

**EUROPA E DIRITTO PRIVATO**

Fasc. 2 - 2012

Luca Nivarra

---

**LA CONTRATTUALIZZAZIONE  
DEL DANNO NON PATRIMONIALE:  
UN'INCOMPIUTA**

---

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

*Luca Nivarra*

**LA CONTRATTUALIZZAZIONE  
DEL DANNO NON PATRIMONIALE:  
UN'INCOMPIUTA (\*)**

*Jedes Schuldverhältniss ist heute ein bonae fidei iudicium*  
Hein. STOLL, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzungen*

SOMMARIO: 1. L'impostazione del problema da parte delle sezioni unite. -  
2. L'ombra lunga del torto aquiliano. - 3. La teorica degli obblighi di  
protezione. - 4. Sintesi dei risultati raggiunti. - 5. Alcuni casi esemplari.  
- 6. Il danno da vacanza rovinata.

1. Di che cosa si parla quando si parla di “danno non patrimoniale da inadempimento (o da contratto)”? Come è noto, la più recente e autorevole messa a punto del tema sotteso alla formula si deve alle Sezioni Unite (1) che, nel quadro della loro ampia ricostruzione del danno non patrimoniale *ex art. 2059 c.c.*, dedicano alcune dense pagine proprio alla figura in esame. Tuttavia, nonostante l'apprezzabile sforzo, non si può dire che l'arresto delle s.u. sia stato veramente risolutivo, vuoi per una debolezza immanente alla struttura logica del ragionamento, vuoi perché esso lascia fuori dal suo orizzonte quello che, a mio avviso, è il punto fondamentale della questione, cioè, appunto, che cosa debba intendersi per “danno non patrimoniale da contratto”.

Non ha giovato ad una corretta impostazione del problema la circostanza che questo venisse affrontato in un con-

---

Saggio sottoposto a referato.

(\*) Questo scritto è destinato al volume di studi per Alfredo Galasso.

(1) Cass. s.u. 11-11-2008, n. 26973, Foro it., 2009, 120 s.

testo dominato dall'esigenza di ulteriormente precisare e sistemare, dopo le due sentenze gemelle del 2003, i confini del danno non patrimoniale in ambito aquiliano. In generale, infatti, nel caso della responsabilità civile, si tratta, prima di ogni altra cosa, di stabilire se la perdita patrimoniale sia risarcibile oppure no: e, a tal fine, l'ordinamento appresta il criterio dell'ingiustizia, in ragione del quale il danno sarà risarcibile solo se collegato alla lesione di un interesse giuridicamente protetto. L'ingiustizia, in altri termini, è il grande selettore che decide della sorte del pregiudizio prodottosi nella sfera del danneggiato. E, del resto, la storia ormai quarantennale della responsabilità civile è contrassegnata, come è noto, da un progressivo superamento degli originari confini del "danno ingiusto" che ha portato quest'ultimo ben oltre le colonne d'Ercole del diritto soggettivo assoluto. Il discorso vale, a maggior ragione, per il danno non patrimoniale, giacché la formulazione restrittiva dell'art. 2059 c.c. rappresentava un ostacolo ben più consistente di quanto non fosse il richiamo all'ingiustizia dell'art. 2043 c.c. e dove, quindi, l'acribia evolutiva degli interpreti si è dovuta esercitare con maggiore intensità.

Non mette conto, qui, di discutere i risultati di questo sforzo che ha trovato proprio nella sentenza delle s.u. una sintesi autorevole ancorché, sia detto per inciso, difficilmente condivisibile fino in fondo. È certo, però, che questo approccio non può essere seguito allorché si ragiona della risarcibilità del c.d. danno non patrimoniale da contratto. Infatti, qui, il problema non è quello di verificare se un danno sia risarcibile o meno, alla stregua di un canone normativo investito della funzione di filtro, dal momento che è l'esistenza stessa del rapporto obbligatorio ad assolvere a tale medesima funzione: nel senso che, una volta venuto in essere il vincolo, la violazione di quest'ultimo (*rectius*: la frustrazione dell'interesse o degli interessi protetti in ragione o in dipendenza del manifestarsi del vincolo) sarà di per sé ingiusta, come risulta in modo inequivoco dall'art. 1218 c.c. Discende da ciò che, nel nostro caso, il vero problema sarà un altro, ovvero quello di argomentare nel senso della riconducibilità dell'interesse non patrimoniale leso dal debitore entro il perimetro della relazione che lega le due parti. Sotto questo profilo, la questione in esame pone l'interprete di fronte ad un compito molto impegnativo, investendo,

essa, direttamente, il modo di intendere la struttura del rapporto obbligatorio (2).

Viceversa, le s.u. seguono, come si è detto, una linea di ragionamento diversa, tutta sbilanciata sul versante dell'astratta ammissibilità del risarcimento del danno non patrimoniale anche in ambito contrattuale: « L'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. consente ora di affermare che anche nella materia della responsabilità contrattuale è dato il risarcimento dei danni non patrimoniali. Dal principio del necessario riconoscimento, per i diritti inviolabili della persona, della minima tutela costituita dal risarcimento, consegue che la lesione dei diritti inviolabili della persona che abbia determinato un danno non patrimoniale comporta l'obbligo di risarcire tale danno, quale che sia la fonte della responsabilità, contrattuale o non contrattuale. Se l'inadempimento dell'obbligho

(2) Certamente molto più impegnativo di quanto non sia, dal punto di vista della hegeliana fatica del concetto, slargare il significato di « solo nei casi determinati dalla legge » sino a ricomprendervi le disposizioni costituzionali che proclamano diritti inviolabili della persona: e ciò nel presupposto che, individuando quella risarcitoria la forma di tutela minima, ciascuna delle suddette disposizioni costituzionali andrebbe letta insieme con l'art. 2043 (o, quantomeno, di quella sua parte che ricollega l'insorgere di un obbligo risarcitorio al verificarsi di un danno ingiusto). Esiste, infatti, una fondamentale differenza tra un ragionamento di tipo interpretativo, volto ad asseverare, sulla base di argomenti di vario tipo, che il significato di un certo enunciato normativo è "X" piuttosto che "Y", e un ragionamento di tipo dogmatico, in cui certe conseguenze interpretative vengono fatte discendere da un mutamento dei protocolli concettuali deputati ad assicurare stabilità e sensatezza all'approdo ermeneutico di volta in volta proposto. Una chiara riprova di tutto questo offre, da ultimo, C. Castronovo, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in questa *Rivista*, 2011, 55 s. per il quale il definitivo inquadramento teorico del danno non patrimoniale da contratto discende da una più ampia ed impegnativa rilettura del rapporto obbligatorio come struttura logica e figura normativa caratterizzata dall'invariante della relazionalità quanto alla forma, e dalla variabilità degli interessi protetti (ora attraverso l'obbligo di prestazione, ora attraverso gli obblighi accessori), quanto al contenuto. Sulla leggerezza dogmatica dell'operazione di slargamento posta in essere dalla S.C. già a partire dalle due sentenze gemelle del 2003 mi permetto di rinviare a L. Nivarra; *Diritto privato e teorie analitiche del diritto*, in questa *Rivista*, 2004, 50 s.: senza nulla voler togliere, beninteso, al peso che operazioni di questo tipo hanno dal punto di vista politico-culturale.

gazione determina, oltre alla violazione degli obblighi di rilevanza economica assunti con il contratto, anche la lesione di un diritto inviolabile della persona del creditore, la tutela risarcitoria del danno non patrimoniale potrà essere versata nell'azione di responsabilità contrattuale, senza ricorrere all'espediente del cumulo di azioni » (3).

