

IL DANNO NON PATRIMONIALE CONTRATTUALE

Profili sistematici di una nuova disciplina Di Emanuela Navarretta

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. La regola a tutela dei diritti inviolabili nel quadro delle fonti di disciplina del danno non patrimoniale contrattuale.- 3. 3. Il danno non patrimoniale contrattuale, la fonte convenzionale e l'utilità residua della regola a tutela dei diritti inviolabili. - 4. 4. Il problema della coerenza fra la nuova regola posta a presidio dei diritti inviolabili e i lineamenti sistematici della responsabilità contrattuale. - 5. 5. Il profilo della coerenza intrasistemica fra le differenti regole che governano il danno non patrimoniale contrattuale.

1. Premessa.

Nell'articolata motivazione delle quattro pronunce del 2008¹, le Sezioni Unite, con un diffuso

¹ Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 38 ss., con note di P. G. MONATERI, *Il pregiudizio esistenziale come voce di danno non patrimoniale*; E. NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali*; D. POLETTI, *La dualità del sistema risarcitorio e l'unicità della categoria dei danni non patrimoniali*; P. ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale: istruzioni per l'uso*; D. CHINDEMI, *Una nevicata su un campo di grano*, *ibidem*, p. 219 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Il sistema del danno non patrimoniale dopo le Sezioni Unite*, *ibidem*, p. 261 ss.; G. CITARELLA, *Danno non patrimoniale e contratto*, *ibidem*, p. 434 ss.; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 102 ss., con note di E. BARGELLI, *Danno non patrimoniale: la messa a punto delle Sezioni Unite*, e di M. DI MARZIO, *Danno non patrimoniale: grande è la confusione sotto il cielo, la situazione non è eccellente*; in *Foro it.*, 2009, I, c. 120 ss., con note di R. PARDOLESI - R. SIMONE, *Danno esistenziale e (sistema fragile): "die hard"*; di G. PONZANELLI, *Sezioni Unite: il nuovo statuto del danno non patrimoniale*; di E. NAVARRETTA, *Il valore della*

persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali; in *Corriere giur.*, 2009, p. 410 ss., con note di A. DI MAJO, *Danno esistenziale o di tipo esistenziale: quale l'esito?* e di S. PATTI, *Le Sezioni Unite e la parabola del danno esistenziale*; in *Danno e resp.*, 2009, p. 19 ss., con note di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni Unite. Un "de profundis" per il danno esistenziale*; di S. LANDINI, *Danno biologico e danno esistenziale nelle sentenze della Cass. SS. U. 26972, 26973, 26974, 26975/2008*; di C. SGANGA, *Le Sezioni Unite e l'art. 2059 c.c.: censure, riordini e innovazioni del dopo principio*; C. CASTRONOVO, *Danno esistenziale: il lungo addio*, *ibidem*, p. 5 ss. La sola massima della sentenza si legge in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 97 ss., con commento di F.D. BUSNELLI, *Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale*. Si vedano ancora i commenti di S. MAZZAMUTO, *Il rapporto fra gli artt. 2059 c.c. e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni Unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, in *Contratto e Impresa*, 2009, p. 589 ss. e di GRISI, *Il danno (di tipo) esistenziale e la nomofilachia « creativa » delle Sezioni Unite*, in *Europa e diritto privato*, 2009, p. 379 ss.



obiter dictum, dissolvono le teorie avverse al danno non patrimoniale contrattuale², così come le tesi favorevoli ad una pura equiparazione della sua disciplina rispetto a quella del danno patrimoniale da inadempimento³.

La Cassazione propende per un'apertura limitata e, dunque, non generalizzata al risarcimento del danno non patrimoniale contrattuale, prospettando una nuova regola che si pone in una linea di continuità con la recente evoluzione in ambito aquiliano⁴.

Attraverso il coordinamento sistematico tra gli artt. 1218 e 1223 c.c. e l'art. 2 C. viene affermata la risarcibilità del danno non patrimoniale contrattuale, allorché la condotta che fonda l'illecito da inadempimento realizza la lesione di un diritto inviolabile della persona.

Simile impostazione, volta a superare la precedente tecnica del cumulo di azioni, ha mostrato da subito un elevato tasso di criticità, suscitando obiezioni in dottrina sotto almeno tre profili, che coinvolgono l'inquadramento sistematico della nuova materia e si riflettono su rilevanti aspetti operativi.

2. La regola a tutela dei diritti inviolabili nel quadro delle fonti di disciplina del danno non patrimoniale contrattuale.

L'interpretazione che garantisce il danno non patrimoniale contrattuale qualora l'illecito da inadempimento realizza la violazione di un diritto inviolabile prospetta, sul terreno sistematico, un primo interrogativo concernente il ruolo e la collocazione della regola nel quadro delle possibili fonti di disciplina di tale tipologia di danno.

In particolare, è da chiarire se essa vada semplicemente ad aggiungersi o viceversa a sostituirsi o a sovrapporsi alle altre possibili fonti, legali o convenzionali, con l'esito, nella seconda ipotesi, di dover dimostrare sempre la lesione di un diritto inviolabile della persona. Simile ricostruzione sembrerebbe evincersi sia dai tentativi di provare il coin-

volgimento dei diritti inviolabili, anche in casi di tipizzazione legale, sia dalle critiche della dottrina che ha accusato le Sezioni Unite di aver sacrificato, con la nuova disciplina, il rilievo spettante all'autonomia contrattuale⁵.

