



CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA  
IN DISCIPLINE GIURIDICHE  
CURRICULUM DIRITTO PRIVATO PER L'EUROPA

XXIX CICLO DEL CORSO DI DOTTORATO

IL DANNO NON PATRIMONIALE DA INADEMPIMENTO  
TRA RISARCIMENTO E PENA PRIVATA

Dottorando: Dott. Daniele Giglio

Tutor: Prof. Enrico Moscati

Coordinatore: Prof. Giuseppe Grisi

## INDICE

*Introduzione*..... p. 3

### CAPITOLO PRIMO

#### LA NOZIONE DI DANNO: DAI VALORI ECONOMICI AI VALORI DELLA PERSONA

1. Il danno come concetto giuridico..... p. 7  
2. Il danno non antiggiuridico..... p. 17  
3. Il danno ingiusto..... p. 22  
4. Il concetto di danno alla persona e l'entrata nel moderno..... p. 37  
5. Il danno contrattuale..... p. 50  
6. La contrattualizzazione del danno non patrimoniale..... p. 56

### CAPITOLO SECONDO

#### I PROFILI SANZIONATORI DELLA RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE: PENA PRIVATA, ASTREINTE E DANNO PUNITIVO

1. Le sorti della pena privata nel diritto moderno..... p. 79  
2. Pena «privata», autotutela ed autonomia privata..... p. 90  
3. La clausola penale nella prospettiva sanzionatoria..... p. 96  
4. L'autonomia della pena privata rispetto al risarcimento del danno..... p. 110  
5. Il modello dell'*astreinte*..... p. 121  
6. La frontiera del danno punitivo..... p. 126

### CAPITOLO TERZO

#### IL CARATTERE SANZIONATORIO DEL DANNO NON PATRIMONIALE DA INADEMPIMENTO: ALCUNI CASI ESEMPLARI

1. Verso la categorizzazione del danno non patrimoniale da inadempimento..... p. 137  
2. Segue: i limiti di risarcibilità del danno non patrimoniale contrattuale..... p. 143  
3. La funzione sanzionatoria del danno non patrimoniale contrattuale..... p. 149

4. Il danno da mancato consenso informato.....	p. 150
5. Il danno da vacanza rovinata.....	p. 158
6. Il danno da <i>mobbing</i> .....	p. 161
7. Il danno da mancato recepimento di direttive europee <i>non self-executing</i> .....	p. 164
8. Il danno da irragionevole durata del processo.....	p. 169
9. Il danno da detenzione disumana.....	p. 173
 <i>Conclusioni</i> .....	 p. 178
 <i>Bibliografia</i> .....	 p. 181
 <i>Riferimenti giurisprudenziali</i> .....	 p. 213

## *Introduzione*

Il presente lavoro muove dalla presa d'atto della diversa funzione che il danno non patrimoniale assolve nell'area del contratto. Com'è noto, la *communis opinio* attribuisce alla responsabilità civile una funzione compensativa-riparatoria, escludendone in radice qualsiasi sfumatura punitiva-deterrente. Da sempre, l'idea dominante, soprattutto in giurisprudenza, è di vedere nella responsabilità civile uno strumento attraverso il quale risarcire solo il pregiudizio patito dal danneggiato e ricostituire lo *status quo ante*; non ammettendo che la stessa possa, al contempo, mirare al raggiungimento di altre finalità.

Tale in sostanza è la visione tradizione, che però non appare in linea con lo "spirito del tempo" e con le esigenze sottostanti ad una razionalità giuridica immanente che come tale richiede attuazione da parte della giurisprudenza.

Per la verità, sembra ormai profilarsi nella giurisprudenza di legittimità un'interpretazione evolutiva del sistema, nel momento in cui essa fa proprie alcune considerazioni che già da anni sono state elaborate all'interno del formante dottrinale. In tale solco, alcuni recenti arresti giurisprudenziali forniscono lo spunto per un'attenta rimediazione sulla funzione da attribuire alla responsabilità civile e al risarcimento del danno nel nostro ordinamento.

A questo argomento di carattere più generale si affianca la questione se il danno punitivo, come tale, sia o meno ammissibile nel nostro ordinamento. In questo senso, viene in rilievo la recentissima ordinanza interlocutoria n. 9978 del 2016 della Prima Sezione della Corte di Cassazione, interessante per la significativa apertura ai danni punitivi. Nello specifico, l'ordinanza di rimessione pare proprio soffermarsi sull'allargamento della funzione del risarcimento del danno, tradizionalmente interpretata come esclusivamente riparatoria-restitutiva, cioè volta ad assicurare la ricostituzione di quella medesima situazione di fatto che sarebbe esistita ove il fatto dannoso non si fosse verificato, ovvero ad eliminare le conseguenze pregiudizievoli del danno. Rispetto a tale impostazione, si nota un cambio di prospettiva, in quanto la stessa Cassazione riconosce che nel nostro ordinamento sono già presenti misure atte ad ottenere l'adempimento di un obbligo mediante la pressione esercitata sulla volontà dell'inadempiente. Si tratta di strumenti di coartazione che paiono avere funzioni diverse da quelle tradizionali proprie del risarcimento del danno. Conseguentemente, occorre verificare se tali previsioni si risolvano in misure a carattere punitivo e, pertanto, se sia condivisibile la tesi secondo cui la funzione riparatoria-compensativa, seppur prevalente nel nostro ordinamento, non sia l'unica attribuibile alla responsabilità civile. Qui, direi proprio, è protagonista senza imbarazzi una politica del diritto di matrice giurisprudenziale; naturalmente, le funzioni eventualmente riconosciute o assegnate alla responsabilità civile devono comunque essere filtrate attraverso le categorie giuridiche esistenti, le quali ben potranno essere soggette ad un rinnovamento in base ad un ripensamento critico o ad una, anche radicale, trasformazione delle funzioni tradizioni.

Deve, sin da ora, precisarsi che l'ingresso ufficiale nel nostro ordinamento del danno punitivo trova ragioni intrinseche al sistema o ai sottosistemi della responsabilità civile, senza che ciò dipenda unicamente dalla politica del diritto della responsabilità civile, cioè dalle condizioni d'uso e dai modi d'impiego dell'illecito civile, che è tutt'altra cosa. In effetti, i danni punitivi, venendo ad incidere sulla commisurazione degli effetti compensativi, punitivi, inibitori, consentono di misurare il tasso di complessità della fattispecie, operando quali veri e propri demarcatori sistemologici. Onde, non può ritenersi che il danno punitivo comporti un arricchimento ingiustificato (come affermato da Cass. n. 1781/2012), muovendosi in un'ottica formalistica peraltro errata, perché anzi rappresenta una reazione espressa dall'ordinamento nei consueti e pressoché insostituibili termini patrimoniali a fronte di comportamenti anti giuridici.

L'ordinamento, che si muove nell'ottica dell'effettività del rimedio (*no remedy, no right; ubi ius, ibi remedium*), agisce offrendo ai consociati quegli strumenti di risposta che, proprio in ragione della loro effettività, siano tali da assicurare una tutela che non necessariamente si esaurisce nel profilo del risarcimento del danno; appunto perché una tutela coincidente con il mero risarcimento del danno esaurisce i suoi compiti nella sola dimensione della fattispecie, ma non in quella dell'effettività del rimedio e degli effetti che da esso discendono o possono discendere in chiave applicativa. In questo senso, si osserva come la questione dei danni punitivi sembra ancora più rilevante nell'area del danno non patrimoniale contrattuale, laddove il *quantum* da liquidarsi certo non può essere letto quale monetizzazione del pregiudizio, aprendosi così i margini per il ricorso ad un rimedio costruito sulla base dell'effettività della tutela. In altri termini, l'inidoneità del danno non patrimoniale ad assoggettarsi a determinazioni oggettive del suo ammontare e, dunque, la non prospettabilità della funzione compensativa del rimedio rispetto a tale tipologia di danno non possono certo essere messe in discussione, poiché l'immaterialità del danno non patrimoniale e la sua conseguente riconducibilità, in linea di principio, a valori economici rilevano tutt'al più sul diverso fronte della scelta politica del diritto di ammetterlo o meno nell'area della responsabilità contrattuale.

Tutto ciò consente, inoltre, di superare il dubbio se al riconoscimento di statuizioni straniere con funzione sanzionatoria possa opporsi un principio di ordine pubblico desumibile da categorie e concetti di diritto interno. In primo luogo, si tratta di distinguere i rimedi in base alla loro operatività, di guisa che non si ascrivano al medesimo ordine di fenomeni presupposti del tutto diversi. In questo quadro, ben si coglie il passaggio che si legge nella parte finale della citata ordinanza: «È il segno della dinamicità o polifunzionalità del sistema della responsabilità civile, nella globalizzazione degli ordinamenti giuridici in senso transnazionale, che invoca l'evoluzione delle regole giuridiche, non la loro frammentazione tra i diversi ordinamenti nazionali».

Come si vedrà, tale evoluzione è testimoniata da numerosi indici normativi che segnalano la già avvenuta introduzione, nel nostro ordinamento, di rimedi con

funzione non risarcitoria, ma sostanzialmente sanzionatoria. Quello che risulterà dall'esame di tutte queste figure è che, quando l'illecito civile incide sui beni della persona, il confine tra compensazione e sanzione sbiadisce, al punto che la determinazione del *quantum* non rispecchia esattamente la lesione patita dal danneggiato. A tal proposito, costituisce un'esigenza razionale iniziare la trattazione della responsabilità civile partendo dal danno, che della stessa responsabilità è indefettibile ed essenziale fondamento, anziché sull'antigiuridicità o sulla colpa, i quali non sono altro che elementi di qualificazione dello stesso danno. D'altronde, il rispetto di questo condizionamento è il frutto di un antico indirizzo di scuola, che non trascura di dare risalto anche agli elementi di qualificazione del danno.

Più in generale, il richiamo normativo al «danno» serve a coprire una complessa fenomenologia. Se esso è riferito all'inadempimento, poi, ben si comprende come esso possa introdurre anche tecniche coattive assunte per soddisfare finalità ed esigenze che non sono spiegabili secondo la peculiarità della finalità risarcitoria nella sua funzione tradizionale, ma sono coordinate dalla coercizione derivata dal mantenimento dell'interesse specifico del creditore verso la prestazione.

L'individuazione del danno risarcibile, naturalmente, investe la natura degli interessi violati. In argomento, è fuor di dubbio che la costruzione del danno alla persona, come pretesa figura autonoma, abbia segnato una tappa importante negli sviluppi della moderna teoria della responsabilità civile. Questa fase, com'è logico, ha suscitato nuovi problemi sistematici, in cui si rispecchiano problemi metodologici ancora irrisolti. In primo luogo, con la valorizzazione del concetto di danno non patrimoniale come categoria funzionalmente autonoma si è spezzata l'unità del concetto di danno come figura rappresentativa di un evento lesivo. In secondo luogo, si è prodotta una fratturazione della figura originaria in figure settorialmente definitive. In tale quadro di complessità, nel quale comportamenti contrattuali possono entrare nella razionalità extracontrattuale, i contatti dannosi sono gli effetti immediati di squilibri che si producono nello svolgimento normale di relazioni oggettive e rappresentano, contemporaneamente, essi stessi le condizioni del formarsi di queste relazioni. In simili contesti, il riferimento al concetto di «persona» funge come argomento per dare una continuità ed una prosecuzione all'insieme delle regole ordinarie che riguardano le norme sui danni (artt. 1223 e 1226 cod. civ.). Dal canto suo, invece, il termine «danno» ha un valore metaforico per riassumere diversi problemi di tutela e collocare l'esigenza rimediabile in ambiti consueti solo per l'uso della terminologia. Prenderà, quindi, il suo significato di quantità di denaro funzionalmente idoneo a neutralizzare, mediante un effetto di sostituzione di valori, ciò che si presenta come evento negativo nella sfera giuridica deprivata. Ma, a ben vedere, nell'ipotesi di danno non patrimoniale, il risarcimento non è in grado di annullare le sofferenze; pertanto, non può parlarsi di funzione soddisfattoria del *rimedio* e neppure compensativa, perché qui il pagamento della somma di denaro ha funzione sanzionatoria, di pena privata.

Emerge, quindi, la necessità, in un primo momento, di individuare un fondamento autonomo alla contrattualità del danno non patrimoniale, che traduca in una costruzione dogmatica coerente l'esigenza di tutelare gli interessi non economici della persona del creditore (o del debitore) dalle ricadute pregiudizievoli dell'attività connessa all'eseguire (o al ricevere) la prestazione.

Il passaggio successivo consisterà, poi, nel rintracciare la funzione più autentica che il danno non patrimoniale contrattuale assolve nell'ambito della responsabilità civile. Così da accertare se quest'ultima, sia pure in un sistema che vede il suo perno nella funzione compensativa, abbia anche altre finalità.

# CAPITOLO PRIMO

## LA NOZIONE DI DANNO: DAI VALORI ECONOMICI AI VALORI DELLA PERSONA

SOMMARIO: 1. Il danno come concetto giuridico. – 2. Il danno non antiggiuridico. – 3. Il danno ingiusto. – 4. Il concetto di danno alla persona e l'entrata nel moderno. – 5. Il danno contrattuale. – 6. La contrattualizzazione del danno non patrimoniale.

### 1. – *Il danno come concetto giuridico*

Il concetto di danno, dal quale occorre muovere al fine di comprendere appieno quello di risarcimento, nel linguaggio corrente, significa *nocimento* o *pregiudizio*, vale a dire annientamento o alterazione di una situazione favorevole<sup>1</sup>.

Com'è intuibile, si tratta di un concetto molto ampio, per il quale nessuna limitazione sussiste riguardo al novero dei nocimenti o pregiudizi cui è applicabile la denominazione «danno». Ma, oltre che un fenomeno dell'ordine fisico, esso può altresì costituire un *fenomeno giuridico*<sup>2</sup> e, da questo punto di vista, entra nel particolare dominio di studio del giurista<sup>3</sup>. In particolare, il danno può essere un *effetto giuridico* sofferto da un soggetto, oppure assurgere a *fatto giuridico* e, pertanto, rappresentare la *causa* dell'effetto giuridico patito.

Qui, si innesta il discorso sulle varie teorie del danno, di volta in volta accreditate in materia di responsabilità contrattuale (e, parallelamente, in materia di responsabilità extracontrattuale) e che rinvengono un comune denominatore, a ben vedere, soltanto nella consapevolezza che il rimedio risarcitorio si configura pur sempre come reazione nei confronti di un accadimento già concluso<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr., in argomento, A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, I e II, Milano, 1979, 7; F. MASTROPAOLO, voce *Danno (risarcimento del danno)*, in *Enc. giur.*, X, Roma, 1988, 7 ss.; Patti, voce *Danno patrimoniale*, in *Dig./civ.*, V, Torino, 1989, 94 ss.; C. SALVI, voce *Risarcimento del danno*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 1084 ss.; ID., *La responsabilità civile*, Milano 2005, 243 ss.; D. MESSINETTI, voce *Danno giuridico*, in *Enc. del Dir.*, I agg., Milano, 1997, 469; A. D'ADDA, *Il risarcimento in forma specifica*, Padova, 2002, 153 ss.; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, 219 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Il sistema italiano in materia di risarcimento del danno contrattuale*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da G. VISINTINI, vol. III, *Il risarcimento del danno contrattuale. La responsabilità per ritardo e per fatto degli ausiliari*, Padova, 2009, 9; M. PACIFICO, *Il danno nelle obbligazioni*, Napoli, 2008, 32 ss.; P. TRIMARCHI, *Il contratto. Inadempimenti e rimedi*, Milano, 2010, 113 ss.; M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, 1 ss.; M. AMBROSOLI, *Inadempimento del contratto e risarcimento del danno*, Milano, 2012, 9 ss.; F.D. BUSNELLI – S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, Torino, 2013, 7 ss.; A. MONTANARI, *Risarcimento per equivalente e in forma specifica*, in M. COSTANZA, *Il danno contrattuale*, Bologna, 2014, 149 ss.

<sup>2</sup> Sul concetto di fenomeno giuridico v. A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, 17.

<sup>3</sup> Sulle origini romanistiche della nozione di danno, fondamentali sono i numerosi studi di G. VALDITARA, *Sulle origini del concetto di damnum*, Torino, 1998, 21 ss.; ID., *Damnum iniuria datum*, Torino, 1996; ID., *Dalla lex Aquilia all'art. 2043 del codice civile*, in *Diritto romano e terzo millennio – Radici e prospettive dell'esperienza giuridica contemporanea*, Napoli, 2002, 173 ss.

