contratti*, 2010, vol. 7, pag. 701 ss.; **Donisi**, *Verso la depatrimonializzazione del diritto privato*, cit. pag. 644 ss.; **Perlingieri**, *Depatrimonializzazione e diritto civile*, in *Rass. dir. Civ. cit.*, pag. 1.

539 **Giorgianni**, *Obbligazione (Diritto privato)*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. IX, Torino, 1965, pag. 587.

540 **Bellomo**, *Il contratto esistenziale (a cura di Mastrapasqua)*, in *Diritto e Scienza*, 2012, n. 8, pag. 12 e ss.

Si assiste, pertanto, alla nascita di una “*neo antropologia giuridica*” che, colonizzando territori secolarmente assoggettati a rigidi schemi normativi imperniati sull’*avere*, ridona al diritto la capacità innata di porsi anche al servizio dell’*essere*.⁵⁴¹

541 Dagli scritti del Seminario “*Persona, contratti, responsabilità negli studi di Davide Messinetti*”; 17 novembre 2006, presso la Scuola Superiore di Studi Universitari e di Perfezionamento *S. Anna* di Pisa; relazione di Umberto Breccia, Giovanni Battista Ferri e Stefano Rodotà.

Sommario

Capitolo I

La rilettura dell'interesse del creditore in chiave storico giuridica

1) La storia dell'obbligazione in Italia e la genesi dell'art. 1174 c.c.....	3
2) La prestazione: la patrimonialità come essenza del vincolo.....	23
3) L'interesse "anche non patrimoniale": analisi e confronto	25
4) Apprezzabilità e meritevolezza: l'interesse ex art. 1322 c.c.....	30

Capitolo II

La rilevanza dell'interesse non patrimoniale nel rapporto contrattuale

1) Cenni storici sul contratto e sulla causa negoziale.	35
1a) Il diritto romano e la nozione di causa civilis	35
1b) Il diritto comune: le dottrine della Chiesa e la loro influenza sul modo di concepire il contratto.....	37
1c) La teoria della causa e la codificazione italiana del 1865.....	40
1d) La causa del contratto nel Codice civile del 1942. Teoria della causa come funzione economico sociale.....	45
1e) Dalla causa come funzione economico-sociale alla causa quale ragione pratica individuale.....	51
3) Gli interessi delle parti nel contratto: la prospettiva del debitore	64
4) La cooperazione del creditore all'adempimento della prestazione.....	66
4a) La mora del creditore e il deposito liberatorio nella tradizione romanistica, francese e tedesca.....	69
4b) La dottrina italiana e il codice vigente in tema di mora accipiendi.....	70
5) La clausola penale.....	80
5a) L'evoluzione dell'istituto e le tesi sulla sua funzione	80
5b) (segue) La facoltà di riduzione della penale	88
6) L'interesse nei rapporti negoziali: applicazioni peculiari dell'art. 1174 c.c.....	97
6a) Le donazioni e lo spirito di liberalità	97
6b) (segue) L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzo	99

Capitolo III

La mancata soddisfazione dell'interesse creditorio: la patologia del rapporto obbligatorio

Sezione I

Il risarcimento del danno da inadempimento

1) Profili generali	109
2) Il danno patrimoniale da inadempimento.....	110
3) Il risarcimento del danno non patrimoniale.....	115
3a) Digressione sul risarcimento del danno non patrimoniale aquiliano: il pregiudizio esistenziale della Scuola triestina e della Scuola torinese in confronto al “nuovo” danno non patrimoniale della Scuola pisana.	117
3b) Digressione sul risarcimento del danno non patrimoniale aquiliano: il pensiero della giurisprudenza	125
4) Il danno non patrimoniale da inadempimento, l'art. 2059 c.c. ed il problema della sua applicabilità alla responsabilità contrattuale.....	129
5) La fonte normativa della responsabilità da inadempimento	134
6) Il danno non patrimoniale da inadempimento nella giurisprudenza.....	139
6a) Il cumulo di azioni.....	143
6b) La decisione delle Sezioni Unite 2008 e il superamento definitivo della teoria del cumulo.....	149
7) La giurisprudenza successiva alla pronuncia delle Sezioni Unite	153
8) La quantificazione del danno non patrimoniale da inadempimento e il limite della prevedibilità.....	161
9) Il contributo offerto dalla giurisprudenza comunitaria in tema di danno non patrimoniale da inadempimento: il “pregiudizio morale da vacanza rovinata”.	166
10) Cenni di diritto comparato	170

Sezione II

Le sopravvenienze non imputabili

1) L'inesigibilità della prestazione e le sopravvenienze non patrimoniali	180
1a) L'inesigibilità e l'inadempimento.....	183
1b) I rimedi all'inesigibilità.....	188