Senonché, al di là di quelle che possano essere state le - non sempre chiare - intenzioni delle Sezioni Unite, deve ritenersi fuori discussione che la disciplina ispirata ai principi costituzionali non possa in alcun modo avere superato o permeato di sé le altre fonti di regolamentazione del danno non patrimoniale contrattuale, costituite da precise disposizioni di legge^{6,7} o dallo stesso contratto.

Le ragioni di un'affermazione tanto drastica risiedono nella tecnica argomentativa accolta dalla Cassazione che, nel prospettare un'interpretazione adeguatrice alla Costituzione degli artt. 1218 e 1223 c.c., procede a una diretta applicazione dei principi costituzionali. E poiché per invocare i principi, che si ascrivono alla dimensione dell'analogia, si deve configurare una lacuna - sia pure di tipo ideologico o evolutivo⁸ - ne discende che il ricorso alla Costituzione presuppone l'assenza nel caso concreto di regole idonee a offrire sufficiente tutela ai diritti inviolabili.

In sostanza, il senso dell'interpretazione offerta dalle Sezioni Unite è quello di una disciplina di chiusura del sistema, che non vuole e non può escludere altre fonti di risarcibilità del danno non patrimoniale, costituite sia da previsioni di legge sia *a fortiori* dallo stesso contratto.

² Così F. GAZZONI, *Il danno esistenziale, cacciato, come meritava, dalla porta, rientrerà dalla finestra*, in *Il dir. famiglia e pers.*, 2009, p. 112; M. BARCELLONA, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2008, p. 88, in nota.

³ Cfr. F. TESCIONE, *Il danno non patrimoniale da contratto*, Napoli, 2008, p. 113 ss.; 119, EAD., *Il danno patrimoniale da contratto: le apparenti asimmetrie sistematiche*, in *Danno e resp.*, 2009, p. 374 ss.

⁴ Sul tema in generale cfr. E. NAVARRETTA - D. POLETTI, *Il danno non patrimoniale e la responsabilità contrattuale*, in *Il danno non patrimoniale. Principi, regole e guida alla liquidazione*, a cura di E. NAVARRETTA, Milano, in corso di pubblicazione.

⁵ Cfr. C. AMATO, *Nozione unitaria di danno non patrimoniale e autonomia negoziale*, in AA.VV., *Il danno non patrimoniale, Guida commentata alle decisioni delle S.U.*, 11 novembre 2008, nn. 26972/3/4/5, Milano, 2009, p. 24; C. SCOGNAMIGLIO, *Il sistema del danno non patrimoniale dopo le decisioni delle Sezioni Unite*, cit., p. 271; V. TOMARCHIO, *Responsabilità contrattuale e danno non patrimoniale. Il problema dei pregiudizi risarcibili*, in *Danno e resp.*, 2009, p. 1031.

⁶ Fra queste si deve, in particolare, segnalare il danno da vacanza rovinata, risarcibile ex art. 94 cod. consumo che contempla il risarcimento del «danno derivante alla persona dall'inadempimento o dalla inesatta esecuzione delle prestazioni che formano oggetto del pacchetto turistico». Tale danno è stato considerato il grande assente nelle pronunce del 2008 da M. GAZZARRA, *Danno non patrimoniale da inadempimento: le SS.UU. e le prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Danno e resp.*, 2009, III, p. 279 ss.

⁷ Esclude per il danno da vacanza rovinata la necessità di provare la lesione di un diritto inviolabile Cass., 4 marzo 2010, n. 5189, in www.dejure.giuffre.it.

⁸ Cfr. M. BARCELLONA, *L'interpretazione del diritto come autoriproduzione del sistema giuridico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1991, p. 50 ss.



3. Il danno non patrimoniale contrattuale, la fonte convenzionale e l'utilità residua della regola a tutela dei diritti inviolabili.

Al rilievo critico secondo cui la disciplina posta dalle Sezioni Unite avrebbe trascurato il peso della fonte convenzionale, si aggiunge – nella ricostruzione di taluni⁹ – l'obiezione ulteriore in base alla quale la valorizzazione della clausola di buona fede, oltre che di alcune previsioni di legge, renderebbero addirittura inutile la nuova regola ispirata ai principi costituzionali.

Diviene all'uopo imprescindibile verificare quale possa essere la latitudine della disciplina di fonte convenzionale.

Il contratto, innanzitutto, può espressamente pattuire, con o senza il ricorso a una clausola penale, il risarcimento del danno non patrimoniale da inadempimento. Tale accordo può servire a rafforzare qualunque tipo di interesse, anche meramente patrimoniale, come nel caso del danno da affezione pattuito a presidio di un bene lasciato in deposito, e potrebbe finanche prevedere un risarcimento per danni di minima rilevanza, purché sia rispettato il limite della meritevolezza di tutela. Un'intesa sulla risarcibilità del danno non patrimoniale non si può, d'altro canto, contestare per il fatto che non riguarderebbe l'assetto di interessi bensì il piano rimediabile, perché essa è legittimata non solo dallo stesso istituto della clausola penale, ma anche dalla considerazione che il suo significato è quello di rafforzare l'interesse contrattuale attraverso un rimedio che non viene creato dall'autonomia privata, ma da questa puramente esteso ad interessi ulteriori rispetto a quelli previsti dalla legge.