<sup>4</sup> Così C. SCOGNAMIGLIO, *Il sistema italiano in materia di risarcimento del danno contrattuale*, cit., 14. L'osservazione di cui sopra è di C. SALVI, *Il danno extracontrattuale – Modelli e funzioni*, Napoli, 1985, 25;



Così, secondo una prima teorizzazione, il danno potrebbe essere descritto nei termini di una modificazione della realtà materiale e quindi come alterazione o soppressione del bene, inteso come realtà fisica (c.d. concezione «reale» del danno)<sup>5</sup>: secondo una nozione, dunque, che non a torto può definirsi materiale o naturalistica del danno<sup>6</sup>, che sembrava ormai superata dall'evoluzione del diritto primato<sup>7</sup>, ma di recente è riemersa, trovando un significativo riscontro nella individuazione del rimedio, quello del risarcimento in forma specifica<sup>8</sup>, che sarebbe, in questo contesto, la reazione caratteristica e di generale applicabilità al prodursi del fatto dannoso.

Potrebbe dubitarsi, al riguardo, se la qualifica di fatto giuridico spetti precipuamente al danno, ovvero al fatto dell'uomo da cui esso origina. Ove si faccia della dannosità un semplice attributo del fatto da cui il danno deriva, allora verrebbe in considerazione, come fatto produttivo di reazione del diritto, il fatto dannoso; per converso, ove si ponga mente al rapporto causale tra il fatto produttivo di danno ed il danno (considerati come entità connesse ma distinte), il fatto produttivo di danno potrebbe considerarsi fatto giuridico in ragione di un rapporto di causalità indiretta, poiché direttamente solo il danno dovrebbe dirsi fatto giuridico (produttivo di reazione giuridica)<sup>9</sup>. Che si propenda per l'una o per l'altra delle qualificazioni suddette, quel che è certo è che il fatto dannoso, con tutti i suoi elementi, rappresenta una fattispecie complessa, in cui la componente principale, determinante per il sorgere dell'effetto giuridico, è proprio il danno.

Su un piano diverso rispetto a quello illustrato sopra, nell'ambito della teoria naturalistica, si colloca la concezione del danno che ravvisa in esso essenzialmente una diminuzione del patrimonio del danneggiato a seguito del fatto lesivo (c.d. teoria della differenza o «*Differenztheorie*»)<sup>10</sup>. Donde, il riconoscimento di una prevalenza,

---

ID., voce *Risarcimento del danno*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1988, 1084-1085; ID., voce *Danno*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, V, Torino, 1989, 63 ss.

<sup>5</sup> Cfr. H.A. FISCHER, *Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Jena, 1903. In argomento v. A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, 225, il quale chiarisce come tale concetto di danno sia scarsamente utilizzabile nella costruzione dell'obbligazione di risarcimento, perché nulla dice circa la concreta incidenza che il danno ha avuto per il patrimonio del danneggiato e, comunque, non tiene conto dei c.d. danni ulteriori («*Folge-schäden*»): ad esempio, non è in grado di giustificare il c.d. lucro cessante.

<sup>6</sup> Cfr. C. SALVI, *Il danno extracontrattuale*, cit., 24; ID., voce *Risarcimento del danno*, cit., 1084 ss., spec. 1092 ss.

<sup>7</sup> La nozione di danno «reale» appare comune al diritto penale, cioè ad un sistema che persegue lo scopo di tutelare in primo luogo beni o interessi giuridicamente protetti. Anche a causa di ciò si sostiene che siffatta nozione non sia utilizzabile per il regime del risarcimento (*das Ersatzrecht*), il cui obiettivo è di *compensare* la perdita patrimoniale subita dal soggetto danneggiato e non anche di reintegrare beni violati.

<sup>8</sup> In argomento v. A. MONTANARI, *Il risarcimento in forma specifica e la rilevanza giuridica dell'attività di compensazione del danno*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 2, 505 ss.; ID., *Risarcimento per equivalente e in forma specifica*, in *Il danno contrattuale*, diretto da M. COSTANZA, Bologna, 2014, 149 ss.; cfr. pure S. MAZZAMUTO, *La responsabilità contrattuale in senso debole*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 121; P.G. MONATERI, *Il risarcimento in forma specifica*, in *Illecito e responsabilità civile*, tomo I, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, 2005, Torino, 2005.

<sup>9</sup> La notazione è di A. DE CUPIS, *Il danno*, I, cit., 9.

<sup>10</sup> Cfr. F. MOMMSEN, *Zur Lehre von dem Interesse*, Braunschweig, 1855, 3 ss., spec. 11, il quale ha esercitato un'influenza di particolare rilievo nella dottrina tedesca ed anche in quella italiana, sebbene con articolazioni e accentuazioni diverse. In particolare, nella nostra dottrina, la *Differenztheorie* è stata oggetto di critiche da parte di SCOGNAMIGLIO, secondo il quale «il danno colpisce innanzitutto beni e interessi specifici e non il patrimonio che si pone come entità astratta» (in tal senso, cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale*, in

tra i rimedi apprestati contro il danno, al risarcimento per equivalente, ritenuto tradizionalmente come la soluzione fatta propria, in materia, dal vigente codice civile<sup>11</sup>. Invero, questa impostazione permette di cogliere il senso dei processi che si attuano attraverso l'utilizzazione della funzione del denaro come mezzo di comunicazione della finalità risarcitoria, onde il concetto di danno si riferisce ad un valore di ricchezza che non è presente all'interno del patrimonio di un soggetto, assunto quale dato oggettivo in una data sequenza temporale<sup>12</sup>. Una simile prospettiva, orientata sull'individuazione di un fenomeno negativo, scaturisce dal raffronto in termini aritmetici tra la rappresentazione degli elementi costitutivi del patrimonio di un soggetto in una data situazione e quella degli stessi elementi considerati in una situazione successiva creatasi a seguito di un evento modificativo. Nasce così il concetto di danno come concetto negativo, come contingenza da eliminare; da qui, l'idea della riparazione del patrimonio come necessità sistematicamente integrata, ossia legata ad un contesto di azioni che servono a trasferire coattivamente da una sfera patrimoniale il valore in termini di ricchezza funzionalmente idoneo a neutralizzare, mediante un effetto di sostituzione di valori, ciò che si presenta come evento negativo nella sfera patrimoniale deprivata<sup>13</sup>.

In estrema sintesi, può dirsi che alla base della *Differenztheorie* vi sia un concetto giuridico di patrimonio (*Vermögen*) che è comprensivo di tutto ciò che appartiene al soggetto in termini di diritti su beni, di utilità, di iniziative che possono portare in qualche modo a risultati economicamente valutabili<sup>14</sup>. Si tratta, dunque, di abbandonare un concetto «naturalistico» di danno, inteso come pregiudizio-alterazione del singolo bene visto nella sua fisica dimensione o struttura, per abbracciare un concetto di danno (*rechnerischer Schaden*), inteso come perdita

---

*Riv. dir. civ.*, 1957, 277 ss.). A tale argomentazione, tuttavia, si è replicato che anche nell'ambito della *Differenztheorie* il danno c.d. concreto o reale colpisce in via immediata beni o interessi del soggetto (cose materiali, salute, morale, ecc.), ma dovendosi poi discutere, data la natura della tecnica risarcitoria, delle conseguenze o propagazioni di natura patrimoniale che quel danno ha provocato, esse non potranno che essere commisurate al complessivo patrimonio del soggetto, inteso come complesso di beni o utilità o potenzialità che cospirano a realizzare una unità strutturale dotata di rilevanza (cfr., sul punto, A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., 226). La teoria differenziale è stata definita da C. SALVI, *Il danno extracontrattuale*, cit., 103 «un passaggio cruciale nell'evoluzione medesima della nozione di danno, da fenomeno naturalistico-materiale calcolabile con l'*aestimatio rei*, a entità giuridico-economica, da misurare secondo il metodo dell'*id quod interest*».

Altra è, invece, la critica di CASTRONOVO, secondo cui la *Differenztheorie* non può rappresentare un criterio di individuazione del danno risarcibile, ma fungere da criterio di delimitazione dell'obbligazione risarcitoria (cfr., sul punto, C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1991, 115).

<sup>11</sup> Sui rapporti tra risarcimento per equivalente ed in forma specifica, v. R. SCOGNAMIGLIO, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, 201 ss., spec. 228 ss.; Salvi, voce *Risarcimento del danno*, cit., 1092 ss.; C. CASTRONOVO, *Il risarcimento del danno in forma specifica come risarcitorio del danno*, in AA.VV., *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S. MAZZAMUTO, Napoli, 1989, 481 ss. Cfr., pure, A. CHIANALE, *Diritto soggettivo e tutela in forma specifica – Indagine in tema di responsabilità extracontrattuale*, Milano, 1993; M.R. MARELLA, *La riparazione del danno in forma specifica*, Padova, 2000; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 797 ss.; si veda pure la chiara ricostruzione di A. MONTANARI, *Risarcimento per equivalente e in forma specifica*, cit., 149 ss.

<sup>12</sup> Così D. MESSINETTI, voce *Danno giuridico*, cit., 469.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> Cfr., sul punto, A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., 220.

patrimonialmente valutabile subita da valori patrimoniali<sup>15</sup>. Questa perdita viene tradizionalmente espressa nei termini della *condizione differenziale* in cui si trova il complessivo patrimonio del soggetto, prima e dopo che il fatto dannoso si è verificato.

Devesi sottolineare che la teoria in esame, tuttora prevalente in Germania<sup>16</sup>, prende lo spunto dalla stessa formulazione del par. 249 del BGB ove si fa riferimento alla ricostituzione (*der Zustand herzustellen*) della situazione o dello stato in cui si sarebbe trovato il danneggiato se l'accadimento dannoso non si fosse verificato. A ciò va aggiunto che nella comparazione tra le due situazioni patrimoniali («*Differenzhypothese*»), prima e dopo il compimento del fatto illecito, questa teoria tiene conto non solo del bene o dell'interesse leso dal fatto dannoso, ma della complessiva situazione patrimoniale del danneggiato. Il danno, si osserva, è sempre relativo all'intero patrimonio, è cioè un *Gesamtvermögens-schaden*<sup>17</sup>.

Una tale tecnica di valutazione del danno consente, più di ogni altra, di tener conto di tutte le conseguenze ulteriori negative (*Vermögensfolgeschäden*) o propagazioni dannose, anche indirette, che un determinato comportamento ha provocato e che non si limitano al pregiudizio fisico-naturalistico subito dal bene o dall'interesse su cui ha inciso *materialmente* l'atto dannoso. Esemplari, sotto questo profilo, possono considerarsi i danni che vanno sotto il nome di «lucro cessante»: un acquisto mancato, spese ulteriori per diminuire le conseguenze dell'illecito, assunzione di un obbligo<sup>18</sup>.

Per converso, se una critica è da muovere alla *Differenztheorie*, essa non potrà che ricadere sulla nozione squisitamente *patrimonialistica* del danno, la quale, a rigore, comporta un restringimento sensibile dell'area dei danni risarcibili, e cioè alle sole conseguenze che comportamenti o fatti dannosi hanno in ordine al patrimonio o meglio alla sfera patrimoniale del soggetto. Sicché, dovrebbero rimanere fuori i danni arrecati a beni o valori non patrimoniali del soggetto (come, ad esempio, i danni alla salute, i danni morali e via dicendo). Tutt'al più, nell'ambito di una teoria patrimonialistica del danno i c.d. danni alla persona potranno trovare riconoscimento ma alla sola condizione che essi, a loro volta, abbiano avuto conseguenze o propagazioni in ordine agli interessi patrimoniali della persona. Com'è stato riconosciuto, d'altronde, «un danno patrimoniale può avere per presupposto non necessariamente la violazione di un bene patrimoniale ma anche può derivare, sia pure come danno mediato, dalla violazione di un bene ideale, nella misura in cui esistono conseguenze svantaggiose anche per il patrimonio del danneggiato»<sup>19</sup>. Il concetto cui si ricorre è quello di «danno patrimoniale indiretto»: concetto non del tutto appropriato tuttavia ove ci si muova nell'ottica della teoria patrimonialistica del

---

<sup>15</sup> *Ibidem*, 221.

<sup>16</sup> V., in proposito, H. LANGE, *Schadensersatz*, Tübingen, 1979, 18 ss.

<sup>17</sup> Così H. LANGE, *Schadensersatz*, cit., 32.

<sup>18</sup> Per un modello articolato e differenziato di valutazione del danno v. P. SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, Tübingen, 1992, 83.

<sup>19</sup> K. LARENZ, *Schuldrecht*, I, 444.

danno, in base alla quale tutte le conseguenze svantaggiose avvertibili in ordine al patrimonio del soggetto, purché legate da un nesso di causalità con gli atti o fatti imputabili, sono da ritenere danno diretto ed immediato, perché non mediato dal c.d. danno naturalistico<sup>20</sup>.

Ciò posto, è da osservare come sia la teoria del c.d. danno «naturalistico» o «reale» sia la c.d. teoria della «differenza» non sono in grado di dare conto dell'intera complessità di cui è ricco il regime del risarcimento, che ha valenze molteplici, non sempre riconducibili ad un comune denominatore<sup>21</sup>. Basti pensare che mentre secondo i fautori della teoria differenziale la funzione riparatoria del risarcimento del danno risulta pienamente soddisfatta qualora sia in grado di attribuire al danneggiato l'equivalente pecuniario del pregiudizio subito, secondo i sostenitori della concezione reale lo è, invece, nel caso in cui miri alla ricostituzione c.d. in natura della situazione materiale antecedente al danno<sup>22</sup>. V'è poi da considerare che il concetto di danno *reale* o *materiale* non esprime la corretta incidenza che quest'ultimo ha avuto sul patrimonio del danneggiato, senza tenere conto dei danni ulteriori (*Folge-schäden*); per contro, la teoria della differenza non è in grado di ricomprendere i danni patrimonialmente non valutabili, come i danni arrecati alla singola cosa ma privi di incidenza sulla complessiva condizione patrimoniale del danneggiato, i quali saranno irrisarcibili.

In questo ordine di idee, il culmine della parabola evolutiva della riflessione sul danno sembra essere attinto allorché, con una più rigorosa percezione della necessità di pervenire ad una nozione, la quale sia in grado di dare conto della specifica rilevanza normativa del danno, si osserva che danno è l'accadimento in contrasto con le regole del diritto e, quindi, la lesione dell'interesse protetto. Più nel dettaglio, è in base alla concreta disciplina del risarcimento (nei suoi vari atteggiarsi) che può desumersi un concetto di danno giuridicamente rilevante (c.d. teoria del «danno normativo»), nel senso di un danno per la cui rilevanza non è decisivo il criterio naturalistico (danno c.d. naturale), ma principalmente criteri e valutazioni di ordine giuridico, funzionali al regime risarcitorio che l'ordinamento presuppone (*id est* lo scopo della norma violata)<sup>23</sup>. Sotto questo profilo, v'è da considerare, allora, la

---

<sup>20</sup> La notazione è di A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., 227.

<sup>21</sup> Cfr. A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., 221.

<sup>22</sup> L'idea di matrice romanistica della *condemnatio pecuniaria* è stata accolta dal *code civil* francese e dal codice civile italiano del 1865, sotto la vigenza dei quali era discussa, infatti, la configurabilità del risarcimento in forma specifica accanto al risarcimento per equivalente. Viceversa, il BGB ha prediletto la concezione reale di danno assegnando preferenza alla ricostituzione in natura del diritto leso. Al riguardo, v. G. CECCHERINI, *Risarcimento del danno e riparazione in forma specifica*, Milano, 1989, 1 ss.

<sup>23</sup> Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Il sistema italiano in materia di risarcimento del danno contrattuale*, cit., 15. La prima formulazione della teoria «normativa» viene di solito ravvisata nel contributo, nella dottrina tedesca, di R. NEUNER, *Interesse und Vermögensschaden*, in *Arch. civ. pur.*, 1931 (133), 277 ss., il quale sottopone ad una critica penetrante la *Differenztheorie*, osservando, in particolare, che essa risulta inidonea a fornire un inquadramento adeguato di una serie di fattispecie, in cui – pur non essendo ravvisabile un danno, inteso nel senso di differenza tra lo stato dei patrimoni – si ammette correntemente l'ammissibilità di una pretesa risarcitoria (spec. 281 ss.). Sulla scia di questa prospettazione è stata poi sviluppata, nell'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale tedesca, la nozione di *normativer Schaden* (sulla quale si veda il contributo di D. MEDICUS, *Normativer Schaden*, in *juristische Schulung*, 1979, 233 ss.), alla cui stregua si è tentato di risolvere ipotesi in cui

funzione che l'obbligazione di risarcimento intende perseguire, la quale può essere di garantire al danneggiato l'esatta compensazione, in termini pecuniari, del danno, ovvero quella, ben diversa, di offrire al danneggiato una soddisfazione (sia pure in termini pecuniari) di carattere morale del proprio interesse offeso e, persino, di *sanzionare* il comportamento del soggetto responsabile. È questa, senza dubbio, la funzione che la responsabilità civile assolve con riguardo al danno non patrimoniale, il quale comporta per definizione una lesione di un interesse che ha carattere affettivo o di altro genere. Trattasi, comunque, di un danno di carattere *oggettivo* che la persona subisce in quel complesso di valori, attributi e potenzialità di cui la stessa è espressione.