Questa impostazione, oltre ad essere in sé fallace, è foriera di inevitabili aporie nello sviluppo del ragionamento della Corte perché poi, a partire dal successivo § 4.2., il fuoco del discorso si sposta sulla possibilità che interessi non patrimoniali assumano rilevanza in seno al rapporto obbligatorio: da qui l'inevitabile richiamo alla lettera dell'art. 1174 c.c. e, per conseguenza, al potere delle parti di dedurre in contratto la tutela di siffatti interessi. Ciò, come è chiaro e come è stato generalmente rilevato in dottrina (4), entra in rotta di collisione con quella che sembrerebbe essere la premessa maggiore (risarcibilità del danno da lesione di un diritto della persona costituzionalmente protetto) dal momento che all'autonomia privata non può certo essere proibito di affidare al contratto la realizzazione di un interesse sì non patrimoniale, ma sprovvisto di rango costituzionale. Né le cose migliorano con il prosieguo della esemplificazione (§§ 4.3.-4.5.), la quale avvicina ipotesi ove la rilevanza degli interessi non patrimoniale sembra inere direttamente alla causa tipica del contratto (contratti di protezione nel settore sanitario e in quello scolastico) e ipotesi nelle quali, diversamente, è il legislatore a sancire tale rilevanza, come nel caso dell'art. 2087 c.c. (rapporto di lavoro subordinato) o dell'art. 1681 c.c. (in materia di trasporto). Questo sovrapporsi di modi eterogenei di penetrare degli interessi non patrimoniali in seno al rapporto obbligatorio è un chiaro segno della circostanza che, non appena il discorso abbandona il terreno della generica e innocua proclamazione della risarcibilità del danno non patrimoniale anche in ambito contrattuale, tutte le vacche tendono irresistibilmente a farsi bigie nella notte della indistinta e irresistibile dominanza della lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c.

(3) § 4.1.

(4) V., *ex multis*, P. Cendon, *L'urlo e la furia*, NGCC, 2009, 71.

2. L'errore prospettico che inficia il ragionamento delle s.u. è rivelatore di una visione del danno civile che rimane saldamente ancorata al suo versante aquiliano. Quello che a prima vista può apparire un grande passo in avanti (e che, beninteso, da un certo punto di vista lo è, se non altro perché sgombera il campo dal pesante residuo del cumulo d'azioni) (5), si rivela, ad un esame più attento, un'occasione mancata nella misura in cui le s.u. sembrano non avvedersi della circostanza che il medesimo risultato avrebbe potuto raggiungersi, in modo tecnicamente più lineare e culturalmente più avanzato, valorizzando il paradigma complesso del rapporto obbligatorio, ormai acquisito alla nostra dottrina, sulla scorta dei fondamentali contributi di quella tedesca, a partire dallo studio mengoniano su "obbligazioni di mezzi" e "obbligazioni di risultato" (6).

In altri termini, vistosamente condizionati dalla visione monoculare del danno, i giudici non si sono avveduti di un fatto che va ben oltre la rilevanza di interessi non patrimoniali in seno all'obbligazione (rilevanza già pianamente asseverata dall'art. 1174 c.c. ma che, come si è visto, nelle mani delle s.u., si trasforma, a causa del corto circuito con l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., in un pasticcio informe): e cioè che l'obbligazione, nella sua elaborazione più compiuta, possiede una struttura che la rende del tutto auto-

(5) Del resto, oltre venticinque anni fa, L. Mengoni, *La parte generale delle obbligazioni*, Riv. crit. dir. priv., 1984, 513, e ora Id., *Metodo e Teoria giuridica*, Scritti II, a cura di C. Castronovo - A. Albanese - A. Nicolussi (Milano 2011), 288-289, aveva osservato che « il succo pratico di questa teorizzazione (degli obblighi di protezione), condotta sulla scorta della teoria generale delle strutture complesse, è che la qualificazione dei comportamenti contrari agli obblighi di protezione come violazioni contrattuali positive, cioè inadempimenti contrattuali, è alternativa, non concorrente, con la qualificazione come atti illeciti. Non dovrebbe perciò essere ammesso il concorso cumulativo dell'azione contrattuale con l'azione aquiliana, almeno nella misura in cui esse fanno valere la medesima pretesa ». Appunto, però, in Mengoni il superamento del cumulo era figlio di una rielaborazione della categoria dell'obbligazione (oggi proseguita e completata da Castronovo), della quale non è dato ravvisare traccia nell'arresto delle Sezioni unite.

(6) L. Mengoni, *Obbligazioni di « risultato » e obbligazioni di « mezzi »* (*Studio critico*), Riv. dir. comm., 1954, I, 185 s., e ora Scritti II cit., 229 s.

sufficiente anche sotto il profilo di una tutela piena di quegli stessi beni che la pronunzia del 2008, viceversa, vorrebbe affidare alle cure dell'art. 2059 c.c.

La soluzione del problema male impostato e male risolto dalle s.u. si può correttamente rinvenire, infatti, soltanto nella teorica degli obblighi di protezione, perché soltanto attraverso il medio dell'obbligo di protezione è possibile dare una risposta plausibile sotto il profilo dogmatico alla questione, cruciale, della fondazione della rilevanza del danno non patrimoniale da inadempimento, che, altrimenti, rimarrebbe sospesa in un vuoto assoluto. La questione del fondamento non è in alcun modo eludibile: e, del resto, nei due casi già noti del danno aquiliano e del danno contrattuale, essa viene puntualmente affrontata dalla legge, la quale, in prima battuta, si fa carico della individuazione dei criteri che, appunto, conferiscono rilevanza al pregiudizio (inteso come perdita patrimoniale): l'ingiustizia nel caso dell'art. 2043 c.c., l'inadempimento, allorché il debitore non riesca a dimostrare che l'impossibilità della prestazione è stata determinata da causa a lui non imputabile, nel caso dell'art. 1218 c.c.; e, successivamente, si preoccupa della individuazione dei criteri sulla base dei quali il sempre il pregiudizio (perdita patrimoniale) deve essere stimato (artt. 2056 e 1223 c.c.).

Ora, non è possibile, in primo luogo per un'esigenza di carattere logico, confondere e sovrapporre questi due piani. Invece è esattamente questo quello che fanno le s.u.: « l'art. 1218 c.c., nella parte in cui dispone che il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, non può quindi essere riferito al solo danno patrimoniale, ma deve ritenersi comprensivo del danno non patrimoniale, qualora l'inadempimento abbia determinato lesione di diritti inviolabili della persona. Ed eguale più ampio contenuto va individuato nell'art. 1223 c.c., secondo cui il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta, riconducendo tra le perdite e le mancate utilità anche i pregiudizi non patrimoniali determinati dalla lesione dei menzionati diritti ». È molto indicativa della confusione che sovrasta tutto il ragionamento delle s.u. la lettura, per così

dire, livellatrice degli artt. 1218 e 1223 c.c.: infatti, entrambe le disposizioni vengono richiamate per asseverare quello che, viceversa, andrebbe dimostrato, e cioè la rilevanza del danno non patrimoniale da inadempimento una volta che se ne sia predicata la natura di danno contrattuale (7). Al contrario, le s.u. si limitano ad affermare apoditticamente che il risarcimento del danno deve estendersi sino a ricomprendere anche i pregiudizi non patrimoniali allorché « l'inadempimento abbia determinato lesione di diritti inviolabili della persona ». A ben vedere, però, questa affermazione non è soltanto apodittica: è proprio insensata o, nella migliore delle ipotesi, autocontraddittoria.

Dicevo più sopra che il vero problema, eluso dalle s.u., è quello della fondazione della rilevanza del danno non patrimoniale da inadempimento. Bene, si potrebbe ora sostenere, accedendo ad una lettura *in bonam partem* del passo riportato più sopra, secondo cui le affermazioni delle s.u. sarebbero semplicemente autocontraddittorie, che, in realtà, quella fondazione va rinvenuta nell'art. 2059 c.c., ovvero nella sua interpretazione costituzionalmente orientata, di talché l'inadempimento (nel senso di inesecuzione della prestazione) (8) si comporterebbe rispetto alla lesione di un diritto inviolabile della persona nello stesso modo in cui il "fatto doloso o colposo" dell'art. 2043 c.c. si atteggia rispetto al danno ingiusto. Se così fosse, il discorso delle s.u. recupererebbe, al netto del contesto in cui si inserisce, un minimo di intelligibilità: solo che, come è chiaro, si tornerebbe al punto di partenza, ivi incluso il cumulo di azioni tanto sdegnosamente quanto giustamente rifiu-

(7) Nello stesso senso, molto puntualmente, S. Mazzamuto, *Il rapporto tra gli artt. 2059 2043 c.c. e le ambiguità delle sezioni unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, Contr. impr., 2009, 625 s., ora Id., *Rimedi specifici e responsabilità* (Perugia 2011), 369 nonché A. di Majo, *Le tutele contrattuali* (Torino 2009) 194. Sull'inconferenza del richiamo all'art. 1223 c.c. v. anche, sia pure in una prospettiva parzialmente diversa, S. Delle Monache, *Interesse non patrimoniale e danno da inadempimento*, Contratti, 2010, 723 s.