Riconosciuta la validità di una pattuizione espressa, si prospetta l'ipotesi di evincere anche implicitamente dal regolamento contrattuale il risarcimento del danno non patrimoniale. In particolare, dalla lettura delle pronunce del 2008 e dal pensiero di parte della dottrina sembrerebbe delinearci la tesi secondo cui sarebbe sufficiente ricostruire dall'assetto causale del contratto la rilevanza di un interesse non patrimoniale per poterne inferire il risarcimento del danno non patrimoniale.

Sul punto la posizione della Cassazione non è di chiarezza adamantina. Per un verso, si limita a richiamare la causa concreta come strumento per individuare «in relazione alla specifica ipotesi contrattuale [... gli] interessi compresi nell'area del contratto che, oltre a quelli a contenuto patrimoniale, presentano carattere non patrimoniale». Per un altro

verso, però, - forse nel tentativo di evitare dissonanze dal precedente n. 6572 del 2006¹⁰ — rileva che «l'art. 2087, inserendo nell'area del rapporto di lavoro interessi non suscettivi di valutazione economica [...] già implica che, nel caso in cui l'inadempimento [abbia] provocato la loro lesione, [sia] dovuto il risarcimento del danno non patrimoniale». In tal modo, sembrerebbe supportata la tesi - sostenuta dai giuslavoristi¹¹ - che il mero inserimento dell'interesse non patrimoniale nella causa del contratto, qui per di più una "causa astratta" - *rectius* un tipo negoziale -, basterebbe a garantire il risarcimento del danno non patrimoniale, la cui pretesa sarebbe, dunque, attivabile per qualsivoglia tipo di violazione.

Senonché simile deduzione non pare invero condivisibile per almeno due ragioni. Innanzitutto, non esiste nel nostro sistema alcun indice ermeneutico che possa giustificare una corrispondenza biunivoca fra interesse non patrimoniale e danno non patrimoniale¹², sicché la rilevanza del primo nell'assetto causale non è di per sé garanzia della risarcibilità del secondo. D'altro canto, la conclusione non muta in virtù della mediazione dell'istituto della causa, né *a fortiori* di una presunta "causa astratta", poiché sul terreno rimediabile la causa è associata alla nullità ed è assolutamente muta e neutrale rispetto al risarcimento del danno non patrimoniale.

Escludere l'ipotesi di un sillogismo tra rilievo causale dell'interesse non patrimoniale e risarcimento del danno non patrimoniale non vuol dire, d'altro canto, svilire il ruolo della causa concreta, nella sua funzione ermeneutico-ricostruttiva del regolamento di interessi, così come quello della descrizione normativa del tipo contrattuale. Il loro compito è di far risaltare l'importanza dell'interesse non patrimoniale nel regolamento contrattuale, che è solo il primo, pur se basilare, passaggio di una più complessa argomentazione ermeneutica. Di seguito,

¹⁰ Cass., Sez. Un., 24 marzo 2006, n. 6572, in *Resp. civ. prev.*, 2006, p. 1041 ss., con note di M. BERTONCINI, *Demansionamento e onere della prova dei danni*; di F. BILOTTA, *Attraverso il danno esistenziale, oltre il danno esistenziale*; di M. ROSSETTI, *Danno esistenziale, una questione lontana dall'essere risolta*, *ivi*, p. 1477 ss.; in *Foro it.*, 2006, I, c. 2334, con note di P. CENDON, *Voci lontane, sempre presenti sul danno esistenziale*, e di G. PONZANELLI, *La prova del danno non patrimoniale e i confini tra danno esistenziale e danno non patrimoniale*; in *Riv. it. dir. lav.*, II, 2006, p. 687 ss., con nota di R. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite sull'allegazione e la prova dei danni cagionati da demansionamento o dequalificazione*.

¹¹ R. DEL PUNTA, *Il danno non patrimoniale dopo le Sezioni Unite del 2008 riflessioni di sistema e ricadute lavoristiche*, in *Giur. it.*, 2009, specie 1041.

¹² In senso diverso sembrerebbe orientarsi M. COSTANZA, *Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 128.

⁹ S. MAZZAMUTO, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, *cit.*, p. 623.

per ottenere in base al contratto il risarcimento del danno non patrimoniale, è necessario che dal confronto tra il tipo di violazione che viene attuata in concreto, il rilievo causale nel contratto dell'interesse non patrimoniale e il grado di tutela che le parti hanno implicitamente voluto attribuire a tale interesse nella distribuzione dei rischi contrattuali, possa ricavarsi *ex fide bona* - cioè attraverso quel canone ermeneutico che, alla luce del verificarsi di determinate circostanze, fa dire al contratto ciò che espressamente non dice¹³ - la risarcibilità del danno non patrimoniale.

Tale ragionamento può agevolmente illustrarsi con un recente caso esaminato dal Tribunale di Roma riguardante l'esito fallimentare di un contratto di prestazione d'opera per la fornitura di cibi e di servizi per un banchetto di nozze¹⁴. Rispetto ad un tale contratto, il peculiare risalto riconosciuto all'interesse non patrimoniale, attestato da fattori oggettivi come il corrispettivo particolarmente elevato delle prestazioni, unito al valore sociale che ad esse è generalmente riconosciuto e all'attenzione anche ai minimi dettagli da parte dei nubendi consentono, alla luce del tipo di violazione in concreto realizzata, di ritenere *ex fide bona* implicita nell'assetto di interessi concordato fra le parti la sua più estesa tutela, comprensiva del danno non patrimoniale. Chiaramente una tale deduzione non è mai il frutto di un ragionamento astratto, ma discende sempre da una valutazione concreta del tipo di violazione prodotta, poiché l'esigenza di giustificare un ampliamento della tutela e l'ontologica connessione fra correttezza e tolleranza renderebbero ingiustificata una pretesa fondata su un lieve inadempimento e, viceversa, *ex fide bona* legittima quella motivata da una vera e propria *debacle* del banchetto di nozze.