Occorre tenere conto, peraltro, che l'ordinamento reagisce non a *qualsiasi* danno, ma soltanto al *danno in senso giuridico*, distinto dal danno come semplice fenomeno dell'ordine fisico. In altri termini, il diritto sceglie i fatti che intende investire della propria qualificazione, e la scelta cade anzitutto sul danno prodotto da un atto umano antigiuridico. Del resto, il complesso di norme, di cui consta il diritto oggettivo, è rivolto ad attuare un coordinamento intersubiettivo di interessi, attraverso la soluzione dei contrasti che possono formarsi tra essi.

Benvero, l'antigiuridicità non è altro che l'espressione della prevalenza accordata dal diritto ad un interesse opposto, per lo più sulla base di un apprezzamento dominante nella coscienza sociale<sup>24</sup>. Da questo deriva che l'attributo della giuridicità o dell'antigiuridicità dipende dalla conformità o meno dell'atto al diritto. In altri termini, poiché l'atto è antigiuridico, la nota di antigiuridicità si estende al danno che da esso è prodotto.

Va precisato, inoltre, che il danno di cui si discorre, necessariamente prodotto dall'atto antigiuridico (illecito), è quello che colpisce l'interesse considerato nella sua vera essenza di utilità possibile e giuridicamente garantita, e non in relazione all'attuazione, di fatto, di una od altra sua manifestazione. In sintesi, può ritenersi che il danno (*damnum*) consista nel togliere (*demere*) una utilità; il danno giuridico, in particolare, consiste nel togliere un'utilità protetta dal diritto, ma una volta accertata la protezione conferita all'oggetto del danno, non possono introdursi ulteriori limitazioni. Sicché, qualsiasi lesione dell'interesse, cioè dell'utilità possibile e giuridicamente garantita ad un soggetto, è un danno giuridico, produttivo di responsabilità a favore dello stesso soggetto. Di conseguenza, non solo l'eliminazione o sottrazione del bene, ma anche la semplice compromissione o restrizione, maggiore o minore che sia, del suo godimento, o della sicurezza di questo, qualsiasi pregiudizio o sacrificio dell'interesse protetto, è pur sempre un

---

il saldo patrimoniale del soggetto che subisce il pregiudizio (calcolato prima e dopo il verificarsi dell'evento lesivo, secondo quanto suggerito dalla *Differenztheorie*) non evidenzia una differenza di segno negativo. Presso di noi, la concezione in parola è stata oggetto di una notevole elaborazione sistematica da parte di F. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, 1926, 14, 17.

<sup>24</sup> La definizione è di A. DE CUPIS, *Il danno*, I, cit., 11.

danno produttivo di responsabilità<sup>25</sup>. Così, la violazione, ad esempio, della servitù di non sopraelevare è per se stessa dannosa, immediatamente ledendo l'interesse del proprietario del fondo dominante, cioè la possibile utilità di questo per il suo proprietario, senza che possa in contrario sostenersi che il danno si produrrà solo eventualmente, se e quando il proprietario vorrà, di fatto, attuare il godimento del paesaggio, garantito dalla servitù, o disporre giuridicamente del fondo<sup>26</sup>.

Il discorso sull'antigiuridicità di fatti o di atti umani solleva, poi, la questione dell'indifferenza del diritto davanti a determinati accadimenti. Il problema è stato affrontato in dottrina, con conclusione favorevole ad una prudente e ristretta determinazione di atti umani giuridicamente indifferenti<sup>27</sup>. L'antigiuridicità, peraltro, può significare anche contrarietà al diritto soggettivo, nell'ipotesi in cui vi sia una relazione di contrarietà con una normativa tutelante un interesse nella forma del diritto soggettivo. Con riguardo alla tutela, è stato rilevato che al legislatore si impone il problema se lasciare al giudizio pratico individuale i modi e l'iniziativa dell'attuazione di detta tutela, oppure divergere da questo criterio<sup>28</sup>.

Deve ora aggiungersi una breve precisazione intorno alla sfera di applicazione della distinzione tra lecito e illecito, giuridico e antigiuridico. Al riguardo, va avvertito che le categorie del lecito e dell'illecito non esauriscono il novero dei fatti giuridicamente rilevanti: basti pensare, ad esempio, all'avulsione o all'alluvione, per rendersi conto di come determinati fatti non imputabili all'uomo possano avere rilevanza giuridica e, dunque, rientrare nell'ambito del «giuridico». Tuttavia, su di essi non si esprime un giudizio di liceità, giacché il diritto, in quanto norma imperativa di condotta, non può rivolgersi che agli esseri umani, discriminando le loro azioni in lecite ed illecite<sup>29</sup>. Sembra più giusto, comunque, ritenere coincidenti l'antigiuridicità<sup>30</sup> e l'illiceità delle condotte umane, poiché esprimono entrambe una

---

<sup>25</sup> Secondo ANTOLISEI, invece, occorrerebbe distinguere tra la lesione dell'interesse, insita nell'atto antigiuridico, ed il pregiudizio costituito dalle eventuali conseguenze nocive (pregiudizio nel quale soltanto si sostiene esaurirsi il danno. Cfr., in proposito, F. ANTOLISEI, *L'offesa e il danno nel reato*, Bergamo, 1930, 48 ss. *Contra*, A. DE CUPIS, *Il danno*, I, cit., 24, nt. 42.

<sup>26</sup> Testualmente, A. DE CUPIS, *Il danno*, I, cit., 19.

<sup>27</sup> Cfr. A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, I, Milano, 1959, 191-195. Al contrario, si è affermato che l'etica, con il suo carattere integrale o totalitario, instauri il proprio regno su tutte le azioni umane, atteso che l'esigenza di una valutazione etica, così nella forma morale come in quella giuridica, non possa non farsi costantemente sentire. Al riguardo v. G. DEL VECCHIO, *Diritto ed economia*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1935, 18 ss. Dello stesso autore meritano di essere segnalati i suoi contributi sulla metafisica del sentimento umano per il diritto in: G. DEL VECCHIO, *Il sentimento giuridico*, Torino, 1908; ID., *Sui principi generali del diritto*, in *Arch. giust.*, I, 1921; ID., *Essenza del diritto naturale*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1-2, 1952; ID., *La giustizia*, Roma, 1959; ID., *Lezioni di Filosofia del diritto*, Milano, 1963, ID., *Il concetto della natura e il principio del diritto*, Torino, 1908, poi Bologna, 1922; ID., *L'«homo juridicus» e l'insufficienza del diritto come regola della vita*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 2, 1936; ID., *Verità e inganno nella morale e nel diritto*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1, 1947; ID., *I presupposti filosofici della nozione di diritto*, Bologna, 1905.

<sup>28</sup> Cfr. G. GORLA, *L'interpretazione del diritto*, Milano, 1941, 87.

<sup>29</sup> In tal senso, v. R. SCOGNAMIGLIO, *Illecito (diritto vigente)*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, 1962, 10; L. DEVOTO, *La concezione analitica dell'illecito*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 503-504.

<sup>30</sup> Cfr., in tema, B. PETROCELLI, *L'antigiuridicità*, Padova, 1955, 35 ss.

valutazione negativa degli atti umani corrispondenti ad interessi sacrificati dall'ordinamento rispetto ad altri prevalenti<sup>31</sup>.

Ovviamente, l'atto antiggiuridico è, in quanto tale, dannoso: e ciò in quanto il comportamento contrario è produttivo dell'effetto (danno), che l'imposizione fatta dalla norma voleva evitare<sup>32</sup>. Così, la mancata consegna della cosa dovuta lede automaticamente l'interesse del creditore, a prescindere dal momento in cui questo avrebbe, di fatto, utilizzato la cosa in una od altra maniera: ciò che rileva è l'interesse, giuridicamente tutelato, alla consegna della cosa, corrispondente alla complessiva possibilità di utilizzazione della cosa stessa da parte del creditore<sup>33</sup>. E tale interesse è già leso coll'inadempimento, per necessaria conseguenza di questo<sup>34</sup>. Per quanto riguarda, in particolare, la violazione del diritto della personalità, va rilevato che esso comporta la lesione dell'interesse personale – danno non patrimoniale – ed eventualmente anche la lesione del collegato interesse patrimoniale – danno patrimoniale indiretto. Questa eventualità accede alla produzione del danno non patrimoniale, che sempre si verifica quando è violato il diritto della personalità<sup>35</sup>.

Può anche darsi che l'atto illecito (antigiuridico) produca, anziché un danno, un semplice *pericolo di danno*<sup>36</sup>. Ma, a ben vedere, anche il pericolo di danno incide negativamente sul valore del bene sul quale incombe, menomando tale valore; sicché, è da ritenere che colpisca parimenti l'interesse del soggetto cui il bene spetta. Per contro, nell'ipotesi in cui il pericolo non concerna un interesse individuato, esso non costituisce una lesione a carico di alcuno, non essendo individuato il soggetto passivo.

I rilievi appena svolti vanno tenuti presenti, onde delimitare, ai fini della responsabilità, l'oggetto del danno. Com'è emerso, infatti, il concetto giuridico di danno si riferisce ad un valore assunto quale dato oggettivo all'interno della sfera giuridica di un soggetto. Questo valore, che ricade su un bene, subisce in una data sequenza temporale un evento negativo, che determina una lesione dell'interesse che il soggetto prova verso quel bene<sup>37</sup>. In sostanza, qualsiasi lesione dell'interesse, cioè dell'utilità possibile e giuridicamente garantita ad un soggetto, è un danno giuridico, produttivo di responsabilità a favore del soggetto, senza che possano introdursi limitazioni corrispondenti alla natura o all'entità dell'arretrato pregiudizio (lesione).

---

<sup>31</sup> Cfr., in senso analogo al testo, A. DE CUPIS, *Il danno*, I, cit., 15, nt. 23; in senso contrario, P. TRIMARCHI, *Illecito (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XX, 1970, 90.

<sup>32</sup> Cfr. F. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, 1926, 18 ss.

<sup>33</sup> Cfr. A. DE CUPIS, *Il danno*, I, cit., 19.

<sup>34</sup> In senso contrario, v. L. CORSARO, *L'imputazione del fatto illecito*, Milano, 1969, 60-61, spec. nt. 38.

<sup>35</sup> A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, I, cit., 50.

<sup>36</sup> Cfr. E. BONASI BENUCCI, *Atto illecito e concorrenza sleale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1957, 569 ss., il quale è proclive a ravvisare una lesione di un interesse nel pericolo di danno (*op. cit.*, 571). Similmente v. F. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, cit., 23 ss., che ammette che il pericolo di danno sia una specie di danno risarcibile.

<sup>37</sup> In tal senso v. F. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, 1926, 12. Un'altra dottrina afferma che deve intendersi come danno non l'alterazione o il pregiudizio di un interesse, ma l'evento che colpisce un bene, inteso come «fenomeno che risulta idoneo a soddisfare un bisogno socialmente rilevante, e che si presta a costituire l'oggetto tipico di disciplina e tutela del diritto»: cfr. R. SCOGNAMIGLIO, voce *Risarcimento del danno*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XVI, Torino, 1969, 475.

Di conseguenza, non solo l'eliminazione o sottrazione del bene, ma anche la semplice compromissione o restrizione, maggiore o minore che sia, del suo godimento, o sicurezza di questo, qualsiasi sacrificio, vale a dire, dell'interesse protetto, è pur sempre un danno produttivo di responsabilità<sup>38</sup>.

La puntuale ricostruzione delle diverse articolazioni delle varie concezioni proposte in materia di danno potrebbe continuare a lungo, senza tuttavia mettere capo a risultati davvero definitivi o essenziali nel quadro della presente ricerca. Quello che occorre evidenziare invece, in questa fase del discorso, è che una innovazione radicale nella prospettazione teorica del danno si realizza – all'interno della nostra civilistica e sia pure con specifico riferimento al tema della responsabilità aquiliana – nel momento in cui una critica serrata viene mossa nei confronti delle concezioni rigorosamente patrimonialistiche – riassuntivamente descritte come teorie della differenza – che pure avevano segnato una fase importante nella vicenda evolutiva della controversa materia<sup>39</sup>.

Si osserva così che mentre il danno colpisce i beni e le qualità personali di un soggetto<sup>40</sup>, la rilevanza del patrimonio emerge semmai nella fase ulteriore ed eventuale della liquidazione in denaro del danno risarcibile, che non può però essere utilizzata, a meno di non volere incorrere nel grave errore metodologico di ricostruire un fatto alla luce delle sue conseguenze<sup>41</sup>. Sotto questo profilo, ben si coglie come – alla luce dell'influsso che l'esigenza di tutela della persona ha esercitato sulle recenti ricostruzioni del danno<sup>42</sup> – il profilo delle teorie della differenza che maggiormente sembra offrire il fianco alla critica sia quello relativo alla loro inidoneità a rendere ragione del fatto che il danno possa colpire anche i valori della persona<sup>43</sup>.

La nozione di danno, che si delinea, è quella, ampia e comprensiva, di qualsiasi forma di abolizione o alterazione di un bene o valore, apprezzabile alla stregua delle valutazioni della comune coscienza; con la conseguenza che il danno, suscettibile di assumere rilevanza giuridica, verrebbe ad identificarsi secondo il connotato della materialità, idoneo a caratterizzare la descritta soppressione di un bene o vantaggio della realtà sociale, piuttosto che in base all'altro della patrimonialità<sup>44</sup>.

Si tratta di una nozione di danno che, seppure elaborata all'interno di una riflessione sulla responsabilità aquiliana, presenta evidenti profili di interesse anche

---

<sup>38</sup> Così A. DE CUPIS, *Il danno*, I, cit., 23-24.

<sup>39</sup> In argomento, cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Appunti sulla nozione di danno*, in *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, Padova, 1969, 7-8.

<sup>40</sup> Si coglie, in questo senso, la rivalutazione del profilo del danno in concreto, rispetto alla valutazione puramente contabile e per così dire astratta delle conseguenze dannose che riverberano sul patrimonio del danneggiato, su cui aveva già richiamato l'attenzione una parte della dottrina tedesca: R. NEUNER, *Interesse und Vermögensschaden*, cit., 278.

<sup>41</sup> Così R. SCOGNAMIGLIO, *Appunti sulla nozione di danno*, cit., 9. Cfr., pure, C. SALVI, *Responsabilità extracontrattuale (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1204.

<sup>42</sup> In tema v. AA.VV., *Il danno non patrimoniale dopo le decisioni delle Sezioni Unite*, a cura di BONA – PONZANELLI, Milano, 2009.

<sup>43</sup> Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Il sistema italiano in materia di risarcimento del danno contrattuale*, cit., 18. Si vedano, sul punto, le argomentazioni di R. SCOGNAMIGLIO in *Il danno morale*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, spec. 281 ss.; Id., *Appunti sulla nozione di danno*, cit., 16.

<sup>44</sup> Per tale conclusione v. R. SCOGNAMIGLIO, *Appunti sulla nozione di danno*, cit., 15.



per un discorso condotto sul danno contrattuale. A questo proposito, valga sin da ora considerare l'interesse assunto, assai di recente, dal tema del danno non patrimoniale contrattuale, sfociato nell'affermazione di risarcibilità del medesimo, laddove venga in considerazione un'ipotesi di lesione di diritti inviolabili della persona, garantiti dall'ordinamento giuridico<sup>45</sup>. Codesto danno non si identifica con le conseguenze di ordine patrimoniale che la lesione determina, ma è un danno valutabile di per sé in quanto arrecato al valore della persona, unitariamente apprezzata nelle sue potenzialità psico-fisiche<sup>46</sup>.