(8) D'ora in poi, ogni qualvolta parlerò di "inadempimento" intenderò quest'ultimo come sinonimo di "inesecuzione della prestazione" e non anche, come pure sarebbe possibile, quale sinonimo di "violazione di un obbligo di protezione".

tato. In effetti, le s.u. non sembrano rendersi conto che per poter sensatamente predicare la natura contrattuale del danno *de quo*, non è sufficiente iniettare all'inadempimento l'elisir dell'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., sì da ottenere, sulla scorta di un'abborracciata *Dritt-wirkung*, il miracolo della transustanziazione dell'extracontrattuale in contrattuale. L'attribuire al danno il predicato della contrattualità implica l'assoggettamento della costruzione giuridica ad alcuni vincoli che, certamente, non sono nella disponibilità dell'interprete: e tra questi vincoli, il primo, e dirimente, è che il danno contrattuale postula l'esistenza di un obbligo in quanto elemento essenziale della relazione intercorrente tra due parti. Non solo: perché come si evince dall'art. 1174 c.c., tale obbligo è pur sempre funzionale al soddisfacimento di un interesse: e anche questa biunivocità non può essere spezzata, perché altrimenti verrebbe meno la possibilità stessa di precisare la latitudine dell'obbligo medesimo e, quindi, di stabilire se, e in che misura, vi sia stato inadempimento ai sensi dell'art. 1218 c.c.

Ora, non vi è dubbio che, nella prospettiva (almeno originaria) degli artt. 1174 e 1218 c.c., l'interesse sia quello del creditore e che tale interesse debba essere soddisfatto dal debitore attraverso l'esecuzione della prestazione: donde la formalizzazione della coppia prestazione-interesse nella coppia obbligo-pretesa: e, tuttavia, non è pensabile che l'obbligo la cui inosservanza genererebbe responsabilità contrattuale per lesione di un diritto della persona sia quello preordinato all'esecuzione della prestazione primaria, a meno che il contenuto di quest'ultima non si esaurisca nella cura e nella protezione della sfera giuridica dell'altra parte, ipotesi nella quale sarebbe ancora meno sensato parlare di danno non patrimoniale da inadempimento, integrando essa, viceversa, gli estremi del puro e semplice inadempimento (9). Discende da ciò che, al fine di dare una radice contrattuale al danno verificatosi in occasione

(9) Vedremo più oltre (§ 5) che una parte della giurisprudenza di merito successiva alla pronunzia delle s.u. è stata fortemente, e negativamente, condizionata proprio dalla pervasività dell'obbligo primario di prestazione avallata dalla erronea impostazione di quell'arresto.

dell'inadempimento, bisognerà postulare l'esistenza di un ulteriore obbligo, che si affianca a quello di prestare l'utilità idonea a soddisfare l'interesse primario del creditore, e strumentale alla tutela dell'interesse, per così dire, secondario del medesimo creditore alla conservazione dell'integrità della propria persona e del proprio patrimonio. In definitiva, quindi, la contrattualizzazione del danno in discorso esige che il bene della vita, altrimenti presidiato dagli artt. 2043 e 2059 c.c. nella sua proiezione di diritto soggettivo o, quanto meno, di interesse giuridicamente protetto, si spogli di questi panni e vesta quelli di un interesse presidiato mediante l'imposizione al debitore di un obbligo, a sua volta fronteggiato da una pretesa a contenuto negativo: in difetto di ciò, l'intera costruzione, monca della necessaria mediazione dogmatica, collassa riducendosi la contrattualizzazione del danno non patrimoniale da inadempimento a puro e semplice gesto declamatorio.

3. Del resto, l'idea che il fenomeno di cui stiamo discorrendo si risolva in una trasmigrazione in seno al rapporto obbligatorio di interessi (riconducibili alla persona o al patrimonio del creditore) di regola oggetto di tutela in sede aquiliana accompagna l'elaborazione della teorica degli obblighi di protezione fin dall'inizio (10). Scrive infatti Heinrich Stoll nel suo

(10) Sul punto un'opinione in parte diversa sembra nutrire S. Mazzamuto, *Una rilettura del mobbing: obbligo di protezione e condotte plurime di inadempimento*, in questa *Rivista*, 2003, 653 s, e ora Id., *Rimedi specifici cit.*, 462 s. nel presupposto che il trapianto, in seno al rapporto obbligatorio, dei beni e degli interessi già tutelati in sede aquiliana implicherebbe l'inevitabile, e correlativo, passaggio da un atteggiamento di puro e semplice rispetto dell'altrui sfera giuridica ad un atteggiamento, tipico, appunto, della dimensione relazionale in cui si muove l'obbligazione, di conservazione attiva, se non di promozione in chiave schiettamente cooperativa, della persona e del patrimonio della controparte. Ulteriore conseguenza dell'innesto sarebbe, poi, l'ampliamento della gamma delle tutele, ben al di là dei confini segnati dal rimedio risarcitorio, dovendo essa estendersi all'esecuzione in forma specifica e all'inibitoria. Su tutto ciò si può sostanzialmente convenire, con alcune precisazioni. In primo luogo è sicuramente vero che l'innesto non è senza conseguenze per il bene di cui si predica la tutelabilità in sede contrattuale: e la conseguenza, dal punto di vista della forma giuridica, è il passaggio dal *Sein* dell'interesse giuridicamente protetto che, *ex art.* 2043 c.c., de-

celebre saggio: « *Beide* (cioè la persona e il patrimonio) *werden schon durch die Vorschriften über die unerlaubten Handlungen privatrechtlich geschützt, die allgemeine Rechtspflichten enthalten, die allen Rechtsgenossen im Interesse des Zusammenlebens auferlegt sind. Darüber hinaus erwachsen durch die Eingehung des Schuldverhältnisses beiden Parteien besondere Rechts-*

cide della risarcibilità della perdita in quanto, appunto, riconnessa ad un « danno ingiusto » al *Sollen* dell'obbligo (di protezione). D'altra parte, proprio perché non si sono avvedute della necessità di un simile passaggio, le s.u. hanno pasticciato nel modo che si è detto, pretendendo di mettere l'ina-dempimento direttamente a ridosso del « diritto della persona costituzional-mente garantito ». Tuttavia, a me pare indiscutibile (ma, verosimilmente, anche Mazzamuto converrà su questo) che, fenomenologicamente parlando, i beni tutelati in sede aquiliana attraverso il dispositivo descritto dall'art. 2043 c.c. ed i beni tutelati *ex art.* 1218 c.c., attraverso il medium dogmatico degli obblighi di protezione, coincidano *in toto*. Inoltre, se è vero che non può in alcun modo sottovalutarsi la portata dell'innesto, e la correlativa conversione del *Sein* in *Sollen*, è altresì vero, a mio avviso, che non ci si può spingere sino al punto di assimilare, per usare la terminologia di Castronovo, l'"appartenenza" alla "spettanza". L'obbligo di protezione, infatti, è pur sempre e soltanto l'obbligo di protezione, ossia l'*alterum non laedere* calato nella dimensione relazionale e, quindi, cosa ben diversa dall'obbligo di prestazione, finalizzato a procurare al creditore una nuova utilità: il rischio, altrimenti, è quello di cancellare la distinzione tra *Leistungsinteresse* e *Schutzinteresse*, finendo per mettersi, in tal modo, sul medesimo sentiero delle s.u. e della loro fuorviante riconduzione del danno non patrimoniale *ex contractu* all'inesecuzione della prestazione. Ciò non toglie, tuttavia, che l'*alterum non laedere* vestito dei panni dell'obbligo partecipi del dinamismo di quest'ultimo e possa avvalersi dei medesimi rimedi, al di là del risarcimento del danno: ad es., già secondo Hein. Stoll, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzungen*, AcP (16), 1932, 317 « *die Gefährdung des Schutzinteresses lässt das Rücktrittsrecht oder Abstandsrecht entstehen, wenn die Durchführung des Vertrages dem Gläubiger wegen der Gefahren für seine Person oer seine Rechtsgüter nicht mehr zugemutet werden kann* » (v. anche più di recente, nella letteratura italiana, C. Castronovo, *Obblighi di protezione*, Enc. giur. Treccani, XXI (Roma 1990), 6). Si può perfino immaginare un'esecuzione in forma specifica della *Schutzpflicht*: ad es., se il falegname che ho ingaggiato per rifarmi gli infissi di casa utilizza una colla allergenica, posso esigere il ricorso ad un prodotto diverso e, del caso, risolvere il contratto o anche procurare a sue spese (purché ciò non squilibri il sinallagma nell'altra direzione, nel qual caso sarebbe necessario rinegoziare i termini originari dell'accordo) una colla immune da quell'inconveniente. Resta il fatto, a mio avviso incontestabile, che per sua natura l'obbligo di protezione ha un contenuto negativo anche quando la sua osservanza implichi apparentemente un *facere*.