Orbene, a fronte del ruolo che svolge nella ricostruzione del regolamento contrattuale la regola dell'interpretazione secondo buona fede, occorre chiedersi se, nel caso di coinvolgimento attraverso il contratto di diritti inviolabili, la risarcibilità del danno non patrimoniale non possa (o non debba) transitare proprio attraverso tale canone.

La dottrina favorevole a una lettura in chiave assiologica della buona fede oggettiva¹⁵, intesa come

clausola capace di dar voce anche al valore degli interessi coinvolti nel contratto, certamente non può che ravvisare in essa l'itinerario naturale per giungere a una tutela estesa dei diritti inviolabili della persona. Dinanzi ad un loro eventuale risalto nel regolamento contrattuale e alla loro concreta violazione può ritenersi *ex fide bona* implicita la più forte tutela attuata attraverso il risarcimento del danno non patrimoniale. E sempre la buona fede interpretativa potrebbe offrire il rimedio di tale risarcimento finanche in ipotesi in cui la violazione dell'obbligo di protezione esponesse a un elevato rischio di pregiudizio (senza effettiva lesione) il diritto inviolabile. Ciò chiaramente potrebbe affermarsi non in via di automatismo, ma solo alla luce del tipo di violazione prodotta e, dunque, se la concreta esposizione a pericolo a fronte dell'obbligo di protezione assunto con il contratto giustifichi *ex fide bona* la sua più ampia tutela. All'uopo, mentre non si dovrebbe legittimare un risarcimento del danno non patrimoniale nei confronti del vettore che provochi un po' di spavento nel trasportato eccedendo di qualche chilometro i limiti di velocità, viceversa, potrebbe apparire motivata la pretesa del risarcimento del danno non patrimoniale per l'ansia quotidianamente patita nello svolgimento dell'attività lavorativa da colui al quale il datore di lavoro ostinatamente rifiuti di fornire i minimi presidi di protezione in mancanza dei quali risulta esposto ad un costante e grave pericolo per la salute o addirittura per la vita.

Or dunque, se la buona fede oggettiva nella sua veste assiologica consente una così estesa tutela ai diritti inviolabili coinvolti in un contratto e se è vero che, in caso di effettiva lesione di tali diritti, vi è una sostanziale convergenza di risultati fra l'interpretazione *ex fide bona* intrisa di valori costituzionali e la fonte legale affidata all'interpretazione adeguatrice alla Costituzione - in quanto è garantita la tutela e in ogni caso è escluso il danno bagattellare - diviene legittimo chiedersi se le Sezioni Unite non abbiano in effetti sbagliato a prospettare l'interpretazione adeguatrice alla Costituzione o, quanto meno, non abbiano contemplato una disciplina inutile.

del canone dell'interpretazione secondo buona fede (E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996, 184 dove affermiamo testualmente: «Tale regola [di correttezza] consiste sia in un giudizio di valore, che attribuisce rilevanza agli interessi di rango costituzionale concretamente coinvolti, sia in un sindacato di merito sulle modalità di svolgimento dell'attività»). Ci attribuisce un pensiero diverso da quello sopra riportato S. MAZZAMUTO, *Il rapporto tra gli artt. 2059 c.c. e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, cit., p. 624, nota 122, secondo cui saremmo contrarie a dare rilevanza ai valori costituzionali attraverso la buona fede oggettiva.

¹³ «Il criterio della buona fede dice il non detto», così scriveva efficacemente L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 172.

¹⁴ Trib. Roma, 13 luglio 2009, in *Giur. merito*, 2009, p. 2764, con nota di M. DI MARZIO.

¹⁵ In assoluta conformità con l'impostazione tradizionale della scuola pisana (cfr. in particolare L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, cit., p. 172 s. e U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da Cicu e Messineo, XVI, t. I, Milano, 1974, 34) è anche la nostra posizione, decisamente favorevole alla lettura in chiave assiologica



La risposta deve ritenersi senza dubbio negativa per ragioni non solo di pragmatismo giuridico, ma anche di coerente ricostruzione dogmatica del sistema.

Innanzitutto, non vi è affatto concordia in dottrina sulla ricostruzione in chiave assiologica della buona fede oggettiva¹⁶ e, dunque, è più che condivisibile la scelta di non rendere incerto un risultato così importante, come la più ampia tutela dei diritti inviolabili, attraverso l'incertezza di un paradigma controverso.

D'altro canto, la responsabilità da inadempimento non sempre discende dal contratto e, dunque, non è una costante poter attingere al canone dell'interpretazione secondo buona fede, che può arricchire la fonte convenzionale soltanto ove questa, nella fattispecie concreta, sussista. Se la Corte non avesse prospettato la nuova regola si sarebbe dunque delineata una sicura lacuna nel sistema in una molteplicità di casi, come, ad esempio, nell'inadempimento ad un'obbligazione di restituire la casa d'abitazione avente fonte non contrattuale.