Invero, la nozione di danno, che si propone, in termini di pregiudizio di un valore socialmente apprezzabile pare idonea a ricomprendere le ipotesi in cui risulti in vario modo turbato od alterato un bene giuridico o un'attività giuridica; ciò vale, beninteso, anche quando un ente pubblico con un suo atto illegittimo pregiudichi altresì l'interesse del privato<sup>47</sup>.

Volendo a questo punto trarre delle prime conclusioni, può dirsi che il danno giuridico non si identifica con il danno «naturalisticamente» concepito, né, all'opposto, con la mera differenza in negativo che presenta la condizione patrimoniale del soggetto dopo il fatto illecito («*Differenztheorie*»); bensì con il pregiudizio di un valore giuridicamente protetto, il quale può essere percepito «a prescindere dall'azione, ed essere valutato come certo o probabile anche se non ancora avvenuto»<sup>48</sup>. In questo senso, il danno inteso come lesione di un valore consente, altresì, l'individuazione dei diversi aspetti del pregiudizio che valgono a qualificare come attuali delle situazioni dannose che, a tutta prima, possono apparire di mero pericolo: ad esempio, l'illecito di concorrenza sleale in cui il pericolo attuale genera una diminuzione effettiva del valore di scambio dell'impresa minacciata<sup>49</sup>. Peraltro, questa lettura permette di pervenire ad una nozione, la più larga, di danno «risarcibile», tale da comprendere, accanto al danno arrecato a valori patrimoniali, quello arrecato alla persona e agli aspetti molteplici (anche non patrimoniali) di cui essa è espressione (danno alla persona). Le concezioni sul danno «risarcibile» non possono, infatti, non risentire dell'evoluzione che hanno subito e subiscono le stesse vedute sociali sui valori e gli interessi da tutelare, proprio sul terreno della responsabilità civile. Irrigidire la nozione del danno risarcibile in senso meramente

---

<sup>45</sup> Cfr., sul danno non patrimoniale contrattuale, C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Il contratto e le tutele*, Torino 2002, 467 ss.; F. TESCIONE, *Il danno non patrimoniale da contratto*, Napoli, 2008; V. TOMARCHIO, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Napoli, 2009. In argomento v., pure, i contributi di M. PARADISO, *Il danno alla persona*, Milano, 1982, *passim* e di G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983.

<sup>46</sup> Cfr. A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., 222-223.

<sup>47</sup> Sul punto, v. R. SCOGNAMIGLIO, *Appunti sulla nozione di danno*, cit., 16-17 e per un approfondimento più ampio ID., *In tema di risarcibilità di danni derivanti da lesioni di interessi legittimi da parte della P.A.*, in AA.VV., *Ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione degli interessi legittimi*, Milano, 1975, 311 ss.

<sup>48</sup> Cfr. M. LIBERTINI, *Le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contr. e impr.*, 1987, 111, cui aderisce G. CECCHERINI, *Risarcimento in forma specifica e diritti della persona: una nuova forma di tutela?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1993, 92 ss.

<sup>49</sup> Cfr. M. LIBERTINI, *La tutela civile inibitoria*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, I, Napoli, 1989, 339.

materiale e/o patrimonialistico significherebbe, quindi, non tenere conto di tale *trend* evolutivo<sup>50</sup>.

## 2. – Il danno non antiggiuridico

Si è visto nel precedente paragrafo come l'individuazione del concetto di danno attraverso il riferimento all'interesse (o al valore) leso serva alla dottrina come base della nozione di danno giuridico o «normativo»<sup>51</sup>, secondo la quale è danno solo il «danno normativamente rilevante». Tuttavia, non bisogna credere che questo si esaurisca in quello, dacché un attento esame della legge rivela che anche il danno non antiggiuridico può avere, sia pure eccezionalmente, rilevanza giuridica.

Vari esempi possono essere citati. L'art. 924 cod. civ. stabilisce che: «il proprietario di sciami di api *ha diritto* d'inseguirli sul fondo altrui, ma *deve indennità* per il danno cagionato al fondo»; l'art. 925 cod. civ. seguita: «gli animali mansuefatti *possono essere inseguiti* dal proprietario sul fondo altrui, salvo il diritto del proprietario del fondo a *indennità* per il danno». Come si osserva, giuridicamente prevalente è l'interesse del proprietario degli animali al quale la legge attribuisce il *diritto* di inseguirli sul fondo altrui; nondimeno, l'ordinamento giuridico, per superiori fini di equità da esso valutati, ritiene che un compenso sia dovuto al proprietario del fondo, per avere subito un danno «legittimo», *quod iure fit*.

In tali casi, non sembra potersi negare che ci si trovi in presenza di un danno in senso giuridico. Quando un interesse viene colpito, infatti, si verifica un pregiudizio, un danno; e se questo danno, provenendo da causa estranea al soggetto che lo subisce, è produttivo di reazione giuridica a favore di quest'ultimo, esso è sempre un danno giuridico, indipendentemente dalla sua antiggiuridicità<sup>52</sup>. Quel che bisogna precisare, però, è che non tutte le modificazioni peggiorative di una realtà fenomenica trovano un rimedio nell'ordinamento. È la legge, infatti, che seleziona

---

<sup>50</sup> Cfr., in tal senso, A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., 224.

<sup>51</sup> Cfr. D. MESSINETTI, voce *Danno giuridico*, cit., 482.

<sup>52</sup> Cfr. A. DE CUPIS, *Il danno*, I, cit., 26. In tema, v. anche R. MERKEL, *Die Kollision rechtmässiger Interessen und die Schadenseratzpflicht bei rechtmässigen Handlungen*, Strassburg, 1895; H. TITZE, *Die Notstandsrechte*, Leipzig, 1897, 7-8; Tuhr, *Der allg. Teil*, vol. II, parte 2<sup>a</sup>, 456, 473, 564; K. LARENZ, *Vertrag u. Unrecht*, II, Hamburg, 1937, 61-62; G. PALADINI, *Fattori della responsabilità civile e penale*, Milano, 1917, 98; F. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, cit., 49; F. INVREA, *I rimedi contro il torto*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, I, 647; G. BRUNETTI, *Il delitto civile*, Firenze, 1906, 11 ss.; G. SCADUTO – D. RUBINO, *Illecito (Atto)*, in *Nuovo dig. it.*, 1938, VI, 705; D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, 205, secondo cui: «l'irrigidimento nell'argomentare che, là dove è ammesso un risarcimento, ivi debbano necessariamente preesistere un obbligo ed un diritto subiettivo (o un interesse legittimo), significherebbe avvolgersi in una petizione di principio, ed escludere *a priori*, per falsi preconcetti, la categoria dell'atto lecito dannoso, che invece è rigorosamente indotta dai dati di diritto positivo, di fronte all'impossibilità di rinvenire, in taluni casi, un obbligo preesistente al risarcimento e violato col contegno dannoso»; W. CESARINI SFORZA, *Risarcimento e sanzione*, in *Scritti giuridici in onore di S. Romano*, vol. I, 1940, 149; A. REGINA, *La norma penale e la tutela degli interessi privati*, parte I, Bari, 1942, 69; G. MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli, 1955, 111 ss., 275 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Illecito (diritto vigente)*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, 1962, 172; V. CARBONE, *Il fatto dannoso nella responsabilità civile*, Napoli, 1969, 170 ss., con amplissimi riferimenti di dottrina sul rapporto tra illecito e danno; O. CONDORELLI, *La responsabilità senza colpa*, in *Scritti sul diritto e sullo Stato*, Milano, 1970, 51 ss.

tra le conseguenze pregiudizievoli quelle meritevoli di essere risarcite o in qualche misura ristorate.

Possono menzionarsi, al riguardo, gli artt. 843, 2° comma (indennità per l'accesso coattivo, compiuto per costruire o riparare un muro o altra opera) e 1053 cod. civ. (indennità per il passaggio coattivo a favore del fondo che non ha uscita sulla via pubblica, oppure inadatta o insufficiente)<sup>53</sup>.

Un ulteriore esempio si rinviene nell'art. 1328, 1° comma, cod. civ. riguardante la revoca della proposta del contratto: «La proposta *può* essere revocata finché il contratto non sia concluso. Tuttavia, se l'accettante ne ha intrapreso in buona fede l'esecuzione prima di avere notizia della revoca, il proponente è *tenuto a indennizzarlo* delle spese e delle perdite subite per l'iniziata esecuzione del contratto». Si tratta di un vero e proprio *ius poenitendi*, riconosciuto al proponente e risalente alla tradizione romanistica, che prevede una misura atta a *compensare* il destinatario della proposta, anche al fine di rendere cauti nell'esercizio di un potere che rischierebbe di essere pregiudizievole alla sicurezza dei traffici<sup>54</sup>.

Deve ricordarsi anche l'art. 2045 cod. civ.: «Quando chi ha compiuto il fatto dannoso vi è stato costretto dalla *necessità* di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, e il pericolo non è stato da lui volontariamente causato né era altrimenti evitabile, al danneggiato è dovuta un'*indennità* la cui misura è rimessa all'*equo apprezzamento* del giudice»<sup>55</sup>. Malgrado la sua non antiggiuridicità, il danno di cui trattasi produce ugualmente una reazione giuridica a favore del danneggiato, la quale si caratterizza per l'attribuzione al giudice di uno speciale potere di equo apprezzamento<sup>56</sup>.

Merita un particolare cenno, inoltre, l'art. 2047, 2° comma, cod. civ. che disciplina il danno cagionato da persona incapace di intendere e di volere: «Nel caso in cui il danneggiato non abbia potuto ottenere il risarcimento da chi è tenuto alla sorveglianza, il giudice, in considerazione delle condizioni economiche delle parti, può condannare l'autore del danno a un'*equa indennità*». In proposito, è appena il caso di precisare che l'impero della legge dispiega i propri comandi anche nei confronti degli incapaci, per i quali non può negarsi che siano destinatari di norme giuridiche.

Altra ipotesi di danno non antiggiuridico, produttivo di un obbligo di indennizzo a carico di chi l'ha cagionato, si verifica quando l'autore di un'opera dell'ingegno la ritira, per gravi ragioni morali, dal commercio, impedendo così che altri possano sfruttarla per propri fini (arg. *ex art.* 142 della legge 22 aprile 1941, n. 633, sulla protezione del diritto d'autore; art. 2582 cod. civ.). Nel caso di specie, l'autore dell'opera ritirata arreca *iure* un danno a coloro che sono interessati alla riproduzione, alla diffusione, alla rappresentazione della medesima, avendo

---

<sup>53</sup> Analogamente per le altre servitù coattive (arg. *ex artt.* 1032, 1038-1039, 1047, 1049, 2° e 3° comma).

<sup>54</sup> Cfr. A. DE CUPIS, *Contributi alla teoria del risarcimento del danno*, Milano, 1939, 35.

<sup>55</sup> In argomento, v. G. TEDESCHI, *Legittima difesa, stato di necessità e compensazione delle colpe*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, I, 741 ss.

<sup>56</sup> Cfr. A. DE CUPIS, *Il danno*, I, cit., 30.

acquistato i corrispondenti diritti<sup>57</sup>. Ma a compensare il sacrificio di costoro è previsto, a carico dello stesso autore, un obbligo di indennizzo<sup>58</sup>. Ne deriva che anche quando è sacrificato dall'ordinamento un interesse normalmente protetto, il rimedio dell'indennità vale a compensare il soggetto dell'interesse sacrificato ad opera dello stesso autore del danno; cosicché, in qualche modo, la situazione compromessa è riequilibrata. Nei casi passati in rassegna, dunque, il rimedio dell'indennità ha una funzione compensativa dell'interesse sacrificato.

Similmente, potrebbe rientrare tra i casi in cui l'indennizzo ha la funzione dianzi delineata la fattispecie di cui all'art. 2041 cod. civ., a tenore del quale: «Chi, senza giusta causa, si è arricchito a danno di un'altra persona è tenuto, nei limiti dell'arricchimento, ad indennizzare quest'ultima della correlativa diminuzione patrimoniale»<sup>59</sup>. Al principio generale anzidetto, il legislatore ha aggiunto, poi, due ulteriori dettami, che concludono la disciplina dell'istituto, relativi all'arricchimento che abbia per oggetto una cosa determinata e alla sussidiarietà dell'azione: «Qualora l'arricchimento abbia per oggetto una cosa determinata, colui che l'ha ricevuta è tenuto a restituirla in natura, se sussiste al tempo della domanda», fermo l'indennizzo per l'eventuale ulteriore arricchimento (art. 2041, comma 2). Inoltre, come dispone l'art. 2042 cod. civ., l'azione di cui sopra non è proponibile ove il danneggiato possa esercitarne un'altra per farsi indennizzare del pregiudizio subito.

Com'è noto, l'arricchimento senza causa disegna nel sistema codicistico una fonte di obbligazione diversa dal contratto e dall'illecito (arg. *ex art.* 1173 cod. civ.). Nondimeno, la sua importanza risulta maggiore di quella di una singola fonte tipica di obbligazione, come la vendita o la promessa unilaterale: infatti, la norma in commento è espressione di un principio generale dell'ordinamento, in ragione del quale ogni spostamento patrimoniale deve avere una sua giustificazione. Ed invero, gli spostamenti patrimoniali devono, di regola, rispondere ad una giustificazione obiettiva in termini di meritevolezza; sicché il legislatore ha previsto esplicitamente una norma di chiusura dell'ordinamento, onde evitare che, al di fuori di vicende giustificate e pur nell'ambito di fatti e di atti pienamente leciti, i patrimoni dei due soggetti di diritto possano modificarsi l'uno a scapito dell'altro. Ciò vale a spiegare, d'altronde, il rilievo che le azioni di ripetizione e di arricchimento si basano entrambe su un principio equitativo.

La disposizione in commento, inoltre, concerne esclusivamente gli arricchimenti ingiusti, cioè "non giustificati". Ora, affinché siano giustificati, occorre che alla base dello spostamento vi sia un titolo, *ergo* una giusta causa (contratto oneroso, donazione, testamento, etc.). Peraltro, l'azione generale di arricchimento presuppone i seguenti requisiti: *i*) l'arricchimento di un soggetto; *ii*) l'impoverimento di un altro;

---

<sup>57</sup> Cfr. A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, II, Milano, 1961, 189-191.

<sup>58</sup> Cfr. G. TUCCI, *La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, 240-241.

<sup>59</sup> In argomento v., per tutti, l'opera monografica di E. MOSCATI, *Studi sull'indebito e sull'arricchimento senza causa*, Padova, 2012, 261-349, con ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali; nella manualistica si rinvia a P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 1997, 23; C. M. BIANCA, *Diritto Civile*, Vol. V, *La responsabilità*, Milano, 2003, 813; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015, 711-714.

iii) una correlazione tra arricchimento dell'uno e impoverimento dell'altro; iv) ed infine, l'assenza di una giusta causa. In altre parole, l'azione di cui all'art. 2041 cod. civ. presuppone una spesa, o perdita, o riduzione patrimoniale del soggetto a fronte del quale si verifica l'incremento patrimoniale altrui<sup>60</sup>. L'incremento patrimoniale non solo dovrà risultare privo di una giustificazione, ma anche non esperibile qualora il danneggiato possa utilmente esercitare qualsiasi altra azione per il recupero dell'indennizzo nei limiti di legge<sup>61</sup>. Sotto questo profilo, va altresì precisato che, ai fini dell'*indennizzo* dovuto per l'arricchimento senza causa, l'art. 2041 considera solo la diminuzione patrimoniale subita dal soggetto e non anche il lucro cessante, che è altra componente, separata e distinta, del danno patrimoniale complessivamente subito alla stregua dell'art. 2043, che rimane espressamente escluso dall'art. 2041. Ne consegue che l'azione di arricchimento è ammissibile solo limitatamente a quanto un soggetto abbia fatto proprio, apportando contemporaneamente una diminuzione patrimoniale all'altro soggetto.

Particolare interesse suscita, rispetto alla ripetizione dell'indebitto, la diversa considerazione dei riflessi economici della prestazione non dovuta. Nello specifico, occorre evidenziare come quest'ultima si rifletta anche sul contenuto dell'obbligazione che i due diversi istituti determinano: l'indebitto comporta, infatti, un puro e semplice obbligo di restituzione, mentre l'arricchimento senza causa comporta l'obbligo di pagare un indennizzo pari alla minor somma tra l'arricchimento e il danno. La ripetizione dell'indebitto presuppone, inoltre, il fatto oggettivo di un pagamento senza causa, rispetto al quale l'arricchimento e l'impoverimento sono irrilevanti, mentre proprio questi dati caratterizzano l'azione *ex art. 2041 cod. civ.* Al fine di potere validamente esperire l'azione in esame, l'arricchimento deve essere effettivo, sicché saranno esclusi tutti i profitti futuri o solo eventuali; si tratta, comunque, di un vantaggio suscettibile di valutazione economica mentre è del tutto irrilevante l'arricchimento non patrimoniale o morale. Tale concezione rigorosamente patrimonialistica pone in rilievo come i vantaggi di ordine non patrimoniale possano essere valutati agli effetti dell'azione generale entro i limiti del risparmio di quella che sarebbe stata la spesa normale per il loro conseguimento; nonostante si tratti di una fattispecie in cui l'interesse dell'arricchito viene considerato non patrimoniale, l'attenzione del legislatore pare fermarsi al risparmio di spesa, ossia su un dato patrimoniale: del che, come si è detto, risultano irrilevanti i vantaggi non patrimoniali.