*pflichten gegenüber der Person und dem Vermögen des Gegners. Die Pflichten ergeben sich aus der durch die Sonderbeziehung erst eröffneten besonderen Einwirkungsmöglichkeit in den fremden Rechtskreis und des durch die begründeten Vertrauensverhältnisses zur Gegenpartei. Man muss sich jedoch vor der Übertreibung hüten, als ob alle allgemeinen Rechtspflichten durch die Begründung eines Rechtsverhältnisses zu besonderen Rechtspflichten würden. Vielmehr, erscheint die negative Schutzpflicht als die Kehrseite oder Ergänzung des positive Zieles der Obligation; letzen Endes kann nur die freie Würdigung des Einzelfalles nach Treu und Glauben ausschlaggebend sein und es wird nicht immer leicht fallen, festzustellen, ob es sich um Verletzung bloss des Schutzinteresses oder auch des Leistungsinteresses handelt, ob ein besonderes Schutzinteresse anzuerkennen ist oder nur die allgemeinen Rechtspflichten in Betracht kommen* » (11).

Come emerge chiaramente da questo brano, che ho voluto riportare per intero proprio per la sua perspicuità, l'insegnamento di Stoll ruota attorno a tre direttive fondamentali. La prima, appunto, è quella per cui gli interessi, riconducibili alla persona o al patrimonio del creditore e, più in generale, della controparte, suscettibili di godere della copertura offerta dalla *Schutzpflicht* sono i medesimi che, al di fuori del rapporto obbligatorio, godono della tutela aquiliana (12).

(11) Stoll, *Abschied von der Lehre* cit. 298-299.

(12) Nello stesso senso Mengoni, *Obbligazioni di « risultato » e obbligazioni di « mezzi »*, Scritti II cit., 230, ad avviso del quale « il principio della buona fede negoziale completa e rafforza la tutela del diritto assoluto, espressa nella regola generale dell'art. 2043, creando una serie parallela di obblighi *relativi*, come tali soggetti alle norme della responsabilità contrattuale ». Tanto Stoll quanto Mengoni sono, inevitabilmente, ancora tributari del paradigma del *neminem laedere*, per cui la responsabilità aquiliana discenderebbe dalla violazione di obblighi generali (*allgemeine Rechtspflichten*) mentre la responsabilità contrattuale deriverebbe dalla violazione di un obbligo relativo. Quell'indicazione, tuttavia, resta valida anche oggi, pur in presenza di una concezione integralmente laicizzata del torto che, muovendo dal primato dell'ingiustizia del danno, rinuncia al filtro del dovere generale d'astensione; e ciò nella misura in cui ribadisce il punto, per così dire non negoziabile, della necessaria conversione dell'interesse extracontrattuale autoconsistente e tutelato, quindi, nella forma del diritto soggettivo irrelato, in

La seconda è quella in base alla quale l'obbligo di protezione sarebbe il riflesso, o la conseguenza, della possibilità di interferire nell'altrui sfera giuridica (la *Sonderbeziehung*) creata dall'instaurazione del rapporto obbligatorio e dal conseguente affidamento riposto da ciascuna parte nella correttezza dell'operato dell'altra.

La terza, e ultima, direttiva riveste un significato cruciale ai fini del nostro discorso. Stoll, infatti, chiarisce molto bene che « ci si deve guardare dalla tentazione di pensare che, a seguito della instaurazione del rapporto obbligatorio, quelli che prima erano obblighi generali si trasformino in obblighi particolari » (13). Ciò che Stoll intende dire è che deve sussistere un nesso tra il *Schutzinteresse* ed il *Leistungsinteresse*: e per quanto il modo in cui egli intende tale nesso finisca, come si vedrà tra breve, per avvicinare la sua posizione a quella delle s.u. (14), è da questa sua indicazione che si deve ripartire, cor-

interesse contrattuale dipendente, tutelato, quindi, nella forma della pretesa correlata ad un obbligo.

(13) Non ci si può non stupire per la preveggenza di Stoll che, nel formulare questo monito, sembrava voler scongiurare proprio l'errore in cui, a distanza di quasi ottanta anni, sono incorse le nostre s.u. per le quali, come ho già osservato, la rilevanza del danno non patrimoniale *ex contractu* scaturirebbe dal mistico (ancorché occasionale) congiungimento dell'extracontrattuale (il diritto della persona costituzionalmente garantito) con il contrattuale (l'inadempimento) con conseguente transustanziazione del primo nel secondo.

(14) In particolare, la posizione di Stoll sul punto emerge chiaramente alla nota 87 dove egli richiama, prima adesivamente (quanto alla necessità, appunto, di evitare la tentazione di ritenere che solo per la presenza del rapporto obbligatorio tutti gli obblighi generali si convertano in obblighi particolari), e poi criticamente un saggio di W. Schlesinger del 1926, anch'esso dedicato alle *positive Vertragsverletzungen* e citato per la prima volta alla nota 1. Ed è proprio nella presa di distanze da W. Schlesinger che l'assunto stolliano, in ordine alla necessità di non sovrapporre meccanicamente agli obblighi generali gli obblighi particolari che costituiscono la trama della *Sonderbeziehung*, e ciò in ragione della *vis attractiva* comunque esercitata dal *Leistungsinteresse*, assunto di per sé ineccepibile, rischia di annacquarsi e di smarrire buona parte del suo valore ricostruttivo. Ad avviso di Stoll W. Schlesinger istituirebbe un nesso troppo stretto tra *Schutzinteresse* e *Leistungsinteresse*, con la conseguenza che la lesione del primo dovrebbe essere inseparabilmente collegata con l'esecuzione della prestazione principale, cioè con l'attività rivolta alla realizzazione del secondo (« *mit der Erfüllungstätigkeit in*

reggendone gli approdi distorti da un cattivo empirismo. Il rapporto obbligatorio, infatti, è un *Sollen*, non un mero *Sein*, il quale, come unità di senso, ritrova se stesso nel precetto rivolto al debitore di agire al fine di soddisfare l'interesse del creditore, ovvero di eseguire la prestazione, secondo il modello plasticamente scolpito, nel nostro ordinamento, dall'art. 1174 c.c. Orbene, come tutte le strutture normative, anche il rapporto obbligatorio incorpora un dispositivo che attende alla basilare funzione di selezionare i fatti (nel caso di specie: i comportamenti delle parti) rilevanti alla stregua della sua *Grundnorm* qui rappresentata dall'interesse del creditore alla prestazione (il *Leistungsinteresse*). Discende da ciò che anche l'ipotetica lesione dello *Schutzinteresse* non potrà che riannodarsi ad una condotta strumentale (direttamente o indirettamente, ove si tratti di prestazioni accessorie a quella principale) all'esecuzione o alla ricezione della prestazione principale, restando ogni altro comportamento (e, quindi, ogni altra conseguenza scaturente dal medesimo) del tutto estraneo al

*untrennbarem Zusammenhang steht* »). Infatti — obietta Stoll — qui non si tratta di tutelare l'interesse del creditore alla prestazione, quanto piuttosto il suo *Schutzinteresse*, il quale può essere vulnerato non soltanto per il modo in cui il debitore procede all'esecuzione della prestazione medesima, ma anche attraverso comportamenti che con l'attività esecutiva non intrattengono alcuna relazione (« *die mit der Erfüllung nichts zu tun haben* »). Da qui il celebre esempio, che effettivamente rende molto bene il pensiero di Stoll, dell'artigiano chiamato ad installare un calorifero il quale risponderà contrattualmente sia nel caso in cui egli, nell'assolvere a questa sua incombenza, abbia danneggiato la tappezzeria, sia nel caso in cui egli abbia rubato qualche cosa all'interno dell'appartamento del committente: e ciò perché « *nur durch den Vertrag war ihm die Einwirkungsmöglichkeit gegeben* » (soltanto attraverso il contratto gli è stata offerta la possibilità di incidere nella sfera giuridica altrui). Una posizione sostanzialmente coincidente con quella di W. Schlesinger assumerà, invece, Mengoni, *Obbligazioni di « risultato » e obbligazioni di « mezzi »*, Scritti II cit., 230, nota 15 (sul punto critico nei confronti di Stoll) secondo il quale « perché si possa parlare di responsabilità contrattuale è necessario... che il danno, subito dalla persona o dalle cose di una delle parti, sia causato da un'attività dell'altra parte essenzialmente connessa all'esecuzione del contratto ». Tale più rigoroso orientamento verrà poi accolto anche da F. Benatti, *Osservazioni in tema di « doveri di protezione »*, RTDPC, 1960, 1361, nel primo scritto italiano *ex professo* dedicato al tema delle *Schutzpflichten*.



rapporto obbligatorio in quanto selettore di ciò che è rilevante ai suoi propri fini (15).