Tale motivazione, se è importante in generale, diviene un argomento addirittura dirompente per entità e importanza delle fattispecie coinvolte là dove si acceda alle recenti ricostruzioni sulla responsabilità da contatto sociale qualificato e sull'obbligazione senza prestazione, che ascrivono all'illecito da inadempimento, al di fuori della sfera d'azione del contratto, ambiti oltremodo rilevanti quale la responsabilità medica. Né avrebbe alcun senso percorrere la via dell'illecito da inadempimento, sulla supposizione che offra maggiori garanzie e una più estesa tutela al danneggiato, se poi quest'ultimo, per ottenere il danno non patrimoniale, compreso il danno alla salute, dovesse avvalersi del cumulo di azioni e dunque ripercorrere l'*iter* dell'illecito aquiliano.

4. Il problema della coerenza fra la nuova regola posta a presidio dei diritti inviolabili e i lineamenti sistematici della responsabilità contrattuale.

Chiarito che la nuova regola sul danno non patrimoniale contrattuale ha il valore - come del resto

¹⁶ Sono e sono stati ad essa tradizionalmente avversi C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, p. 209 ss.; L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, p. 9; C. SALVI, *Abuso del diritto: I) Diritto civile*, in *Enc. giur. Trecc.*, I, Roma, 1988, 3. Di recente, sposta «l'aggancio costituzionale della buona fede [...] dall'art. 2 Cost. (i diritti inviolabili dell'uomo), [...] all'art. 41, 2° comma, Cost.» P. SIRENA, *La categoria dei contratti d'impresa e il principio della buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 421.

c'è l'ha anche in campo aquiliano - di chiusura del sistema e non di barriera ad altre fonti di disciplina, si profila il secondo problema sistematico, correlato con l'aspetto pratico dell'onere della prova.

Si tratta del presunto attrito fra il presupposto che le Sezioni Unite postulano a fondamento della pretesa risarcitoria per i danni non patrimoniali - la lesione di un diritto inviolabile - e i lineamenti della responsabilità da inadempimento cui è estranea la categoria dell'ingiustizia del danno¹⁷.

L'obiezione induce innanzitutto a riflettere sulla circostanza che la responsabilità contrattuale, pur non richiedendo la prova della lesione di un interesse giuridico, non è tuttavia estranea a siffatto elemento: l'inadempimento ad un'obbligazione automaticamente lede l'interesse del creditore alla prestazione; la violazione degli obblighi contrattuali di protezione offende «gli interessi per il soddisfacimento dei quali il vincolo è sorto»¹⁸.

Certo non vi è concordia in dottrina sulla ricostruzione dell'illecito contrattuale poiché secondo alcuni autori la responsabilità da inadempimento realizzerebbe sempre l'automatica lesione di un interesse giuridicamente rilevante¹⁹, mentre secondo altri tale corrispondenza sarebbe un'eventualità e non un dato costante²⁰. Ma in ogni caso il ragionamento della Cassazione resta impeccabile e può così sintetizzarsi nella sua semplicità. Poiché la responsabilità contrattuale - secondo alcuni sempre, secondo altri talora - può attuare l'automatica lesione di interessi giuridicamente rilevanti e poiché in un numero ulteriormente circoscritto di casi tali interessi possono essere diritti inviolabili, se ciò si verifica si deve concedere la tutela aggiuntiva del risarcimento del danno non patrimoniale, senza ricorrere all'artificio del cumulo di azioni.

Sul terreno probatorio questo comporta che il danneggiato debba provare non solo la fonte dell'obbligazione o dell'obbligo di protezione, al cui interno sia sottesa la tutela di un diritto inviolabile, allegando l'inadempimento o la violazione dell'obbligo, ma anche, per ottenere il risarcimento del danno non patrimoniale, la lesione di un diritto

¹⁷ Cfr. C. CASTRONOVO, *Il risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 86; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni Unite. Un "de profundis" per il danno esistenziale*, cit., 39; S. MAZZAMUTO, *op. cit.*, p. 622.

¹⁸ Sono parole di S. MAZZAMUTO, *Il mobbing*, Milano, 2004, p. 24.

¹⁹ E. NAVARRETTA, *L'evoluzione storica dell'ingiustizia del danno*, in *Attuazione e tutela dei diritti*, vol. IV, *La responsabilità e il danno*, t. III, diretto da Lipari e Rescigno, coordinato da Zoppini, Milano, 2009, p. 161.

²⁰ C. CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Europa e diritto privato*, Milano, 2009, p. 679 ss.; S. MAZZAMUTO, *Spunti in tema di danno ingiusto e di danno meramente patrimoniale*, *ivi*, 2008, p. 371.



inviolabile, allegando che essa sia derivata dall'inadempimento o dalla violazione dell'obbligo. Il danneggiante, per converso, dovrà provare l'impossibilità per causa a lui non imputabile dell'adempimento o, per evitare quanto meno il risarcimento del danno non patrimoniale, dovrà dimostrare l'estraneità di tale lesione rispetto al suo inadempimento o alla sua violazione dell'obbligo.

Orbene, tale assetto, pur aggiungendo la prova della lesione dell'interesse, a ben vedere, non altera l'impianto della responsabilità contrattuale per la banale considerazione che, se viene provata la lesione di un diritto inviolabile, ma manca la dimostrazione che essa sia l'automatico effetto dell'inadempimento o della violazione dell'obbligo di protezione, non potrà sussistere alcuna responsabilità contrattuale, il che significa che le suddette condotte restano il fondamento dell'illecito da inadempimento, mentre la prova della lesione del diritto inviolabile è solo una condizione aggiuntiva richiesta per poter ottenere il risarcimento del danno non patrimoniale.