In definitiva, rilevano solo i vantaggi suscettibili di dare una qualsiasi utilità economica; per converso, laddove venga in gioco un'utilità non patrimoniale, il recupero delle spese sostenute è possibile solo qualora sussistano i presupposti della gestione: diversamente, l'azione di arricchimento non sarebbe utilizzabile al

---

<sup>60</sup> Cfr. E. MASSARI, *Intorno all'azione di arricchimento senza causa*, in *Giust. Civ.*, 1953, 695-716.

<sup>61</sup> Cfr. P. GALLO, *L'arricchimento senza causa*, Padova, 1990, *passim*.

medesimo fine<sup>62</sup>. In realtà, nel caso in cui l'interesse soddisfatto abbia natura non patrimoniale, tale fatto non viene considerato ostativo del riconoscimento del diritto all'indennizzo, in sintonia con il disposto dell'art. 1174 cod. civ., poiché l'interesse del creditore può essere anche di natura non patrimoniale, mentre la prestazione deve necessariamente essere suscettibile di valutazione economica.

L'arricchimento può essere inteso, infatti, o in senso "reale" o in senso "patrimoniale": nel primo caso, il riferimento è alla *res* che entra a far parte del patrimonio dell'arricchito; nel secondo, invece, si ha riguardo alla variazione del complessivo valore di un patrimonio in conseguenza dell'utilità ricevuta senza causa. Più nel dettaglio, la concezione patrimoniale dell'arricchimento non fa riferimento alla cosa, bensì all'intero patrimonio e alle ripercussioni che su di esso ha avuto il fatto produttivo dell'arricchimento, il quale corrisponderà alla differenza tra la consistenza del patrimonio in seguito al fatto produttivo dell'arricchimento e quella che avrebbe avuto se il fatto non si fosse verificato.

Uno degli aspetti maggiormente discussi in tema di arricchimento senza causa, ai fini dell'utile esperimento dell'azione, concerne la correlatività fra la diminuzione patrimoniale sofferta dall'impoverito rispetto al vantaggio acquisito dall'arricchito. Secondo la tesi più restrittiva<sup>63</sup>, tale condizione indefettibile sarebbe integrata soltanto ove l'arricchimento e l'impoverimento siano stati causati dal medesimo fatto; pertanto, conformemente a quanto previsto dal legislatore riguardo ai fatti illeciti, dovrà sussistere un nesso di causalità diretto e immediato. Altro indirizzo<sup>64</sup>, invece, ritiene ammissibile anche una causalità indiretta, a condizione che fra i presupposti descritti dalla norma si rinvenga una relazione di necessità storica, affinché si possa dimostrare che l'uno non si sarebbe verificato senza il manifestarsi dell'altro.

In realtà, la correlazione tra l'arricchimento e l'impoverimento assume una rilevanza meramente descrittiva, poiché essi, dal punto di vista formale, rilevano come un unico elemento essenziale, costituito dallo spostamento di ricchezza tra il patrimonio di due soggetti.

Ulteriore presupposto descritto dall'art. 2041 è la mancanza di una giusta causa dell'attribuzione. Del concetto di giusta causa si preferisce sottolineare la funzione, piuttosto che il contenuto. Una definizione chiara – dell'arricchimento senza giusta causa – si ha nel momento in cui lo stesso è correlato ad un impoverimento che non è remunerato, non costituisce liberalità e non costituisce adempimento di un'obbligazione naturale<sup>65</sup>. Ad ogni modo, il fatto umano o naturale che determina l'impoverimento ed il correlativo arricchimento dovrà essere necessariamente lecito,

---

<sup>62</sup> Cfr. G.B. CASTIONI, *Il divieto di ingiusto arricchimento come principio generale di diritto*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1925, I, 340; R. DE NOVA, *Obbligazioni*, in *Enc. Dir.*, XXIX, 496.

<sup>63</sup> Cfr. G. ANDREOLI, *L'ingiustificato arricchimento*, Milano, 1940, 175 ss.

<sup>64</sup> Cfr. L. BARBIERA, *L'ingiustificato arricchimento*, Napoli, 1964, 262 ss.

<sup>65</sup> Cfr. C. M. BIANCA, *Diritto Civile*, cit., 817.

applicandosi, diversamente, in caso di atto illecito la disciplina dettata dall'art. 2043<sup>66</sup>.

Del resto, la norma in rassegna prevede non il risarcimento del danno, bensì una semplice indennità, determinando la nascita di un debito di valore. L'indennizzo spettante all'impovertito, quantificato in relazione ai valori di mercato, terrà conto esclusivamente del depauperamento patrimoniale subito (danno emergente) senza avere riguardo al lucro cessante e senza possibilità di poter applicare l'art. 1227 cod. civ. in caso di comportamento negligente dell'impovertito. Il lucro cessante, componente separata e distinta del danno patrimoniale complessivamente subito alla stregua dell'art. 2043 cod. civ., viene espressamente escluso dall'art. 2041 cod. civ., sicché l'intero pregiudizio che la legge prende in considerazione è solo quello corrispondente al danno subito dal depauperato, che corrisponde al profitto o vantaggio indebito dell'arricchito.

In conclusione, se è certo che l'ordinamento esige che il danno antigiuridico non sia immune da sanzione, è altrettanto vero che non sussiste ragione per una generale reazione contro il danno non antigiuridico, e ciò in quanto l'ordinamento riconosce la specifica condotta dannosa come legittima, poiché volta a perseguire un fine meritevole di tutela giuridica<sup>67</sup>. In linea di massima, vale dunque il principio che il danno non antigiuridico debba essere sopportato dal soggetto il cui interesse esso colpisce; il che, beninteso, non esclude che in determinati casi, come quelli illustrati sopra, una reazione giuridica vada ad esso ricollegata. Ma, certamente, danno risarcibile (danno, cioè, in senso giuridico) sarà solo quel danno che l'ordinamento considera opportuno rimuovere dalla sfera giuridica di un soggetto per trasferirne il carico su un altro soggetto, anche a prescindere dalla violazione del diritto<sup>68</sup>.

### 3. – *Il danno ingiusto*

L'art. 2043 cod. civ. prevede la risarcibilità del «danno ingiusto». Tale attributo, secondo l'elaborazione più risalente, indicava una delimitazione del novero degli interessi meritevoli di tutela aquiliana, circoscritti esclusivamente a quelli annoverabili nello schema del diritto soggettivo assoluto<sup>69</sup>.

La concezione tradizionale della responsabilità civile, infatti, sulla base dell'insegnamento del diritto romano e della pressoché unanime dottrina e giurisprudenza anteriore al 1942, era tutta incentrata sul dogma della funzione sanzionatoria, per cui alla violazione di un preesistente precetto, assistita da volontà colpevole, doveva conseguire una sanzione nei confronti del trasgressore. La lesione di diritti altrui veniva sanzionata con la condanna del danneggiante al risarcimento

---

<sup>66</sup> Cfr. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 713.

<sup>67</sup> Il rilievo è di G. TUCCI, *La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile*, cit., 247-249.

<sup>68</sup> *Ibidem*, 263.

<sup>69</sup> C. SALVI, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. IUDICA – P. ZATTI, Milano, 2005, 82.

del danno, in una prospettiva sostanzialmente analoga a quella penalistica. Si configurava, dunque, una responsabilità causata da un fatto ingiusto (*contra ius*), incentrata sul danneggiante e sul suo atteggiamento doloso o colposo, che determinava l'offesa ad un diritto tutelato *erga omnes* da norme primarie, poste a garanzia dei c.d. diritti assoluti.

L'individuazione del danno ingiusto attraverso la lesione dei soli diritti assoluti riferibili alle ipotesi di lesione di diritti reali o di beni immateriali oggettivamente protetti quali vita, integrità fisica, e altri diritti della personalità, risiedeva in una concezione di ricchezza plasmata sul godimento del proprietario; tali diritti, inoltre, erano idonei ad essere lesi da comportamenti pregiudizievoli altrui, in quanto costruiti strettamente intorno all'attribuzione di un bene al titolare in via immediata e potenzialmente esclusiva.

La prospettiva funzionale della responsabilità aquiliana ha assunto un diverso profilo nel Codice Civile del 1942 e nella Relazione del Guardasigilli al Codice, in cui compare il riferimento al «danno ingiusto»; oltre a ciò si evidenzia che *culpa* e *iniuria* sono concetti distinti, per cui un fatto o un'omissione, per essere fonte di responsabilità, devono, da un lato, avere carattere doloso o colposo e, dall'altro, essere arrecati mediante la lesione dell'altrui sfera giuridica.

In verità, l'introduzione della formula «danno ingiusto» all'interno del sistema delineato dal codice del 1942 è il risultato di un'opera di raccordo dell'elaborazione delle disposizioni del Codice del 1865 con i risultati a cui erano già giunti dottrina e giurisprudenza. Più nel dettaglio, l'elaborazione della giurisprudenza e della dottrina nell'impianto del Codice del 1865, influenzate, senza dubbio, dall'esperienza del sistema giuridico francese, pone in risalto la presenza di una clausola generale della responsabilità civile, sebbene non intesa come tale. La concezione della responsabilità civile più risalente, quindi, imperniata sulla categoria dell'illecito, altro non era che la sintesi di tutti i doveri specifici imposti ciascuno verso gli altri (*alterum non ledere*)<sup>70</sup>.

Un tale dovere generale, previsto sia per la colpa contrattuale che per la colpa aquiliana, discostandosi da quanto previsto dall'art. 1151 del Codice del 1865, avrebbe agevolato i giudici nella possibilità di accordare un risarcimento per alcune categorie di danni, senza la necessità di dover spingersi alla ricerca della situazione giuridica soggettiva violata<sup>71</sup>.

Orbene, proprio l'elaborazione appena esposta ha trovato conferma nell'attuale art. 2043 cod. civ., ove compare l'espressione danno ingiusto ed in cui si riscontra, altresì, una prima affermazione del principio della tipicità degli illeciti<sup>72</sup>.

Cionondimeno, la tesi della responsabilità civile intesa come conseguenza della regola generale di astenersi da un dato comportamento pregiudizievole non è stata

---

<sup>70</sup> Cfr. F. CARNELUTTI, *Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale*, nota ad C. App. Venezia, 5 luglio 1912, in *Riv. dir. Comm.*, 1912, II, 744.

<sup>71</sup> Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *L'ingiustizia del danno (art. 2043)*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. BESSONE, Vol. X, *Illecito e responsabilità civile*, Torino, 2005, 24.

<sup>72</sup> Cfr. C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, p.96.



immune da censure da parte della dottrina<sup>73</sup>, proprio per la peculiare concezione del danno risarcibile, che prescrive di tenere un comportamento non pregiudizievole della sfera altrui e di riflesso la qualifica di illecito del comportamento stesso.

Va soggiunto che il sistema della responsabilità aquiliana risulta caratterizzato da una «tipicità evolutiva», intesa quale rapporto beni/interessi tutelati, che viene in rilievo solo ove la lesione di quel determinato bene/interesse sia espressamente prevista dall'ordinamento; sicché, sarà fonte di responsabilità per il danneggiante non l'offesa ad un qualsiasi bene o interesse ma solo la lesione diretta o indiretta di quei beni protetti dalle norme giuridiche. Elemento centrale, quindi, nel poter configurare la responsabilità in termini di «tipicità evolutiva», è la presenza di un danno rilevante, ossia il pregiudizio ad una situazione giuridica oggetto di previo riconoscimento da parte dell'ordinamento<sup>74</sup>.

Altra parte della dottrina<sup>75</sup>, in ordine alla tipicità del danno risarcibile, in materia di responsabilità civile, ha avanzato la possibilità di una interpretazione estensiva dell'art 23. Cost, secondo il quale «nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge»: trovando applicazione una riserva di legge in senso proprio, il privato si troverebbe a dover sopportare un'esigenza di libertà altrui tale da poter essere chiamato a rispondere di fatti a priori non percepibili dallo stesso *contra ius*.

La posizione di cui sopra non è stata fatta propria dalla dottrina maggioritaria che inquadra l'ingiustizia del danno ex 2043 cod. civ. come una norma generale o clausola generale di responsabilità, senza dover fare a priori riferimento ad altre disposizioni<sup>76</sup>. Il riconoscimento di clausola generale dell'ingiustizia del danno ex art. 2043 cod. civ. permette al giudice di qualificare, secondo una valutazione comparatistica degli interessi in gioco, come risarcibile non ogni danno che appaia come tale, ma solamente quegli illeciti che ledano interessi a cui l'ordinamento accorda una tutela specifica. Da ciò un sistema ispirato al principio di tipicità, che non vuole limitare la tutela per i soggetti pregiudicati nella loro sfera giuridica, ma determinare per ciascuna norma una situazione giuridica a cui prestare adeguata tutela.

La menzione del requisito dell'ingiustizia, nel corpo dell'art. 2043 cod. civ., deve poi essere raccordata con il limite desunto dalla concreta operatività del principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., oltre che dall'art. 1337 cod. civ, inteso quale

---

<sup>73</sup> Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *L'ingiustizia del danno (art. 2043)*, cit., 25.

<sup>74</sup> Cfr., in proposito, M. BARCELLONA, *Sulla struttura formale del giudizio di responsabilità*, Milano, 1984, 114.

<sup>75</sup> A. GORASSINI, *Art. 23 Cost. e responsabilità civile*, in *Responsabilità civile e assicurazione obbligatoria*, Milano, 1988, 259.

<sup>76</sup> Cfr., al riguardo, A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1984, 539-571; P. TRIMARCHI, *Illecito (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XX, 1970, 90; L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1986, 539-571; R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, Torino, 2003, 1420. A. FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1987, 1-20; P. RESCIGNO, *Appunti sulle "clausole generali"*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, 1-8;

barriera in grado di proteggere la sfera giuridica dei consociati dal danneggiamento altrui<sup>77</sup>. Purtuttavia, la giurisprudenza risalente negava il risarcimento del danno ogniqualvolta non fosse ravvisabile, nella fattispecie concreta, la menomazione di diritti soggettivi assoluti.

In realtà, il concetto di diritto soggettivo assoluto non è per sé solo idoneo ad esaurire la valutazione dell'ingiustizia del danno, proprio perché questa, palesandosi come manifestazione del principio di solidarietà, impedisce l'interpretazione restrittiva dell'art. 2043 cod. civ., proposta dalla giurisprudenza risalente, e che traeva fondamento dalla necessità di individuare situazioni giuridiche nella cui struttura fosse presente un elemento volto ad impedire la violazione, limitandosi a queste soltanto la possibilità di risarcire le eventuali lesioni. Né, così argomentando, nell'art. 2043 cod. civ. si ritrova un mero criterio di rinvio alle varie figure di illecito previste dall'ordinamento, essendo sufficiente, affinché sussista l'ingiustizia, la lesione di una qualsiasi situazione giuridica rilevante<sup>78</sup>.

Appare evidente il valore assunto dall'ingiustizia del danno di cui all'art. 2043 cod. civ. intesa quale clausola generale della responsabilità civile; tale clausola generale viene considerata in una duplice accezione: da un lato, si allude ad una norma generale, in cui vengono annoverati tutti quelle situazioni giuridiche che il legislatore ha elencato espressamente<sup>79</sup>; dall'altro, viene in rilievo una concezione flessibile di clausola generale, che si presta meglio ad una integrazione valutativa dell'interprete<sup>80</sup>. Ad ogni modo, la clausola di cui si discute risulta uno strumento idoneo a realizzare l'adattamento del sistema normativo all'evoluzione della realtà economico-sociale. Con particolare riguardo alla ingiustizia del danno nel sistema della responsabilità civile, la stessa è stata, senza un dubbio, uno strumento utilizzato per ampliare i poteri cognitori dei giudici, sia come veicolo per la dilatazione dei principi costituzionali<sup>81</sup>. Tale interpretazione ermeneutica appare certamente più in linea con il dato normativo dell'art. 2043 cod. civ., che qualifica il danno come "ingiusto". Come affermato in precedenza, si tratta di un elemento innovativo all'interno del codice del 1942, che vale a distinguere il regime giuridico introdotto sia dal dettato normativo proprio dell'esperienza francese, che non prevedeva il requisito dell'ingiustizia del danno, sia di quella tedesca, che sanciva il principio di tipicità dell'illecito.