Da questo punto di vista, il caso veramente paradigmatico è quello avuto presente dall'art. 1681 c.c. a mente del quale, come è noto, « salva la responsabilità per il ritardo e per l'inaidempimento nell'esecuzione del trasporto, il vettore risponde dei sinistri che colpiscono la persona del viaggiatore durante il viaggio o della perdita o dell'avaria delle cose che il viaggiatore porta con sé, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno ». La disposizione testé richiamata non può lasciare dubbi in ordine alla circostanza che la condotta protettiva rilevante sia tutta interna all'esecuzione della prestazione principale, nel senso che quest'ultima dovrà essere congegnata in modo tale da prevenire l'effetto collaterale della lesione alla persona o al patrimonio della controparte. In altri termini, è proprio nella *Erfüllungstätigkeit*, e non nella generica esistenza del vincolo (qui in veste di puro fatto) che risiede la *Einwirkungsmöglichkeit* cui si riannoda l'esigenza di arricchire la struttura dell'obbligazione con una *Sonderbeziehung* specificamente deputata al presidio dell'altrui sfera giuridica.

Identico ragionamento, a segno invertito, si può ripetere con riguardo all'art. 2087 c.c.: « l'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro ». In questo caso, il datore di lavoro, ossia il creditore, deve congegnare la ricezione della prestazione in modo tale da proteggere il lavoratore da eventuali danni (16).

(15) In un ordine di idee congenere, mi pare, C. Scognamiglio, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, Il contratto e le tutele, a cura di Mazzamuto (Torino 2002), 477, ad avviso del quale va esclusa la risarcibilità del danno non patrimoniale « quando la perdita di valori personali lamentata dal creditore insoddisfatto non corrisponda a quello che potremmo definire [...] "scopo di protezione" del comportamento dedotto in obbligazione »; nonché di Majò, *Le tutele contrattuali* cit., 195.

(16) Nella più recente legislazione consumeristica obbedisce, ad una *ratio* identica a quella delle due norme richiamate nel testo, l'art. 44, co. 1 cod. tur. (mentre diversamente ispirato appare il successivo art. 47 sul quale mi soffermerò più avanti, al § 6). Non diversamente, del resto, l'art. 36, co. 1

Viceversa, del tutto estranee all'orizzonte dello *Schutzinteresse* e, dunque, alla responsabilità contrattuale, sono quelle ipotesi nelle quali la lesione si produce puramente e semplicemente in presenza del rapporto obbligatorio senza che però sia dato ravvisare alcun nesso tra la lesione medesima e l'esecuzione (o la ricezione) della prestazione. Così, per riprendere l'esempio proposto da Stoll, il furto compiuto dall'artigiano ai danni del committente non ha alcun legame con la *Erfüllungstätigkeit*, mentre ha un legame, estrinseco ad apprezzabile solo sul piano di una sorta di causalità naturale con il mero esserci del vincolo (nel senso che, effettivamente, l'artigiano non sarebbe potuto entrare a casa del cliente se non fosse stato stipulato il contratto d'opera); un legame che, però, non è sufficiente a giustificare la previsione di un ulteriore obbligo, sia pure soltanto di protezione, il quale, in definitiva, finisce per presentarsi qui come un mero e artificioso riflesso delle *allgemeine Rechtspflichten* o, per usare una terminologia più familiare e più consona alle attuali vedute della responsabilità civile, dell'ingiustizia del danno. In altri termini, se è fuor di dubbio che gli interessi tutelati attraverso la previsione di una *Schutzpflicht* coincidono con quelli tutelati attraverso il *neminem laedere* (e ciò, come si è visto, sulla base del disposto dell'art. 1175 c.c.), è parimenti fuor di dubbio che il travaso deve avvenire nel rispetto della logica propria del rapporto obbligatorio, il quale non è un mero contenitore, ma una vera e propria struttura normativa agglutinata attorno alla coppia prestazione-interesse: di talché soltanto i comportamenti riconducibili al piano d'azione finalizzato all'esecuzione (o alla ricezione) della prestazione assumono rilevanza nell'ottica del vincolo, il quale potrà dilatarsi, sino ad accogliere al suo interno gli obblighi di protezione scaturenti dall'art. 1175 c.c. nei limiti della coerenza con sé medesimo e, dunque, nei limiti della rilevabi-

lett. a), cod. cons. dispone la nullità delle clausole che, quantunque oggetto di trattativa, abbiano per oggetto o per effetto di « escludere o limitare la responsabilità del professionista in caso di morte o danno alla persona del consumatore, risultante da un fatto o da un'omissione del professionista ». Nello stesso senso S. Mazzamuto, *Il contratto di diritto europeo* (Torino 2012), 426.

lità e della censurabilità delle sole condotte attuative dell'interesse primario.

Dunque, hanno ragione W. Schlesinger e Mengoni (17) nel rivendicare l'esigenza che la lesione dell'interesse di protezione sia strettamente collegato alla *Erfüllungstätigkeit*; mentre, sul punto, ha torto Stoll il quale, tradendo la sua originaria, preziosa indicazione di metodo, si accontenta di ravvisare nell'eserci del contratto il mero presupposto di fatto di quella *Einwirkungsmöglichkeit* che, come egli stesso aveva poco prima chiarito, rappresenta la ragione giustificatrice delle *Schutzpflichten*; e, per i motivi più volta richiamati, hanno torto, infine, le s.u. le quali, per la verità, del dibattito che ho provato qui sinteticamente a ricostruire (18) non sembrano avere neppure il più vago sentore.

(17) V. la nota 14. In uno scritto successivo a quello del 1954 (*La parte*, Scritti II cit., 288), Mengoni osservava che « alla stregua dell'art. 1175 c.c., e nella misura in cui sono da esso coinvolti, gli obblighi di protezione ricevono la loro determinazione di senso non più dal dovere generico di *neminem laedere*, bensì dal rapporto specifico in cui sono inseriti ». Questo rilievo, inserito all'interno di un più ampio ragionamento inteso a suffragare la tesi secondo cui l'obbligazione sarebbe un rapporto complesso, si ricollega, senza una sostanziale soluzione di continuità, alla tesi, formulata circa trent'anni prima, secondo cui, come si è visto « perché si possa parlare di responsabilità contrattuale è necessario dunque, che il danno, subito dalla persona o dalle cose di una delle parti, sia causato da un'attività dell'altra parte essenzialmente connessa all'esecuzione del contratto ». Infatti, affinché gli obblighi di protezione possano ricevere la loro determinazione di senso dal rapporto specifico in cui sono inseriti, è necessario che tali obblighi prendano posto all'interno di quest'ultimo in modo coerente rispetto al suo essere una struttura normativa imperniata sulla coppia prestazione — interesse: ed è appunto questa la ragione per la quale il danno inflitto allo *Schutzinteresse*, a sua volta deve discendere da una condotta comunque interna al ciclo attuativo del *Leistungsinteresse*.

(18) Dibattito del quale offre una sintesi efficace Castronovo, *Obblighi di protezione* cit. Come è noto, a seguito della riforma dello *Schuldrecht*, le *Schutzpflichten* hanno trovato un espresso riconoscimento nel § 241 Abs. 2 BGB a mente del quale « *Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten* ». Sul punto, oltre che all'ultima edizione (2007) del volume del *Münchener Kommentar* dedicato alla parte generale del diritto delle obbligazioni, rinvio alla recente monografia di J. Lüsigg, *Die Pflichten aus culpa in contrahendo und positiver Vertragsverletzung* (Baden-Baden 2010).