Né deve stupire che vi sia un onere probatorio aggiuntivo onde conseguire tale rimedio, perché questo si riscontra anche seguendo l'itinerario dell'interpretazione secondo buona fede del contratto. Per avere il risarcimento del danno non patrimoniale il danneggiato non potrà, infatti, limitarsi a dimostrare il risalto dell'interesse non patrimoniale nella fonte contrattuale, ma dovrà comprovare che la violazione contrattuale abbia coinvolto proprio l'interesse non patrimoniale in condizioni tali che *ex fide bona* potesse reputarsi implicita la pattuizione del risarcimento del danno non patrimoniale.

In definitiva, è naturale che vi sia un onere probatorio aggiuntivo, sia nella fonte legale sia in quella convenzionale, per chiedere qualcosa in più di quanto normalmente concede la responsabilità contrattuale e se tale onere coincide con uno dei presupposti della responsabilità aquiliana - la lesione di un interesse giuridico - questo non significa confondere i due titoli, perché comunque se il danneggiante prova che non ci sono stati inadempimento o violazione di obblighi di protezione la responsabilità contrattuale per mera lesione del diritto inviolabile non potrà in alcun modo ravvisarsi.

5. Il profilo della coerenza intrasistemica fra le differenti regole che governano il danno non patrimoniale contrattuale.

Dimostrata la compatibilità della nuova disciplina con i paradigmi portanti della responsabilità con-

trattuale²¹, resta aperto da ultimo il problema della coerenza sistematica all'interno del complesso di regole che governano il danno non patrimoniale contrattuale.

All'uopo, premesso che la fonte convenzionale così come quella legale che esplicitamente contempla il risarcimento del danno non patrimoniale possono concernere anche una gamma di interessi diversa dai diritti inviolabili, in quanto rispondono ad una logica di distribuzione dei costi e dei rischi contrattuali o di bilanciamento degli interessi cristallizzato a livello legislativo, resta il dubbio sulla latitudine del principio della tolleranza e sulla conseguente esclusione del danno bagattellare rispetto ad un ambito così variegato di ipotesi.

Il danno bagattellare, invero, non ha cittadinanza né in base alla regola frutto dell'interpretazione a tutela dei diritti inviolabili, perché nel concetto stesso di diritto inviolabile è immanente il riferimento a un livello così elevato di valori da escludere il richiamo ad offese irrisorie e tollerabili, né in base alla disciplina convenzionale fondata sull'interpretazione del contratto secondo buona fede, che è clausola generale tradizionalmente e storicamente legata - in campo privatistico - al principio della tolleranza²².

Quanto ai casi di espressa previsione legale del risarcimento del danno non patrimoniale, si deve segnalare che, nell'ambito dell'illecito penale, risulta nuovamente implicita la regola di una minima gravità della lesione, poiché l'offensività è presupposto immanente - secondo la dottrina penalistica - alla fattispecie tipizzata. Analogamente, nei casi in cui la legislazione civile contempla il risarcimento

²¹ Tale compatibilità sussiste anche rispetto all'art. 1225 c.c. Ed infatti, quando la risarcibilità del danno non patrimoniale dipende dalla espressa regolamentazione di interessi delle parti, la conseguenza lesiva che il mancato adempimento provoca non pone un problema di applicazione del limite dell'art. 1225 c.c. Analogamente la risarcibilità del danno non patrimoniale che derivi dalla regolamentazione anche solo implicita degli interessi delle stesse parti risulta prevedibile in base ad un'interpretazione *ex fide bona*, capace di rendere esplicita la prognosi sulla sua risarcibilità. Infine, quando il risarcimento del danno non patrimoniale è dovuto alla lesione di interessi inviolabili della persona, lo stesso risulta prevedibile in relazione alla natura degli interessi coinvolti, come si evince dalla giurisprudenza in materia di lesioni contrattuali del diritto alla salute, che mai ha prospettato un problema di (im)prevedibilità del danno conseguente. E a conclusioni analoghe deve pervenirsi per le ipotesi di espressa previsione legislativa di risarcibilità del danno in esame. Cfr. sul punto E. NAVARRETTA - D. POLETTI, *Il danno non patrimoniale e la responsabilità contrattuale*, cit. Sull'art. 1225 c.c. cfr., da ultimo, A. GNANI, *La prevedibilità del danno nella sistematica della responsabilità*, in *Danno e resp.*, 2009, p. 356 ss.

²² Cfr. S. PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Napoli, 1978, p. 5 ss. e specificamente, sul rapporto fra tolleranza e correttezza, p. 159 ss.



del danno non patrimoniale contrattuale a presidio di diritti o di valori costituzionali, come il principio di uguaglianza sotteso ai decreti legislativi che vietano i comportamenti discriminatori²³, di nuovo il riferimento a valori tanto elevati, fondamentali e generali dell'ordinamento evoca in maniera implicita l'esigenza di un minimo di gravità lesiva per poterli offendere in concreto.

In definitiva, a parte i casi della pattuizione espressa del risarcimento del danno non patrimoniale – che incontrano unicamente il limite della meritevolezza di tutela – nelle altre ipotesi sopra menzionate sia il bilanciamento di interessi desumibile dal contratto *ex fide bona* sia quello cristallizzato dal legislatore collocano il punto di equilibrio fra danneggiante e danneggiato sul piano di una minima gravità dell'offesa.