Il codice italiano, infatti, limita la tutela risarcitoria<sup>82</sup> ad un interesse giuridicamente rilevante, mediando l'elasticità del sistema francese (che pone la condotta *non iure* e la perdita economica quali elementi costitutivi dell'illecito), e il rigore di quello tedesco (che limitava espressamente la risarcibilità dei danni a quelli

---

<sup>77</sup> Cfr., sul punto, S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, 107.

<sup>78</sup> *Ibidem*, 112.

<sup>79</sup> Cfr., in tema, C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., 100.

<sup>80</sup> Cfr., al riguardo, L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., 563.

<sup>81</sup> Cfr. S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., 96.

<sup>82</sup> Cfr., in proposito, G. ANZANI, *I percorsi del danno non patrimoniale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 398 ss.

della persona e a quelli reali). A differenza di siffatti sistemi giuridici, quello italiano limita la tutela risarcitoria a un interesse giuridicamente rilevante<sup>83</sup>: la condotta, cioè, deve essere non solo *non iure*, ma anche *contra ius*. Ne deriva che non può risarcirsi il danno meramente patrimoniale<sup>84</sup> (pura perdita economica) in senso stretto, dovendo lo stesso (danno) incidere su un interesse giuridicamente rilevante.

In realtà, con riferimento alla figura del fatto illecito rimane sicuramente stretta la correlazione tra il codice italiano con il *code civil*, mentre rimangono sostanziali differenze con il codice tedesco. Il sistema franco-italiano risulta, infatti, ancorato ad una norma di carattere generale, che fonda la responsabilità sulla colpa dell'agente; per converso, il codice germanico non contiene una tale disposizione generale, sebbene i casi più importanti si riferiscano alla responsabilità per colpa. Ed invero, nel sistema delineato dal BGB la generalità della colpa rileva quale elemento oggettivo della fattispecie di responsabilità, ovvero nelle fattispecie in cui è configurabile la responsabilità dell'agente quando il danno non sia conseguenza della lesione di diritti soggettivi nominativamente indicati dall'art. 823 del BGB, come vita o integrità fisica.

Le differenze, tuttavia, sussistono anche con il *Code Civil*, in cui la fattispecie generale di cui all'art. 1382 esige un danno generico senza ulteriore specificazione, risultando sufficiente al fine della responsabilità una pura perdita patrimoniale dovuta a colpa altrui. Ciò che differenzia il sistema delineato dal codice italiano del 1942 rispetto all'ordinamento francese è proprio l'aggiunta dell'*iniuria* al danno. Più in particolare, nell'art. 2043 cod. civ. il legislatore italiano ha aggiunto al danno l'aggettivo «ingiusto», rinviando ad una valutazione del giudice non discrezionale, ma che lo stesso dovrà effettuare alla luce dell'ordinamento nel suo complesso per fissare la linea di confine tra rilevanza e irrilevanza del danno ai fini della risarcibilità<sup>85</sup>.

In realtà, sebbene l'ingiustizia del danno intesa quale clausola generale possa assolvere alla funzione di una maggior tutela delle situazioni giuridiche, è stata sempre paventata la possibilità che la stessa si traducesse in un'attribuzione ai giudici di poteri meramente equitativi. Tale incognita, però, è stata scongiurata, riconoscendo come danno ingiusto *ex art. 2043 cod. civ.* solamente le ipotesi in cui si abbia una lesione giuridicamente rilevante. Ed infatti, compito del giudice, chiamato ad attuare la tutela *ex art. 2043 cod. civ.*, è quello di procedere ad una

---

<sup>83</sup> Cfr., in argomento, M. BARCELLONA, *La responsabilità extracontrattuale*, Torino, 2011, *passim*.

<sup>84</sup> In tema v., da ultimo, F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*. (Estratto), Torino, 2015, 84 ss., con ampi riferimenti di dottrina. Cfr., pure, A. DI MAJO, *Il problema del danno al patrimonio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 297 ss.; S. MAZZAMUTO, *Spunti in tema di danno ingiusto e di danno meramente patrimoniale*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 374 ss.; A. MONTANARI, *Per una riconsiderazione del risarcimento del danno da perdita di chance*, in *Riv. dir. ec. trasp. amb.*, 2009, 1 ss.; F.D. BUSNELLI, *Itinerari europei nella «terra di nessuno tra contratto e fatto illecito»: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contr. e impr.*, 1991, 539 ss.; C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 315 ss.; ID., *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *«Scritti in onore» di L. Mengoni*, Milano, 1995, I, 147 ss.

<sup>85</sup> Cfr., sul punto, C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 11.

selezione degli interessi giuridicamente rilevanti, sicché solo la lesione di un interesse siffatto può dare luogo ad un «danno ingiusto». A tal fine, provvederà istituendo un giudizio di comparazione degli interessi in conflitto, e cioè dell'interesse effettivo del soggetto che si afferma danneggiato, e dell'interesse che il comportamento lesivo dell'autore del fatto è volto a perseguire, onde accertare se il sacrificio dell'interesse del soggetto danneggiato trovi o meno giustificazione nella realizzazione del contrapposto interesse dell'autore della condotta, in ragione della sua prevalenza. Comparazione e valutazione, tuttavia, non sono rimesse alla discrezionalità del giudice, ma vanno condotte alla stregua del diritto positivo, al fine di accertare se, e con quale consistenza ed intensità, l'ordinamento assicuri tutela all'interesse del danneggiato, con disposizioni specifiche.

Sul versante normativo, l'art. 2043 cod. civ. identifica gli elementi costitutivi della generale figura dell'illecito civile, ossia: il fatto, l'elemento soggettivo del dolo o della colpa, il danno ingiusto, il nesso di causalità tra il fatto e il danno.

Il richiamo al dolo e alla colpa operato dalla norma, come già affermato in precedenza, ha indotto larga parte della dottrina tradizionale a considerare la responsabilità civile come una diretta applicazione del principio del *neminem laedere*, e cioè necessaria reazione dell'ordinamento contro la violazione da parte di un soggetto dei doveri generali posti a carico di tutti i consociati a protezione di interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento medesimo.

Appare evidente l'influsso del diritto penale sulla concezione sanzionatoria della responsabilità civile, considerata rimedio generale contro la violazione dei diritti altrui da parte di chi abbia, deliberatamente o colpevolmente, determinato a danneggiarli.

Accanto a siffatta figura generale di illecito<sup>86</sup>, il legislatore prevede, altresì, figure speciali di illecito<sup>87</sup>, caratterizzate dalla particolarità del fatto lesivo, in quanto compiute nell'ambito di una specifica attività, o dalla particolarità del mezzo dannoso (ad esempio, animali, prodotti difettosi, ecc.) o dalla particolarità del rapporto intercorrente tra il responsabile e l'autore del fatto (come nel caso dell'insegnante e dell'allievo). Nell'ambito delle stesse, poi, a seconda del tipo di incidenza che ha la colpa, si distinguono gli illeciti che prescindono dalla colpa («responsabilità oggettiva») dagli illeciti in cui la colpa è presunta («responsabilità aggravata»).

Orbene, descritto normativamente l'illecito extracontrattuale<sup>88</sup> nei predetti termini, ha costituito, invece, oggetto di ampio dibattito dottrinale<sup>89</sup> la questione

---

<sup>86</sup> Cfr., in tema, G. ALPA – M. BESSONE, *I fatti illeciti*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, XIV, *Obbligazioni e contratti*, Torino, 1982.

<sup>87</sup> AA. VV., *La responsabilità civile*, a cura di G. ALPA – M. BESSONE, Torino, 1997.

<sup>88</sup> Cfr. AA. VV., *Casi scelti in tema di responsabilità civile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, a cura di G. ALPA, G. CAPILLI, P. PUTTI, Padova, 2004, *passim*.

<sup>89</sup> Cfr. G. CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza. Saggio per una teoria dell'illecito civile*, Padova, 1966, p. 391, che accoglie una concezione dell'illecito quale atto essenzialmente colpevole. In senso contrario, W. CESARINI SFORZA, *Risarcimento e sanzione*, in *Scritti per Santi Romano*, I, Padova, 1940, p. 158, il quale

concernente il fondamento della responsabilità extracontrattuale. Più in particolare, in continuità con le istanze della pregressa disciplina normativa di cui al codice del 1865, il fatto illecito è stato qualificato come violazione di una norma giuridica sanzionata dall'obbligo del risarcimento del danno. Siffatta interpretazione troverebbe puntuale conferma nella previsione del codice sulle fonti dell'obbligazione<sup>90</sup>, laddove il fatto illecito viene contrapposto alle fattispecie legali, ossia ai presupposti di atti o fatti idonei a produrre effetti obbligatori in conformità dell'ordinamento giuridico (arg. ex art. 1173 cod. civ.). Dalla norma si evince che chi commette un illecito non crea un semplice presupposto di determinati effetti obbligatori, ma pone in essere un fatto in contrasto con l'ordinamento giuridico, ossia in violazione della norma. Di qui la prospettazione dell'illecito civile come violazione di doveri di rispetto altrui nella vita di relazione. La tesi dottrinale in esame accoglie una concezione etica della responsabilità, secondo cui l'istituto dell'illecito aquiliano costituisce uno strumento di repressione di un atto colpevole, cioè una sanzione che colpisce la volontaria e consapevole trasgressione di un comando giuridico, che è al tempo stesso dovere morale (*neminem laedere*)<sup>91</sup>.

Tale orientamento dottrinale è stato, invece, criticato sul finire del secolo scorso da alcuni autori<sup>92</sup>. La critica originava dai notevoli cambiamenti che avevano caratterizzato il contesto economico-sociale dell'epoca. Il riferimento è al progresso tecnologico e industriale, al quale si accompagnava la "massificazione" dei danni: cioè nella moltiplicazione delle cause di pregiudizio a seguito di prestazioni, prodotti e attività fatalmente rischiose, che coinvolgevano i consociati. Più nel dettaglio, nella metà degli anni '60, la società italiana subiva uno stravolgimento totale, comportante il passaggio da un'economia di tipo rurale, in cui una condotta diligente sembrava in grado di poter escludere il prodursi di danni nella sfera di terzi, ad una società industriale, nella quale si assisteva al moltiplicarsi di eventi dannosi imprevedibili, che sfuggivano al controllo dei produttori. Le trasformazioni delle strutture economiche conducevano, infatti, al superamento dell'assoluta prevalenza, tra l'insieme dei valori e delle utilità di cui il soggetto può disporre o su cui conta, di quelli consistenti nei beni a lui attribuiti come oggetto di godimento esclusivo<sup>93</sup>. A fronte di ciò, la regola della illiceità per colpa risultava inadeguata, gravando sulle vittime l'onere probatorio della colpa del responsabile. Da qui l'esigenza di una più intensa forma di tutela di persone e cose nella vita di relazione, nonché l'affermarsi

---

esclude che il risarcimento costituisca una sanzione, non trattandosi di una reazione all'atto illecito, ma di un rimedio alle sue dannose conseguenze.

<sup>90</sup> Cfr., al riguardo, M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 533.

<sup>91</sup> In tal senso, v. A.A. EHRENZWEIG, *Die Schuldhaftung im Schadenersatzrecht*, Wien, 1936, p. 176, il quale ravvisa in essa l'espressione di valori di diritto naturale avvertiti dal sentimento giuridico del popolo e del giudice, senza i quali non sarebbe possibile definire e applicare la nozione di colpa.

<sup>92</sup> Una critica di fondo del sistema della responsabilità per colpa è sviluppata da J. ESSER, *Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung*, München – Berlin, 1941, 1, 50; una decisa contestazione del principio della colpa come essenziale fondamento della responsabilità era già stata formulata da Unger, in due noti saggi (*Handeln auf eigene Gefahr*), pubblicati in *Jherings Jahrbucher*, del 1891 (XVIII, 363) e del 1894 (XXI, 299).

<sup>93</sup> C. SALVI, *La responsabilità civile*, cit., 83.

di una concezione cosiddetta realistica<sup>94</sup> della responsabilità extracontrattuale, intesa quale tecnica di allocazione dei danni.

Secondo tale interpretazione, la responsabilità extracontrattuale non va intesa come sistema repressivo che colpisce un atto vietato, bensì come strumento di equilibrio economico del danno. La funzione della responsabilità extracontrattuale, in definitiva, non è punire i colpevoli, ma far sì che i danni vengano riparati. La colpa, pertanto, non viene posta a fondamento della responsabilità civile e l'illecito non è qualificato come fatto antiggiuridico.

Nell'ambito di tale orientamento dottrinale, invero, si distinguono due differenti filoni. Il primo<sup>95</sup>, applicando l'analisi economica del diritto, giunge a negare qualsiasi rilevanza alla colpa: il danno viene, così, imputato soltanto in base a criteri di convenienza economica. Il secondo<sup>96</sup>, invece, accoglie la cosiddetta teoria oggettivistica, alla stregua della quale l'istituto della responsabilità costituisce espressione di regole giuridiche di obiettiva imputazione del danno. La colpa<sup>97</sup> è considerata, qui, come uno dei possibili criteri di imputazione del danno, sebbene essa prescindendo dall'antigiuridicità del fatto. La colpa così intesa, però, finisce per avere un'importanza marginale, non costituendo un presupposto necessario della responsabilità.

Autorevole dottrina<sup>98</sup>, tuttavia, ha sottoposto a critica entrambi i summenzionati orientamenti. La teoria dell'analisi economica del diritto offrirebbe, infatti, un utile contributo allo studio dei fenomeni socio-economici sottostanti alla responsabilità extracontrattuale<sup>99</sup>, ma ipotizzerebbe soluzioni che non trovano riscontro nell'ambito dell'ordinamento giuridico. Parimenti, la teoria oggettivistica non risulta valida, poiché, anche se l'area della responsabilità oggettiva si è allargata, siffatta estensione ha riguardato soltanto specifiche ipotesi di fatti dannosi, ma il principio della colpa è comunque rimasto il principio generale della responsabilità. Le predette ipotesi confermano, piuttosto, che la responsabilità possa prescindere dalla colpa, come nel caso di attività o cose, che presentano un margine di pericolosità, che è inevitabile, nonostante l'osservanza di un diligente impegno. Il danneggiante, in queste ipotesi, è responsabile perché i danni da lui arrecati sono comunque ingiusti, ledendo interessi giuridicamente tutelati. Di qui la prospettazione dell'illecito civile non come strumento di punizione o come strumento tecnico di allocazione dei danni, bensì come tutela civile contro l'illecito. Il suo fondamento è da ravvisarsi, dunque, nella violazione del precetto di rispetto altrui (*alterum non laedere*).

---

<sup>94</sup> G. VENEZIAN, *Studi delle obbligazioni*, in *Opere giuridiche*, I, Roma, 1919, 16.

<sup>95</sup> G. CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giudiziaria*, Milano, 1975, 47.

<sup>96</sup> A. TUNC, *Introduzione*, in *Int. Enc. Comp. L.* XII, p. 63

<sup>97</sup> F. BOCCHICCHIO, *Il concorso colposo del danneggiato. Responsabilità e correttezza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, pp. 23 ss.

<sup>98</sup> M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 541 e ss

<sup>99</sup> F.D. BUSNELLI – S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, in *Studi di diritto privato* a cura di Busnelli, Patti, Scalisi e Zatti. Torino, 2003.

La prospettazione in esame troverebbe conferma nella formulazione del vigente art. 2043 cod. civ. Invero, il legislatore fa riferimento al «fatto ingiusto», ma anche al dolo e alla colpa, ponendo, tuttavia, in evidenza che i concetti di “culpa” e “iniuria” sono distinti. Ne deriva che possono costituire fonte di responsabilità quei fatti, atti od omissioni, che non solo abbiano carattere doloso o colposo, ma determinino anche la lesione dell’altrui sfera giuridica. Il danno deve, in definitiva, essere *contra ius* e *non iure*, cioè arrecato in assenza di una causa di giustificazione. Da qui il riferimento del carattere dell’ingiustizia non più al fatto, quale comportamento del soggetto agente, bensì al danno.