4. Provo a sintetizzare i risultati del ragionamento svolto sin qui.

a) La responsabilità contrattuale presuppone sempre la violazione di un obbligo, di talché è irricevibile la pretesa delle s.u. di riannodare quella medesima responsabilità alla pura e semplice messa in connessione dell'inadempimento con uno dei beni giuridici scrutinati sulla base dell'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. Per converso, neppure è immaginabile che l'obbligo violato sia quello principale, avente ad oggetto la prestazione finalizzata al soddisfacimento del *Leistungsinteresse* perché ciò implicherebbe o un'abnorme dilatazione dei confini di quest'ultima (19), ovvero l'adesione, più o meno consapevole, alla bizzarra idea che il danno patrimoniale proceda affiancato nell'ombra da un "doppio" non patrimoniale, con la inevitabile conseguenza che la mancata esecuzione della prestazione, almeno virtualmente, dispiegherebbe sempre i suoi effetti lesivi in entrambe le direzioni (aggiungo che, a mio avviso, è questa la concezione che ispira neppure troppo nascostamente la pronuncia delle s.u. come testimoniato vuoi dal recepimento acritico della infelice e fuorviante formula del "danno non patrimoniale da contratto", vuoi dall'inappropriato richiamo all'art. 1223 c.c.: si vedrà, inoltre, più avanti quali singolari applicazioni, di tale paradigma, abbia fatto la giurisprudenza di merito). Discende da quanto precede che l'unica via attraverso la quale è possibile, sensatamente, postulare la contrattualità di un danno non pa-

(19) E difatti è questa la strategia adottata da Stoll, *Abschied von der Lehre* cit., 299, nota 89 proprio al fine di sterilizzare gli effetti di sfilacciamento indotti dal ripudio dell'idea che dovesse sussistere una stretta una connessione tra danno ed *Erfüllungstätigkeit*. Da questo punto di vista la posizione di Stoll è curiosa perché, da un lato, egli, come si è visto, nella misura in cui aggancia l'autonoma rilevanza dello *Schutzinteresse* al puro e semplice eserci del rapporto obbligatorio, finisce per dilatare enormemente il campo applicativo di quest'ultimo (il furto commesso dall'artigiano a casa del committente è violazione di una *Schutzpflicht*); dall'altro, è costretto a riassorbire all'interno del *Leistungsinteresse* tutta una serie di comportamenti che, invece, pur essendo impensabili al di fuori del legame con la prestazione, finiscono per incidere su interessi diversi da quello a cui la prestazione medesima guarda (i danni arrecati ai trasportati nell'esecuzione del contratto di trasporto).

trimoniale è quella che contempla la presenza, all'interno del rapporto obbligatorio, di obblighi di protezione (*Schutzpflichten*) preordinati alla tutela di *Schutzinteressen* (interessi di protezione) distinti, anche se *in executivis* collegati, all'obbligo primario di prestazione e al *Leistungsinteresse*. Ulteriore e, per così dire, definitivo corollario di quanto sin qui osservato è che la rilevanza contrattuale di un danno non patrimoniale non potrà asseverarsi se non nel presupposto di una strutturale complessità del rapporto obbligatorio (20).

b) All'insuperabile vincolo di ordine logico-formale (impredicabilità di una responsabilità contrattuale in difetto di un obbligo preesistente suscettibile, in quanto tale, di essere violato) se ne aggiunge un secondo, di ordine sostanziale, per cui la lesione dello *Schutzinteresse* deve potersi ricondurre ad una condotta iscrivibile entro l'orizzonte del piano d'azione finalizzato all'attuazione del *Leistungsinteresse*: infatti, come si è già più volte osservato, ove mai si spezzasse il nesso con la *Erfüllungstätigkeit*, anche il legame tra rapporto obbligatorio e *Schutzinteresse* diventerebbe puramente estrinseco, ed apprezzabile solo in ragione del mero esserci del *Vertrag*.

c) Infine, quanto alla panoplia degli *Schutzinteressen* tutelabili in sede contrattuale, essa presenta la medesima latitudine di quella degli interessi tutelabili in sede extracontrattuale: con la conseguenza che, sempre al fine di scongiurare talune stravaganti fughe in avanti della giurisprudenza, dovrà dirsi operante *in subiecta materia* quel limite alla risarcibilità del danno morale soggettivo che, originariamente, esauriva il contenuto dell'art. 2059 c.c. (21).

5. La giurisprudenza, specie di merito, successiva alla pronuncia delle s.u. rivela tutte le incongruenze di un'impostazione che, nel tentativo di fare definitiva chiarezza intorno ad una materia certamente molto complessa, in realtà finisce per

(20) Cfr., sul punto, G. Conte, *Considerazioni critiche sull'applicazione del paradigma ricavato dall'art. 2059 c.c. anche al danno non patrimoniale contrattuale*, *Contratti*, 2010, 716 s.

(21) C. Castronovo, *Danno esistenziale: il lungo addio*, *Danno resp.*, 2009, 9. Sul punto v. anche il § 6.

intorbidare le acque proprio perché incapace di piegare l'istanza di tutela dei beni riconducibili alla sfera della persona alle modalità di funzionamento proprie della responsabilità contrattuale. Conseguenza da questo autentico vizio d'origine un arbitrario appropriarsi, ripeto, in primo luogo, parte dei giudici di merito, di lacerti di quella pronuncia che poi vengono ricomposti secondo un disegno per intero dominato da un'esigenza di giustizia del caso concreto, lontanissima pertanto dalle ambizioni sistematizzanti che avevano ispirato il fitto ragionare delle s.u.

Prenderò in esame soltanto alcuni casi esemplari, rinviando per un'informazione più estesa alle numerose rassegne ormai disponibili in letteratura (22). Veramente emblematica del perdurante stato confusionale in cui versano le nostre Corti allorché vengano chiamate a misurarsi con la questione in oggetto è una sentenza del Tribunale di Roma (23) ove la società di *catering* incaricata dell'organizzazione del banchetto nuziale viene condannata al risarcimento dei danni non patrimoniali patiti dai novelli sposi a causa della pessima riuscita del servizio. Ad avviso del Tribunale, per un verso, « il principio affermato dalle sezioni unite, secondo cui il danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale sarebbe risarcibile soltanto in caso di lesione di diritti fondamentali garantiti dalla costituzione (è) palesemente errato » con la conseguenza che « il danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale (è) risarcibile indipendentemente dalla sussistenza della lesione di un interesse inviolabile coperto dalla costituzione, sempre che sussistano i presupposti della risarcibilità dettati dagli artt. 1218 ss. c.c. E ciò val quanto dire che l'espressione "perdita", utilizzata nell'art. 1223 c.c., sta a significare perdita patrimoniale e non patrimoniale. Se così non fosse — se, cioè, si ammettesse il risarcimento del danno non patrimoniale da inadempimento soltanto in caso di lesione di diritti inviolabili — si finirebbe per incidere non soltanto sulla disciplina del risarcimento del danno, ma su quella della stessa esistenza del-

(22) V. M. Di Marzio, *Danno non patrimoniale da inadempimento: le prime pronunce di merito dopo le sezioni unite*, *Resp. civ. prev.*, 2009, 2445 s.

(23) Trib. Roma 21-7-2009, [www.altalex.com](http://www.altalex.com).

l'obbligazione, dal momento che il debitore, in ogni contratto volto a soddisfare interessi non inviolabili (i contratti di viaggio, ad esempio), potrebbe unilateralmente sciogliersi dall'obbligazione senza pagare alcun costo se non quello della mancata percezione dell'eventuale corrispettivo ».

Per altro verso, il medesimo giudicante non esita ad affermare che « il contratto stipulato tra le parti fosse diretto alla soddisfazione di diritti inviolabili ricadenti sotto l'egida dell'art. 2 Cost. [...]. Ebbene, in questo caso non si tratta tanto di scrutinare la realtà sociale nel suo progressivo sviluppo, quanto di constatare un dato che è già, e da sempre, profondamente radicato nel costume: non ha bisogno di essere illustrato, cioè, l'enorme rilievo che la cerimonia nuziale nel suo complesso, ivi compresi i successivi festeggiamenti, riveste. Le nozze, così, rappresentano (tra l'altro) il momento in cui l'unione tra i coniugi è suggellata al cospetto dell'ambiente familiare-sociale cui i coniugi appartengono. E non ha bisogno di essere sottolineata, trattandosi di nozione di comune esperienza, quanta importanza sia generalmente di connessa alla riuscita del banchetto nuziale. Il momento delle nozze, con tutti i suoi addentellati, costituisce allora senz'altro manifestazione della realizzazione personale dei coniugi che deve ritenersi coperta in forza del citato art. 2 Cost. inteso nel senso che le sezioni unite prospettano ».