Siffatta disciplina risulta coerente con le esigenze connesse con la natura propria del danno non patrimoniale che, riferendosi ad un complesso di sensazioni negative di tipo emotivo e/o ad un'alterazione in senso peggiorativo delle condizioni di vita, risente in ogni caso della reazione di tipo soggettivo rispetto alle esternalità negative, sicché il sistema giuridico deve di necessità vagliare attraverso un criterio oggettivo la rilevanza di tale danno per l'ordinamento, affidando il parametro selettivo ad un minimo di serietà dell'offesa.

Or dunque se si considera che tale regola è strettamente funzionale al tipo di danno che viene in esame e se si prende atto della sua diffusione sistematica, risulta consequenziale ritenere che il filtro di un minimo di serietà dell'offesa sia di applicazione generale e sia, di conseguenza, operante in tutte le ipotesi, compreso il danno da vacanza rovinata, rispetto al quale in effetti viene di recente accolto da una parte della giurisprudenza²⁴.

Simile conclusione, peraltro, deve superare una duplice perplessità che riguarda sempre il piano della coerenza sistematica.

La prima concerne il danno biologico rispetto al quale ci si interroga se anch'esso richieda un vaglio minimo di serietà o si sottragga alla regola. La ri-

sposta è che un criterio selettivo di serietà trova conferma anche in tale ambito, ma presenta una connotazione peculiare poiché si identifica con la nozione di patologia, il cui accertamento spetta — e questo è il dato caratterizzante di tale figura — al medico anziché al magistrato.

La seconda riserva riguarda invece il timore che l'accertamento di una minima serietà dell'offesa per concedere il danno non patrimoniale possa creare un'ingiustificata discriminazione rispetto al trattamento del danno patrimoniale. Anche questa perplessità, tuttavia, appare infondata perché il danno patrimoniale è a sua volta soggetto al criterio selettivo del mercato che non soltanto disincentiva pretese idiosincratiche, poiché difficilmente ingenera false illusioni sul *quantum*, ma soprattutto raramente produce un danno per offese irrisorie. Una minima offesa nei confronti di un professionista, proprio per la sua scarsa rilevanza e credibilità, rende improbabile un'incidenza sull'affluenza dei clienti e dunque non è in grado di produrre alcun danno patrimoniale, pur se può ferire la sensibilità del professionista. Non dunque di discriminazione si tratta, bensì di ragionevole diversificazione delle regole che asseconda l'ontologica differenza fra le tipologie di danno.

Ciò premesso, peraltro, poiché nella disciplina di tutti i tipi di danno si ravvisa comunque il comune obiettivo di escludere pretese irrilevanti, idiosincratiche e bagattellari - attraverso, rispettivamente, il filtro implicito nel mercato per il danno patrimoniale, il filtro implicito nel concetto di patologia per il danno non patrimoniale biologico e il filtro esplicito di una minima offensività della lesione per il danno non patrimoniale non biologico - detta comunanza di obiettivi, riconducibile al medesimo principio della tolleranza, potrebbe opportunamente anche tradursi nella sintesi di una regola unitaria.

E' quanto di recente sembra emergere dal *Draft Common Frame of Reference*, che, all'art. VI. – 6:102, ha accolto la “*De minimis rule*” secondo cui sia per i danni patrimoniali sia per quelli non patrimoniali: «*Trivial damage is to be disregarded*».

6. Qualche considerazione conclusiva

Il danno non patrimoniale contrattuale è categoria che nasce non soltanto dalla progressiva permeabilità dell'istituto del contratto rispetto ad interessi di natura personale, ma anche e soprattutto dalla recente tendenza espansiva della responsabilità contrattuale che si diffonde sia attraverso la costruzione complessa del rapporto giuridico e la dogmatica degli obblighi di protezione, sia attraverso più recenti e “ardite” concezioni, quali

²³ Cfr. l'art. 4 del d.lgs. 9 luglio 2003, n. 215 (attuazione della direttiva 2000/43/Ce sulla parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica), l'art. 4 del d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216 (attuazione della direttiva 2000/78/Ce per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro senza distinzioni derivanti dalla religione, dalle convinzioni personali, dagli handicap, dall'età e dall'orientamento sessuale), l'art. 3, comma 3°, della legge 1° marzo 2006, n. 67, che prevede l'espressa risarcibilità del danno non patrimoniale in caso di discriminazione delle persone con disabilità.

²⁴ V. Trib. Torre Annunziata, 5 maggio 2009, in *Giur. it.*, 2010, con nota di F. SALERNO, «*Il diritto non serve a capricci o a voglie frivole*» (note in tema di inadempimento e danno non patrimoniale risarcibile).



l'obbligazione senza prestazione e la responsabilità da contatto sociale.

Un autorevole Maestro della scuola pisana²⁵ collocava la responsabilità contrattuale entro un confine rigidissimo, l'inadempimento a un'obbligazione di prestazione con esclusione degli obblighi di protezione e affidava qualsivoglia fattispecie esterna a tale perimetro all'illecito aquiliano.

Storicamente detta impostazione restrittiva, forse anche a causa di norme come l'art. 2087 c.c. che ne minavano implicitamente la purezza, non è stata quella dominante ed è prevalsa la più estensiva concezione di altro autorevole Maestro della scuola milanese²⁶ più sensibile alla dogmatica tedesca degli obblighi di protezione.