Siffatta concezione, tuttavia, non è stata immediatamente accolta dalla giurisprudenza, la quale, nonostante il dato normativo, ha continuato a interpretare l’art. 2043 c.c. quale clausola sanzionatoria a tutela dei diritti assoluti consacrati da altre norme dell’ordinamento giuridico, accogliendo, così, la concezione etica accolta da parte della dottrina.

L’abbandono della concezione sanzionatoria, invero, è dipesa dall’evoluzione giurisprudenziale della nozione di «danno ingiusto», determinato non più dalla sola lesione di diritti soggettivi assoluti, ma altresì di diritti relativi, oltre che di aspettative e posizioni di fatto o interessi legittimi, i quali hanno subito la portata precettiva dell’art. 2043 cod. civ.<sup>100</sup>. Il progressivo mutamento della giurisprudenza in ordine all’interpretazione dell’art. 2043 cod. civ. ha comportato, inevitabilmente, un progressivo ampliamento del concetto di danno ingiusto, apprestando una tutela effettiva avverso qualunque comportamento lesivo di posizioni giuridiche altrui meritevoli di tutela da parte dell’ordinamento giuridico<sup>101</sup>. Il vero punto di partenza dell’evoluzione giurisprudenziale in esame va individuato nella nota sentenza Meroni del 1971<sup>102</sup> in cui le Sezioni Unite superano la visione tradizionale del risarcimento dei danni esclusivamente legati ai diritti soggettivi assoluti, statuendo l’idoneità dell’art. 2043 cod. civ. a garantire la tutela dei diritti relativi<sup>103</sup>. Più nel dettaglio, oggetto della questione sottoposta al vaglio della Suprema Corte era la morte del calciatore del Torino calcio s.p.a., Luigi Meroni, travolto da un auto e rimasto ucciso. Al fine di ottenere il risarcimento del danno derivante dal fatto di avere reso definitivamente impossibile l’esecuzione della prestazione, costituita dalle prestazioni calcistiche da parte del proprio giocatore, la società di calcio conveniva in giudizio l’autore del sinistro. Sul punto, diversamente da quanto aveva statuito al

---

<sup>100</sup> G. CHINÈ – A. ZOPPINI – M. FRATINI, *Manuale di diritto civile*, Roma, 2015, 2070.

<sup>101</sup> L. GUAGLIONE, *Studi ed Approfondimenti di diritto civile, vol. I, Obbligazioni e Responsabilità civile*, Roma, 2011, 348.

<sup>102</sup> Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 26 Gennaio 1971, n.174, in *Foro italiano*, 1971, 199.

<sup>103</sup> Sul punto, le Sezioni Unite affermano che «chi con il suo fatto doloso o colposo cagiona la morte del debitore altrui è obbligato a risarcire il danno subito dal creditore, qualora quella morte abbia determinato l’estinzione del credito ed una perdita definitiva ed irreparabile per il creditore medesimo. È definitiva ed irreparabile la perdita quando si tratti di obbligazioni di dare a titolo di mantenimento o di alimenti, sempre che non esistano obbligati in grado eguale o posteriore, che possano sopportare il relativo onere, ovvero di obbligazioni di fare rispetto alle quali vi è insostituibilità del debitore, nel senso che non sia possibile al creditore procurarsi, se non a condizioni più onerose, prestazioni eguali o equipollenti».

tempo della caduta dell'aereo della squadra del Torino sulla collina di Superga<sup>104</sup>, allorché nessuna forma di risarcimento era stata riconosciuta alla società sportiva sulla scorta del fatto che il diritto lesa della società sportiva fosse un diritto relativo e non un diritto assoluto<sup>105</sup>, nel caso Meroni, per la prima volta, venne riconosciuto il principio di carattere generale che ammette il risarcimento del danno per la lesione di un diritto soggettivo relativo. La Corte con la pronuncia in esame ha curato di precisare che l'esclusione dalla tutela *ex art. 2043 cod. civ.* della lesione dei diritti di credito da parte del terzo manca di un solido fondamento giuridico, non trovando supporto né nella lettera, né nello spirito della norma<sup>106</sup>, in quanto l'ingiustizia del danno deve essere intesa nella duplice accezione di danno prodotto *non iure e contra ius: non iure*, nel senso che il fatto produttivo del danno non sia altrimenti qualificato dall'ordinamento giuridico ovvero posto in essere in assenza di cause di giustificazione (per es., artt. 2044, 2045 cod. civ.); *contra ius*, ossia che il fatto debba ledere una situazione soggettiva riconosciuta e garantita dall'ordinamento<sup>107</sup>. In altre parole, il fatto che cagiona il danno deve ledere una situazione soggettiva riconosciuta e garantita dall'ordinamento giuridico nella forma del diritto soggettivo, il quale può assumere la forma sia del diritto soggettivo assoluto che del diritto soggettivo relativo<sup>108</sup>. In proposito, un'attenta dottrina<sup>109</sup> ho sottolineato come il danno ingiusto descritto dalla norma in parola sia la sintesi dei due profili anzidetti. In particolare, l'ingiustizia del danno è il risultato di un'analisi del rapporto tra danneggiato e bene pregiudicato dal comportamento dannoso. In tale accezione, il danno ingiusto permette, dunque, di accertare tutti i casi in cui l'interesse che un

---

<sup>104</sup> Corte di Cassazione civile, Sez. III, 4 Luglio 1953, n. 2085, in *Giurisprudenza Italiana*, 1953, 828.

<sup>105</sup> In particolare, la Suprema Corte non accolse la pretesa del Torino calcio s.p.a. in quanto ritenne che *"non possono essere considerati di diritto reale i rapporti che intercorrono tra un ente sportivo e gli atleti ingaggiati per costituire una squadra di calcio (...) il bene aziendale a servizio dell'impresa è rappresentato dal diritto alla prestazione, diritto che è esclusivamente di credito"* e negò che questo potesse essere oggetto di risarcimento.

<sup>106</sup> I giudici del Supremo Consesso censurano il richiamo effettuato dalla Corte di Appello di Torino alla tradizionale concezione, secondo la quale, di fronte ai rapporti di credito, la cui lesione non può provenire che dal soggetto obbligato, non può ammettersi l'esistenza, a carico della comunità dei consociati, di un generale dovere di astensione e dalla quale trasse la conclusione che l'art. 2043 cod. civ. non assicura al creditore alcuna immediata e diretta protezione verso i terzi, i quali pregiudicano il suo diritto. Le Sezioni Unite concludono ribadendo che *"la rigorosa esclusione della tutela aquiliana per i diritti non assoluti, rappresenterebbe un arretramento rispetto a posizioni che possono considerarsi ormai acquisite e che appaiono, oltre tutto, più aderenti all'attuale realtà economico-sociale, sempre più largamente svincolata da una rigida gerarchia di valori economici e giuridici"*.

<sup>107</sup> In argomento, v. F. SANTOSUOSSO, *La 'nuova frontiera' delle tutela aquiliana del credito*, in *Giustizia Civile*, 1971, 201; R. PARDOLESI, *Nota a Corte di Cassazione, 29 marzo 1978, n. 1459*, in *Foro Italiano*, 1978, 827; V.M. CAFERRA, *I limiti del danno risarcibile nella tutela aquiliana del credito*, in *Foro Italiano*, 1973, 100.

<sup>108</sup> Ed invero, il principio che la risarcibilità del danno *ex art. 2043 cod. civ.* debba ammettersi solo con riguardo alla lesione di diritti assoluti o primari, quali i diritti alla vita, all'integrità personale, alla proprietà, all'onore, e non possa invece invocarsi da parte di chi deduca la lesione di un diritto relativo e, in particolare, di un diritto di credito, è tutt'altro che estraneo alla stessa giurisprudenza di legittimità: al contrario, lo stesso è stato più volte enunciato e riaffermato in casi e sotto profili diversi, come nel caso di danno cagionato dal terzo al debitore con un fatto che abbia aggravato la esposizione debitoria di quest'ultimo (Sez. III, 7 luglio 1962, n. 1760), nel caso di concorso di una duplice responsabilità, contrattuale ed extracontrattuale, in conseguenza di un unico comportamento del soggetto contrattualmente obbligato (Sez. I, 7 agosto 1962, n. 2441; Sez. III, 30 luglio 1966, n. 2139), così, ancora, nel caso di danno cagionato dal fatto del terzo, alla cosa di cui si abbia il godimento in virtù di un rapporto personale di obbligazione, quale quello di comodato (Sez. III, 6 dicembre 1968, n. 3904).

<sup>109</sup> C. SALVI, *La responsabilità civile*, cit., 87.



soggetto possiede rispetto ad un determinato bene non venga considerato più sotto un profilo squisitamente economico-patrimoniale, ma venga annoverato fra quelli protetti dal «diritto». A questo consegue, poi, la comparazione con l'interesse sottostante all'attività lesiva, sulla base di precisi indici normativi, e non già in base ad un generico parametro fondato sull'utilità pubblica, rimessa ad una valutazione 'discrezionale' dell'interprete.

Ovviamente, la definizione del danno ingiusto non intende certo profilare un danno doppiamente ingiusto, ma ha lo scopo di chiarire i due presupposti su cui si basa l'ingiustizia del danno: da un lato, un presupposto soggettivo, che ha come punto di riferimento una condotta del danneggiante diretta a realizzare un interesse non meritevole di tutela; dall'altro, un presupposto oggettivo, che ha come punto di riferimento un evento lesivo di un interesse meritevole di tutela del danneggiato<sup>110</sup>. In siffatto contesto, assumono un ruolo centrale e determinante i parametri desunti dalla Carta Costituzionale, i quali dovranno coordinarsi con le disposizioni delle normative di settore che regolano le fattispecie concrete<sup>111</sup>.

Senonché, nonostante la sentenza Meroni abbia avuto un impatto decisivo nell'*iter* giurisprudenziale del danno ingiusto, occorre chiarire che, nel caso concreto, la Suprema Corte ha, comunque, deciso per il rigetto della pretesa attorea, in quanto ha ritenuto di limitare la risarcibilità della lesione del credito al solo caso dell'infungibilità della prestazione dovuta dal debitore. In altri termini, il pregiudizio subito dal creditore al fine di poter essere ristorato *ex art. 2043 cod. civ.* avrebbe dovuto essere definitivo ed irreparabile<sup>112</sup>. Al contrario, la Corte d'Appello di Genova<sup>113</sup>, quale giudice del rinvio, seppur avvallando l'innovativo principio di diritto asserito dalle Sezioni Unite rimettenti, non ha considerato irreparabile la lesione subita dalla società, atteso che quest'ultima, nella sua qualità di impresa, ben poteva organizzare i fattori di produzione in termini tali da assicurare la continuità, nonostante il venire meno di un collaboratore. In sostanza, il danno causato al creditore dalla morte del debitore è configurabile come conseguenza diretta ed immediata dell'evento che ha causato la morte solo se, trattandosi di obbligazioni di fare, vi è insostituibilità della persona del debitore nel senso dell'impossibilità del creditore di procurarsi, se non a condizioni più onerose, prestazioni uguali o equipollenti. In definitiva, la sentenza Meroni se, da un lato, ha infranto la discriminazione tradizionale tra diritti assoluti e relativi, riguardo all'ammissibilità della tutela risarcitoria, determinando un processo di ulteriore ampliamento dell'area della risarcibilità, dall'altro lato, essa ha introdotto una delimitazione, escludendo dalla sfera di protezione dell'*art. 2043 cod. civ.* quegli interessi che non siano assurti al rango di diritti soggettivi.

---

<sup>110</sup> F.D. BUSNELLI, voce *Illecito civile*, in *Enc. Giur. Treccani*, XV, Roma, 1989, 11.

<sup>111</sup> Cfr., sul punto, A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit.

<sup>112</sup> Cfr., al riguardo, G. CIAN, *Nuove oscillazioni giurisprudenziali sulla tutela aquiliana del credito*, in *Rivista di diritto civile*, 1971, 632; A.C. JEMOLO, *Allargamento di responsabilità per colpa aquiliana*, in *Foro Italiano*, 1971, 1284.

<sup>113</sup> Corte d'Appello di Genova, 17 Giugno 1973, *Giurisprudenza Italiana*, 1973, 1184.

Un ulteriore passo in avanti della giurisprudenza con riguardo al danno ingiusto, è stato compiuto, nel noto caso De Chirico<sup>114</sup>, con l'affermazione del diritto all'integrità del patrimonio, la cui lesione determina il diritto al risarcimento *ex art.* 2043 cod. civ. Nello specifico, il celebre pittore aveva certificato come autentici alcuni dipinti, in realtà eseguiti da altri, che successivamente erano stati posti in vendita. L'acquirente, lamentando di avere ritenuto di procedere all'acquisto di un vero De Chirico e non di una copia, sulla base della certificazione suddetta, aveva esperito un'azione di risarcimento avverso il pittore per aver ingenerato nel soggetto leso un'aspettativa poi rivelatasi falsa.

La pronuncia in commento precisa, in primo luogo, che il nesso di causalità tra l'attestazione di autenticità ed il danno subito dal (sub)acquirente è dato dal fatto che un quadro d'autore non può non considerarsi destinato alla circolazione, per cui il danno lamentato doveva ritenersi una conseguenza prevedibile della falsa attestazione. Per la verità, tale assunto appare per lo più fondato su ragioni di ordine equitativo: il danneggiato, infatti, avrebbe potuto promuovere un giudizio nei confronti della propria controparte, facendo valere un diritto al risarcimento *ex contractu*<sup>115</sup>. A ben vedere, nella fattispecie, il danno si presentava *non iure*, ma non *contra ius*, poiché non era ipotizzabile un danno al patrimonio tutelato in quanto tale, vale a dire come situazione giuridica meritevole di tutela in sé. Per far fronte a questa situazione, la Corte di Cassazione ha affermato, dunque, la generica esistenza di un diritto a non subire compromissioni nella propria determinazione ai traffici commerciali, che trova tutela nel combinato disposto di cui agli artt. 2 e 41 Cost. In tal modo, però, la Corte estende nei confronti del terzo (il pittore De Chirico) gli effetti del contratto sotto il profilo della prestazione e, in particolare, della mancanza di una qualità essenziale del bene venduto.

Più corretta appare, invece, l'idea secondo cui un danno, che si collochi in esito all'inattuazione di un rapporto contrattuale, coinvolge un terzo estraneo al rapporto negoziale solo se ricorre ad opera di quest'ultimo una cooperazione o un'induzione all'inadempimento, in grado di coinvolgere lo stesso terzo, ma sempre *ex contractu*<sup>116</sup>. In caso contrario, invece, la risarcibilità del danno meramente patrimoniale finirebbe per collidere con un principio cardine del nostro ordinamento: il principio di relatività di cui all'art. 1372 cod. civ.<sup>117</sup>.

L'approdo finale della giurisprudenza nel percorso evolutivo sull'interpretazione del danno ingiusto si è compiuto con l'affermazione della risarcibilità degli interessi legittimi, avvenuto con la sentenza n. 500 del 1999<sup>118</sup>. Soltanto a far data da questa

---

<sup>114</sup> Cass. 4 maggio 1982, n. 2765, in *Foro it.*, 1982, 1747.

<sup>115</sup> C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 130.

<sup>116</sup> *Ibidem*, 129. Sul punto, cfr. pure T. GUALANO, *Danno da circolazione di informazioni economiche inesatte*, in *Il danno risarcibile* a cura di G. VETTORI, Padova, 2004, 211, secondo cui appare indefettibile, in casi come questo, il ricorso ad un'analisi che tenga conto della peculiare situazione concreta che lega il soggetto informatore a quello informato.

<sup>117</sup> C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., 210.

<sup>118</sup> Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 22 luglio 1999, n.500, in *Giust. Civ.*, 1999, I, con nota di M.R. MORELLI, *Le fortune di un obiter: crolla il muro virtuale della irrisarcibilità degli interessi legittimi*, 2261.

celebre sentenza, infatti, si è progressivamente abbandonata la concezione sanzionatoria della responsabilità extracontrattuale<sup>119</sup>. Più in particolare, la Corte di Cassazione non ha più inteso l'art. 2043 cod. civ. come norma punitiva della violazione di prescrizioni poste dall'ordinamento a tutela di diritti assoluti, bensì come norma attributiva di un autonomo diritto soggettivo al risarcimento del danno subito dall'intrusione illecita nell'altrui sfera giuridica.