In sintesi, il ragionamento del Tribunale di Roma sembrerebbe essere questo. In primo luogo, il richiamo ai diritti della persona costituzionalmente garantiti operato dalle s.u. costituirebbe un fuor d'opera nella misura in cui, suo tramite, viene introdotto surrettiziamente un limite al dispositivo della responsabilità contrattuale, il funzionamento del quale esige la ricorrenza dei soli presupposti individuati dall'art. 1218 c.c., posto che la "perdita" di cui fa menzione l'art. 1223 c.c. è un termine neutro, che può essere riferito tanto all'ordine dei pregiudizi patrimoniali, quanto a quello dei pregiudizi non patrimoniali. Detto questo, e tanto per non correre rischi, il giudice aggiunge poi che, ad ogni buon conto, il contratto di *catering* stipulato in vista di un banchetto nuziale è preordinato alla tutela di un interesse personale di rango costituzionale (*per incidenza*, non si comprende quale se non per il vago cenno alla "realizzazione personale" dei coniugi).

Ora, a me pare che, al netto delle sue giravolte argomentative, oltretutto della prevedibile rinascita del danno esistenziale (fenomeno comune a molta giurisprudenza posteriore al 2008), la pronunzia si porti dietro, nonostante l'apparente e parziale presa di distanza, il vizio strutturale che affligge s.u. n. 26972/2008: e cioè l'assoluta incapacità di dare un fondamento autenticamente autonomo alla contrattualità del danno non patrimoniale che qui, come lì, rimane per intero assorbito entro l'orizzonte di un inadempimento dilatato ed annacquato a dismisura, sino a ricompredervi, o a riconnettervi, a mo' di "conseguenza immediata e diretta" la delusione patita dai coniugi per la cattiva riuscita della festa. Questo, in realtà, però è solo il "doppio" di cui parlavo prima, e non un autonomo *Schutzinteresse* che, esposto alla *Einwirkungsmöglichkeit* determinatasi a seguito della insorgenza del rapporto obbligatorio, reclami di essere tutelato nella forma di una specifica e parimenti autonoma *Schutzpflicht* (24).

Il "doppio" rispunta, implacabile, in una interessante decisione del Tribunale di Pinerolo (25) originata dal caso di un'impresa di pompe funebri che aveva venduto ai figli una bara con caratteristiche molto diverse da quelle a suo tempo indicate dalla madre. La domanda di risarcimento del danno non patrimoniale, sulla scia del magistero delle s.u., viene respinta non potendosi rinvenire qui un diritto della persona costituzionalmente garantito suscettibile di essere leso. Come è evidente, questa pronunzia è, nella sostanza, identica a quella di cui ho parlato più sopra: infatti, al di là dell'esito, la cui aleatorietà è direttamente proporzionale, nonostante la fatica di Sisifo sopportata dalle s.u., alla strutturale inafferrabilità dei contorni della categoria dei "diritti della persona costituzionalmente protetti", l'elemento comune è rappresentato dall'idea che il danno non patrimoniale da inadempimento debba

(24) La dipendenza dal paradigma dell'inadempimento è tanto marcata che poi, come si è già detto, il Tribunale, nel ripescare l'argomento costituzionale precedentemente ripudiato, finisce per accreditare la tesi secondo cui il *catering* sarebbe un contratto finalizzato al soddisfacimento di un interesse non patrimoniale, al pari dei contratti di protezione di cui avevano parlato le s.u.: ciò che, con tutta la buona volontà, suona davvero surreale.

(25) Trib. Pinerolo 20-7-2009, [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it).

identificarsi, a ben vedere, con le “conseguenze” deteriori dell’inadempimento medesimo (ecco perché parlo di “doppio”) che, però, altro non sono che la pura e semplice *Nichterfüllung* nella sua proiezione causale (26): assetto logico, questo, perfettamente coerente allorché il danno consegua, appunto, alla frustrazione dello *Leistungsinteresse*, e, viceversa, privo di qualsiasi attendibilità allorché si tratti assicurare un’autonoma rilevanza alla lesione di un *Schutzinteresse*, che non potrà mai essere la “conseguenza” dell’inadempimento (giacché, in questa prospettiva, un tale risultato sarà programmaticamente inattuabile a causa dell’insuperabile prevalenza dell’interesse alla prestazione), quanto, piuttosto, come ha chiarito definitivamente Mengoni, frutto di « un’attività dell’altra parte essenzialmente connessa all’esecuzione del contratto » (27).

Molto più sensate, al di là del canonico richiamo al danno esistenziale, appaiono quelle pronunzie nelle quali il danno non patrimoniale riesce a svincolarsi dall’abbraccio mortale dell’inadempimento e a guadagnare una posizione “laterale” rispetto a quest’ultimo (smettendo i panni di un inutile e fantasmatico doppio). Ad es., molto correttamente, a mio avviso, il Tribunale di Lecce (28) ha riscontrato gli estremi di un pregiudizio all’onore e alla reputazione del correntista nel caso in cui la banca abbia erroneamente levato contro quest’ultimo un protesto inesistente dando poi, per conseguenza, pubblicità ad un’insolvenza parimenti priva di qualsiasi fondamento (29). Qui, a prescindere da un’argomentazione largamente intrisa di echi ed assonanze del dibattito nostrano, la circostanza che

(26) Un rilievo analogamente ispirato in S. Pagliantini, *Per un’interpretazione comunitariamente orientata dei danni non patrimoniali da contratto*, *Contratti*, 2010, 739, 746.

(27) Sulla scia delle due richiamate nel testo si colloca, entrambe relative ad ipotesi di illegittimo distacco (o mancato allaccio) della linea telefonica Trib. Montepulciano 20-2-2009, de jure (banca dati Giuffrè); Trib. Roma 12-5-2009, ivi; (anche se poi, in concreto, la sussistenza del danno viene esclusa in base al singolare argomento per cui, con un modesto sforzo economico, l’utente distaccato si sarebbe potuto procurare un telefono cellulare).

(28) Trib. Lecce sez. dist. Maglie 11-2-2009, [www.altalex.com](http://www.altalex.com).

(29) Nello stesso senso, in una fattispecie identica, Trib. Bari 20-1-2009, *Danno e resp.*, 2009, 687 dove, però, il bene della vita leso viene identificato nel ben più evanescente diritto alla salute.

l’interesse leso si collochi in posizione orizzontale (o, come dicevo prima, laterale) rispetto al *Leistungsinteresse*, ne garantisce e fonda la piena autonomia, secondo la logica propria dello *Schutzinteresse* e della *Schutzpflicht*, l’unica in grado, come si è visto, di tradurre in una costruzione dogmatica coerente l’esigenza di tutelare patrimonio e persona del creditore (o del debitore) dalle ricadute pregiudizievoli dell’attività connessa all’eseguire (o al ricevere) la prestazione.

6. È innegabile, tuttavia, che il nostro ordinamento giuridico contempra oggi una norma nella quale il danno non patrimoniale da contratto integra gli estremi di un vero e proprio “doppio”: alludo all’art. 47, co. 1 cod. tur. a mente del quale « 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 » (30). Qui, infatti, la perdita di cui si predica la risarcibilità non è semplicemente connessa, ma direttamente consegue all’inadempimento, ossia all’inosservanza dell’obbligo primario di prestazione come, del resto, suffragato, al di là di ogni dubbio, dalla stessa formulazione letterale della disposizione in esame. Se è così, però, è altrettanto evidente che siamo del tutto al di fuori dell’orbita degli obblighi di protezione, i quali presuppongono un interesse autonomo rispetto a quello al soddisfacimento del quale è preordinata la prestazione, interesse che poi, in concreto, viene negativamente interferito dall’inadempimento, secondo il canone, più volte richiamato, della connessione. L’estraneità al paradigma delle *Schutzpflichten*, a sua volta, rappresenta l’indice più chiaro della circostanza che qui siamo anche del tutto al di

(30) In argomento v. Mazzamuto, *Il contratto di diritto europeo cit.*, 414 s. I tedeschi avevano già provveduto con il § 651 f, Abs. 2, BGB alla stretta del quale « *wird die Reise vereitelt oder erheblich beeinträchtigt, so kann der Reisende auch wegen nutzlos aufgewendeter Urlaubszeit eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen* ».

fuori della questione capitale, lasciata irrisolta dalla sentenza delle s.u., della fondazione dogmatica del danno non patrimoniale contrattuale: anzi, per essere precisi, si potrebbe dire che il punto di vista fatto proprio dal legislatore all'art. 47 cod. tur. coincide sostanzialmente con quello che ispira il pronunciamento della suprema istanza del giudice di legittimità (31).