Orbene, al di là delle contrapposizioni di scuola che hanno reso comunque più fecondo il dibattito giuridico, è importante constatare che un itinerario come la costruzione degli obblighi di protezione, di necessità, ha iniziato a conferire un peso determinante, nella responsabilità contrattuale, all'interesse offeso, tant'è che sulla base della lesione dell'interesse di un terzo coinvolto dal contenuto di un impegno contrattuale viene costruita la figura del contratto con effetti di protezione nei confronti di un terzo²⁷ e, per il suo tramite, viene estesa la responsabilità contrattuale. Ne discende che una volta intrapreso il percorso degli obblighi di protezione non deve poi stupire il possibile ruolo che venga ad acquisire, anche nell'illecito contrattuale, la lesione dell'interesse, fermo restando che essa non avrà mai il compito di dare fondamento a tale responsabilità, ma potrà variamente costituire o la base per costruire un obbligo di protezione o la condizione per concedere il risarcimento del danno non patrimoniale.

D'altro canto, come si è già anticipato, l'espansione della responsabilità contrattuale sta procedendo anche oltre gli obblighi contrattuali di protezione, raggiungendo i lidi del contatto sociale e dell'obbligazione senza prestazione²⁸. Anche su questo terreno le scuole nuovamente si dividono e

forse echeggia ancora il senso della più antica contrapposizione che continua ad arricchire il dibattito giuridico²⁹. Ma ancora una volta non importa quale sarà l'esito del contenzioso, quanto piuttosto comprenderne le conseguenze e le implicazioni dogmatiche ed operative. In particolare, l'effetto più immediato ed evidente di simile processo è una crescente marginalizzazione del contratto nella responsabilità contrattuale, che rende del tutto irrealistico – oltre che scorretto - invocare la fonte convenzionale quale disciplina esclusiva di fenomeni emergenti come il risarcimento del danno non patrimoniale.

In definitiva, il danno non patrimoniale contrattuale è il figlio naturale di quell'espansione della responsabilità da inadempimento, che fa apparire antistorico e contraddittorio l'attaccamento a dogmi che si sono voluti infrangere e incomprensibile l'irrigidimento su un presunto carattere esclusivo di quella fonte contrattuale, che continuamente viene valicata e superata da nuove costruzioni capaci di attrarre il modello non aquiliano di responsabilità.

Se questa è la conclusione pragmatica che suggerisce l'esperienza del danno non patrimoniale contrattuale, vista nella prospettiva teorica, conduce, per converso, ad una riflessione dogmatica la lettura in chiave operativa della medesima vicenda.

Punto di partenza è constatare che il risarcimento del danno non patrimoniale se, per un verso, realizza una tutela rafforzata, che è un valore aggiunto per il sistema giuridico anche nell'importante comparto della responsabilità contrattuale, per un altro verso, è un beneficio tutt'altro che indolore per l'ordinamento. Ha un prezzo sul terreno economico-sociale, in quanto incrementa il costo delle assicurazione e - se non adeguatamente governato - può in generale incidere sul corrispettivo delle prestazioni; e ha un prezzo sul piano giuridico, poiché aumenta il contenzioso e mette a nudo la debolezza del diritto che si cimenta nella difficile costruzione di un metodo scientifico di liquidazione del danno.

Evidentemente simili costi si possono sopportare solo se il beneficio risulta adeguato e proporzionato, il che si riscontra non solo se la legge colloca il danno non patrimoniale nel bilanciamento di interessi cristallizzato in una fattispecie normativa o se il suo risarcimento può ricondursi alla distribuzione dei rischi che domina il fenomeno contrattuale, ma anche e soprattutto se esso serve a incrementare la tutela del valore persona. Ogni legittima considerazione ispirata a un doveroso e meritevole realismo deve a questo punto fermarsi e cedere il passo alla

²⁵ U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., 17 ss. e in *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, p. 121 ss.

²⁶ L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzo»*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 368 ss.; e dopo di lui F. BENATTI, *Osservazioni in tema di «doveri di protezione»*, in *Riv. trim. dir. proc. Civ.*, 1960, p. 1361 ss.; C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Trecc.*, XXI, Roma, 1990, p. 1 ss.; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 4^a ed., p. 233 ss.

²⁷ Per una sua recentissima applicazione al campo della responsabilità medica v. Cass., 4 gennaio 2010, n. 13, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 1027 ss., con nota di M. FORTINO, *La prevedibile resurrezione del danno esistenziale*.

²⁸ C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *La nuova responsabilità civile*, 2^a ed., Milano, 1997, p. 177 ss.; Id., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, cit., p. 679 ss.

²⁹ In senso critico cfr. E. NAVARRETTA, *L'ingiustizia del danno e i problemi di confine*, in *Attuazione e tutela dei diritti*, cit., p. 240 ss.



priorità dogmatica della persona coinvolta nel suo più elevato spessore assiologico attraverso il precetto dell'inviolabilità.

Ed è in questo che si deve cogliere il senso pregnante e l'indiscutibile merito della scelta delle Sezioni Unite che non hanno inteso accedere ad un'ingenua simmetria ed equipollenza fra diverse tipologie di illecito, ma che hanno voluto rivendicare una disciplina di chiusura del sistema capace di trascendere e di valicare, a tutela della persona, i confini costantemente mobili delle categorie civilistiche.