Ma il legislatore è il legislatore, e i giudici, si tratti pure di una corte superiore, sono i giudici. Il primo è libero di adottare un indirizzo di politica legislativa inteso a rafforzare la posizione di uno dei contraenti (il consumatore turista, nel caso di specie) senza dover rendere conto a nessuno, specie in un'epoca nella quale il vincolo dogmatico-sistematico, per ragioni più o meno note a tutti, è sempre meno avvertito; i secondi, sui quali grava un obbligo istituzionale di motivare le proprie decisioni, sono particolarmente tenuti all'osservanza di tale obbligo allorché, come nel caso di s.u. n. 26973/2008, pretendano di avventurarsi in una risistemazione complessiva di una materia intricata come quella del danno non patrimoniale. Detto questo, a me sembra che la reale portata dell'art. 47 cod. tur. non andrebbe in alcun modo enfatizzata, almeno ai fini della corretta impostazione del nostro problema: infatti, il legislatore, qui, si è limitato a penalizzare l'inadempimento della prestazione turistica accordando al giudice la facoltà di liquidare un danno che tenga conto anche della frustrazione psicologica derivante dall'impossibilità di dare corso alla vacanza progettata magari da tempo e con grande cura. In altri termini, siamo in presenza di una figura che si colloca a metà strada tra una versione civilistica dell'art. 185 c.p. e il danno punitivo, nel senso che lo speciale disvalore annesso, sulla base di una precisa scelta giuspolitica, all'inadempimento turistico (circostanza questa suffragata dal richiamo all'art. 1455 c.c.) si traduce in un trattamento aggravato di quest'ultimo (32). È

(31) La *vis attractiva* esercitata, in entrambi i casi, dal paradigma dell'inadempimento, del resto, è ampiamente testimoniata dal comune richiamo alla gravità dell'inadempimento medesimo.

(32) Questa impostazione del problema ha il pregio, tra l'altro, di scongiurare l'ennesima proliferazione di diritti della persona costituzionalmente garantiti, secondo una tendenza alla quale la nostra giurisprudenza,

chiaro, però, che un inasprimento dei criteri di liquidazione del danno contrattuale, sino ai limiti di una torsione in chiave sanzionatoria del risarcimento, non può che essere opera del legislatore il quale, in futuro, ove mai questa tendenza dovesse consolidarsi, potrà continuare a procedere in modo rapsodico, ovvero introdurre una disposizione di carattere generale (33).

anche di legittimità, continua a rimanere sensibile, nonostante il generoso, ma si direbbe vano, tentativo delle s.u. di porre un limite alla continua insorgenza di danni esistenziali. V., a tal riguardo, Cass. 13-11-2009 n. 24044, [www.mondodiritto.it](http://www.mondodiritto.it).

(33) Come sembrerebbero orientati a fare i vari legislatori sovranazionali o europei con ambizioni codificatorie. Così, ai sensi dell'art. 7.4.2. dei Principi Unidroit, « (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 »; l'art. 9.501 dei PECL prevede che « (1) il creditore insoddisfatto ha diritto al risarcimento della perdita subita a causa dell'inadempimento del debitore quando questi non sia esonerato da responsabilità in conformità all'art. 8:108. (2) La perdita di cui può essere domandato il risarcimento comprende: (a) il danno non patrimoniale; e (b) la perdita futura che è ragionevolmente prevedibile »; infine l'ar. 3.701 del DCFR dispone che « (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* ». Due sole, rapide osservazioni. La prima è che, come si vede, la perdita non patrimoniale da inadempimento viene sostanzialmente identificata con il disagio psicologico provocato dalla frustrazione dell'aspettativa. La seconda è che, comunque, una certa confusione regna anche sulla scala europea posto che, nella esemplificazione PECL, il caso indicato è quello da vacanza rovinata (e va bene); mentre nella esemplificazione Unidroit, il caso è quello di un architetto, affidatario di un incarico prestigioso, il quale si vede privato della possibilità di svolgere il suo compito perché il committente, di punto in bianco, e senza nessuna ragione, si rivolge ad altro professionista: oltre al risarcimento del danno patrimoniale, l'ingiustamente revocato potrà chiedere il ristoro del pregiudizio inferito alla sua reputazione (e qui va male, perché il danno alla reputazione consegue all'inosservanza di una *Schutzpflicht*, non potendosi identificare con la pura e semplice "sofferenza fisica e morale" da prestazione dovuta inseguita). Infine, ma qui siamo sul terreno delle valutazioni giuspolitiche, la penalizza-

Resta fermo il fatto che, in ogni caso, la contrattualizzazione del danno non patrimoniale è cosa del tutto diversa nella misura in cui essa implica, come si è detto più volte, il riconoscimento di un interesse che si collochi *a latere* di quello che mette capo all'inadempimento: in altri termini, il *Leistungsinteresse*, per quanto dilatato sino a ricomprendervi lo *Schmerz* da aspettativa delusa (si tratti del banchetto nuziale o della crociera alle Galapagos), rimane pur sempre il *Leistungsinteresse*, protetto dal dovere primario di prestazione e, quindi, strutturalmente inidoneo ad assicurare autonomo fondamento alla rilevanza di un danno alla persona o al patrimonio del creditore (o del debitore) che pur trovando dimora entro la cornice del rapporto obbligatorio, non sia ri(con)ducibile, se non nel senso della pura e semplice "connessione" mengoniana, all'esecuzione (o alla ricezione) della prestazione (34).

#### ABSTRACT

##### *The non-economic loss contractualization: an unfinished matter*

The essay concerns the contractual non-economic loss in relation with the analysis of Heinrich Stoll. According to the A., the con-

---

zione indiscriminata dell'inadempimento, sotto il profilo della rilevanza attribuita allo *Schmerz*, mi sembra una scelta decisamente sbagliata e del tutto estranea alla logica dell'obbligazione; ma, evidentemente, anche su questo terreno si manifesta il fuorviante primato del paradigma aquiliano. La distinzione tra danno non patrimoniale da inadempimento come conseguenza della violazione di una *Schutzpflicht* e danno non patrimoniale da inadempimento come conseguenza della violazione dell'obbligo primario di prestazione viene correttamente formulata e sviluppata da M.R. Marella, *Le conseguenze « non patrimoniali » dell'inadempimento. Una tassonomia*, AA.VV., Colloqui in ricordo di Michele Giorgianni (Napoli 2007), 175 s.

(34) Supponiamo che l'artigiano dell'esempio di Stoll, invece che la tappezzeria, bruci il *voucher* per la crociera nelle Galapagos del committente, le cui vacanze andranno così irrimediabilmente in fumo: è fuor di dubbio che una norma come quella dell'art. 47 cod. tur. potrebbe essere utilizzata, insieme gli artt. 2, 36 e 42 Cost., a fondare una pretesa al risarcimento del danno da vacanza rovinata il quale, come è chiaro, rivestirebbe allora un significato ben diverso da quello che la medesima locuzione riveste nella *sedes materiae*.

tractual non-economic loss derives from the breach of the *Schutzinteresse* that, in the modern interpretation of obligation, links up with the *Leistungsinteresse* within the common frame of obligatory relationship. The *Schutzinteresse* becomes the formal object of the protection obligation (*Schutzpflicht*), and it takes relevance within the obligation itself; however the breach of *Schutzinteresse* must be connected — both directly and indirectly — with the performance in order to satisfy a primary interest. In the light of this conceptual framework, the A. criticizes the decision of the Court of Cassation (2008) — and the following jurisprudence of the courts — that admitted the compensation of the contractual non economic loss in virtue of the constitutional relevance of the injured party's interest. From this point of view the Court gives a new interpretation of the controversial matter of ruined holiday loss, now ruled by art. 47 co. 1 cod. tur.