Il percorso seguito della giurisprudenza in ordine alla risarcibilità degli interessi legittimi, tuttavia, è stato lungo e tortuoso. Fino agli ultimi anni del secolo scorso il risarcimento del danno causato dall'attività amministrativa, infatti, era regolato da due principi cardine, costantemente osservati dall'applicazione giurisprudenziale: in prima battuta, l'unica posizione suscettibile di risarcimento era il diritto soggettivo pregiudicato da un comportamento antigiuridico da parte della P.A. e, in particolare, attraverso provvedimenti ritenuti illegittimi da parte del giudice amministrativo; in seconda battuta, ad essere competente per il riconoscimento del risarcimento del danno subito dal privato era il giudice ordinario<sup>120</sup>.

Orbene, il sistema delineato discendeva direttamente dalla legge del 1865 abolitrice dei tribunali del contenzioso amministrativo (L.A.C.)<sup>121</sup>. Nello specifico, quando la lesione di una situazione giuridica era imputabile alla P.A., tale effetto dannoso era rimesso alla cognizione del giudice ordinario. Quest'ultimo poteva conoscere dell'effetto del provvedimento e, se questo era riconosciuto illegittimo, lo disapplicava, concedendo il risarcimento del danno. Il giudice ordinario, tuttavia, non poteva annullare l'atto amministrativo; sicché, il bene perduto per effetto del provvedimento illegittimo non poteva essere recuperato dal privato.

Al bene a cui aspirava il privato, che rappresentava il nucleo primigenio dell'interesse legittimo oggi comunemente inteso, non poteva quindi essere accordata alcuna tutela adeguata. L'interesse legittimo, quindi, è venuto pian piano emergendo come posizione soggettiva tutelata solo indirettamente, attraverso l'imposizione alla P.A. dell'obbligo di curare l'interesse pubblico in conformità alle leggi che regolano l'esercizio della funzione<sup>122</sup>.

L'avvento della giurisdizione amministrativa con l'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato nel 1889, non mutò il tipo di tutela accordata all'interesse legittimo: il privato doveva accontentarsi del ristoro dell'interesse legittimo, che poteva derivargli dal ripristino della situazione anteriore dell'atto annullato; purtuttavia, rimanevano senza ristoro l'insieme dei pregiudizi subiti a causa del provvedimento annullato.

---

<sup>119</sup> C. M. BIANCA, *Diritto civile*, cit.

<sup>120</sup> E. FOLLIERI, *Le situazioni giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, Padova, 1999, 73.

<sup>121</sup> Legge n. 2248 del 1865 all. E. In particolare, l'art. 4 prevedeva che «Quando la contestazione cade sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell'autorità amministrativa, i tribunali si limiteranno a conoscere degli effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio. L'atto amministrativo non potrà essere revocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato dei Tribunali in quanto riguarda il caso deciso».

<sup>122</sup> Cfr. E. CASETTA, *Diritto soggettivo e interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, in *Riv.trim.dir pubbl.*, 1952, 611.

Prima della statuizione del 1999, il legislatore, mediante il d.lgs. n. 80 del 1998, nell'operare una cospicua redistribuzione della competenza giurisdizionale tra giudice ordinario e giudice amministrativo in base al criterio della giurisdizione esclusiva per materia, aveva già attribuito al giudice amministrativo, investito di giurisdizione esclusiva (comprensiva, quindi, delle questioni concernenti interessi legittimi e diritti soggettivi), il potere di disporre, in significativi settori, il risarcimento del danno ingiusto, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica.

Nella sentenza n. 500 del 1999 si è assistito, però, ad un vero mutamento di prospettiva relativo all'ambito di operatività della tutela aquiliana. Più nel dettaglio, il ricorso riproponeva la questione della risarcibilità degli interessi legittimi, o meglio il problema della configurabilità della responsabilità civile della P.A., ai sensi dell'art. 2043 cod. civ., per il risarcimento dei danni derivanti ai soggetti privati dalla emanazione di atti o di provvedimenti amministrativi illegittimi, lesivi di situazioni di interesse legittimo, fino a quel momento sprovvisto un'adeguata tutela<sup>123</sup>.

In quell'occasione, le Sezioni Unite hanno ritenuto di dover riconsiderare il proprio orientamento, sulla base di un radicale dissenso sempre manifestato dalla quasi unanime dottrina, che aveva criticato i presupposti individuati nella tradizionale lettura dell'art. 2043 cod. civ. e, per l'effetto, denunciato come iniqua la sostanziale immunità della P.A. per l'esercizio illegittimo della funzione pubblica. Tutto ciò, del resto, era in linea con il progressivo affermarsi di una giurisprudenza di legittimità volta ad ampliare l'area della risarcibilità *ex art. 2043 cod. civ.*, sia nei rapporti tra privati, incrementando il novero delle posizioni tutelabili, sia nei rapporti tra privati e P.A., valorizzando il nesso tra interesse legittimo ed interesse materiale sottostante<sup>124</sup>.

In verità, con particolare riferimento alla specifica questione riguardante la risarcibilità degli interessi legittimi, le Sezioni Unite hanno rilevato che il tradizionale orientamento, preclusivo della risarcibilità degli stessi, era stato sostanzialmente superato mediante operazioni di trasfigurazione di alcune figure di interesse legittimo in diritti soggettivi, con conseguente apertura dell'accesso alla tutela risarcitoria *ex art. 2043 cod. civ.*, a questi ultimi tradizionalmente riservata<sup>125</sup>. In tal senso, l'interesse legittimo non rileva tanto come situazione meramente processuale, cioè quale titolo di legittimazione per la proposizione del ricorso al giudice amministrativo, bensì manifesta una natura sostanziale, correlandosi ad un interesse materiale del titolare ad un bene della vita, la cui lesione concretizza un danno. Da questo deriva che l'interesse effettivo che l'ordinamento protegge è pur sempre l'interesse ad un bene della vita: ciò che caratterizza l'interesse legittimo e lo

---

<sup>123</sup> A. ROMANO, *Sono risarcibili, ma perché devono essere interessi legittimi?*, in *Foro it.*, 1999, 3223.

<sup>124</sup> M. BARCELLONA, *Responsabilità civile e interessi legittimi: oltre le Sezioni Unite*, in *Rivista critica dir. privato*, 2000, 39.

<sup>125</sup> V. CARBONE, *Le nuove frontiere della giurisdizione sul risarcimento del danno da atto amministrativo illegittimo della pubblica amministrazione*, in *Corr. giur.*, 2000, 1127.

distingue dal diritto soggettivo è, allora, soltanto il modo o la misura con cui l'interesse sostanziale ottiene protezione<sup>126</sup>.

Il Supremo Consesso definisce, pertanto, l'interesse legittimo: “*come la posizione di vantaggio riservata ad un soggetto in relazione ad un bene della vita oggetto di un provvedimento amministrativo e consistente nell'attribuzione a tale soggetto di poteri idonei ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione dell'interesse al bene*”. In altri termini, l'interesse legittimo emerge nel momento in cui l'interesse del privato ad ottenere o a conservare un bene della vita viene a confronto con il potere amministrativo, e cioè con il potere della P.A. di soddisfare l'interesse o di sacrificarlo<sup>127</sup>.

Sul punto, è bene tenere a mente la distinzione fra interessi oppositivi e pretensivi. Questi ultimi concernono il conseguimento di un bene a cui il privato aspira, e si concretizzano in una pretesa del soggetto privato alla legittimità dell'azione amministrativa; gli interessi oppositivi, invece, esprimono la resistenza ad un'aggressione alla sfera giuridica del privato, tramite l'adozione di un provvedimento amministrativo<sup>128</sup>. L'adozione dell'atto da parte della P.A. provoca una degradazione del diritto sul bene del privato a interesse legittimo, il quale consiste nel potere di domandare al giudice la verifica della legittimità dell'atto emanato<sup>129</sup>. Nel caso in cui il giudice disponga l'annullamento dell'atto, poi, il privato recupera il diritto perduto, cosicché la sua posizione riacquista anche pienezza della tutela che è tipica della lesione di un diritto *ex art. 2043 cod. civ.*

Come si è visto, prima del 1999, al fine di includere gli interessi legittimi (oppositivi) nell'area della tutela aquiliana, la tecnica utilizzata era di ampliare l'area della risarcibilità *ex art. 2043 cod. civ.* nei rapporti tra privati, e cioè l'elevazione di determinate figure di interessi legittimi a diritti soggettivi<sup>130</sup>. Un esempio si è avuto con la risarcibilità del c.d. diritto affievolito<sup>131</sup>, cioè dell'originaria situazione di diritto soggettivo incisa da un provvedimento illegittimo che sia stato poi annullato dal giudice amministrativo con effetto ripristinatorio retroattivo<sup>132</sup>.

L'esigenza di ravvisare un diritto soggettivo che rinasce era palesemente dettata dalla necessità di muoversi nell'area tradizionale dell'*art. 2043 cod. civ.* Il privato, infatti, una volta acquisita in forza del provvedimento amministrativo la posizione di vantaggio, risulta(va) titolare di un «interesse legittimo oppositivo» alla illegittima

---

<sup>126</sup> A. SANDULLI, *Note problematiche in tema di risarcibilità dei danni recati dalla pubblica amministrazione ad interessi protetti a titolo d'interesse legittimo*, Milano, 1965, 281.

<sup>127</sup> F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990, 14.

<sup>128</sup> A.R. TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, aggiornamento, II, Milano, 1998, 966.

<sup>129</sup> M. FRACANZANI, *Alle radici teoriche dell'interesse legittimo*, in *DPA*, 1997, 279.

<sup>130</sup> E. CANNADA BARTOLI, *Interesse (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1992.

<sup>131</sup> G. TUCCI, *Giudice civile e affievolimento del diritto soggettivo*, Milano, 1991, 7.

<sup>132</sup> La vicenda può invero essere anche intesa in termini di tutela di un «interesse legittimo oppositivo», considerando che il provvedimento illegittimo estingue il diritto soggettivo, ed il privato riceve tutela grazie alla facoltà di reazione propria dell'interesse legittimo, prima davanti al giudice amministrativo, per l'eliminazione dell'atto, e successivamente davanti al giudice ordinario che dispone del potere di condanna al risarcimento, per la riparazione delle ulteriori conseguenze patrimoniali negative.

rimozione della situazione medesima, del quale si avvale(va) utilmente sia per eliminare l'atto, sia per ottenere la reintegrazione dell'eventuale pregiudizio patrimoniale sofferto. In sostanza, la giurisprudenza *ante* 1999 disponeva il risarcimento del danno derivato dalla menomazione di interessi legittimi oppositivi, utilizzando i cosiddetti diritti in attesa di espansione o i diritti affievoliti, per rispettare il principio tradizionale che delimitava l'area del danno ingiusto attraverso la figura del diritto soggettivo<sup>133</sup>.

Tale impostazione è stata definitivamente superata dalla pronuncia in commento, la quale considera «danno ingiusto» il pregiudizio arrecato in assenza di una causa di giustificazione, che l'ordinamento non può tollerare a carico della vittima. Ne consegue, pertanto, che esso (pregiudizio) va trasferito all'autore del fatto, in quanto lesivo di interessi giuridicamente tutelati, quale che sia la qualificazione formale di detti interessi e senza che ne siano valutati come diritti soggettivi perfetti<sup>134</sup>.

Come si vede, la ricostruzione del problema in questi termini discende, da un lato, da un'estensione del concetto di interesse legittimo, inteso quale posizione di vantaggio in relazione ad un bene della vita oggetto di un atto della P.A., che attribuisce al privato poteri idonei ad influire sul corretto esercizio del potere pubblicistico, in modo da rendere possibile la realizzazione della pretesa all'utilità<sup>135</sup>; dall'altro lato, da una nuova concezione relazionale fra la P.A. ed il privato, imperniata sulla buona fede quale principio cardine dell'*agere* amministrativo<sup>136</sup>.

Infine, gli approdi della giurisprudenza sono stati positivizzati, dapprima, con la legge n. 205/2000 e, da ultimo, dal decreto legislativo n. 104/2010 (c.d. "Codice del processo amministrativo"), ove l'art. 30 contempla il «*danno ingiusto di natura patrimoniale derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria*».

#### 4. – *Il concetto di danno alla persona e l'entrata nel moderno*

Con l'utilizzazione generalizzata della nozione di danno non patrimoniale si apre la fase della modernità per quanto riguarda gli sviluppi del sistema della responsabilità civile<sup>137</sup>. La spinta per una rinnovata produzione di conoscenze, in ordine ai rapporti compresi in tale sistema, è impressa dalla formazione di nuove relazioni del soggetto con il mondo della vita, che aumentano la complessità di valori. La dottrina di questi ultimi decenni (prendendo a riferimento una norma, qual

---

<sup>133</sup> R. CHIEPPA – R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2011, 987.

<sup>134</sup> E. PICOZZA, *Le situazioni giuridiche soggettive*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo, Parte generale*, Milano, 1997, 499.

<sup>135</sup> M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, 121.

<sup>136</sup> G.U. RESCIGNO, *La tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi secondo la Costituzione italiana*, in *Dir. pub.*, 2006, 1, 111.

<sup>137</sup> Cfr. D. MESSINETTI, voce *Danno giuridico*, cit., 477. V. pure E. NAVARRETTA, *I danni non patrimoniali nella responsabilità extracontrattuale*, in E. NAVARRETTA, *I danni non patrimoniali*, cit., 4 ss. con ampi riferimenti giurisprudenziali e dottrinali.

è l'art. 2059 cod. civ., nata in un contesto particolare e storicamente condizionato<sup>138</sup>) ha costruito questi nuovi aspetti della vita mediante il concetto fondamentale che la modernità dei sistemi risarcitori è contrassegnata dalla dinamica peculiare di patrimonialità e non patrimonialità degli interessi, per la quale ognuno dei due ambiti contiene un proprio centro di rapporti<sup>139</sup>.

L'evoluzione giurisprudenziale sin qui esaminata sul concetto di danno ingiusto ci porta a verificare come l'ingiustizia del danno abbia influito sul sistema risarcitorio. Quest'ultimo, così come delineato dal codice civile, prevede, come regola, il risarcimento del danno patrimoniale (art. 2043) e, come eccezione, prevista di volta in volta dal legislatore, il risarcimento del danno non patrimoniale (art. 2059)<sup>140</sup>.

Nel passato, si riteneva proprio che la responsabilità civile fosse a presidio del patrimonio, poiché deputata ad un rigido dispositivo di riallocazione della ricchezza materiale<sup>141</sup>. Garante di tale funzione strettamente patrimoniale dell'istituto era, appunto, la dimensione economicistica (ritenuta implicita nel concetto di danno), della quale avrebbe costituito definitiva conferma il lessico del risarcimento, incentrato sulle nozioni di «perdita» e di «mancato guadagno»<sup>142</sup>. Più nel dettaglio, il sistema rappresentato dal Codice prevede una nozione di danno come perdita economica. In questo senso, nell'art. 2043 cod. civ. il danno costituisce, allo stesso tempo, il presupposto e il contenuto della tutela che consiste proprio nell'obbligo di risarcirlo. In sostanza, il sistema del risarcimento è costruito sulla base del principio della riparazione integrale, secondo il quale vi è una sostanziale corrispondenza tra il danno giuridicamente cagionato dal responsabile e il danno da risarcire. Diversamente, l'esperibilità del rimedio risarcitorio per i danni di natura non patrimoniale veniva tradizionalmente affidata all'art. 2059 cod. civ. L'originario paradigma disegnato dal codice prevede, quindi, un danno patrimoniale, di cui parla l'art. 2043 cod. civ., mentre l'art. 2059 cod. civ. appare come una norma estranea dal codice, guardata con disfavore dal legislatore del 1942 verso la risarcibilità dei pregiudizi non strettamente economici, che impone di ricercare fuori dalla stessa disposizione le ragioni e l'ambito di applicazione di tale categoria di danno<sup>143</sup>.

Com'è noto, il danno non patrimoniale si caratterizza per avere ad oggetto la lesione di interessi non economici, ossia di interessi che alla stregua della coscienza

---

<sup>138</sup> Per l'analisi dell'impianto istituzionale della norma v., in particolare, R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale (Contributo alla teoria del danno extracontrattuale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 277 ss.; nonché P. RESCIGNO, *Il danno non patrimoniale (Le «letture» dell'art. 2059, tra interpretazione e riforma)*, in *Dir. inform.*, 1985, 5 ss.

<sup>139</sup> Cfr., in tal senso, D. MESSINETTI, voce *Danno giuridico*, cit., 476.

<sup>140</sup> F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 736.

<sup>141</sup> Cfr., in argomento, R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale*, cit., 309 ss., che con un anticipo di trent'anni aveva già tematizzato la questione del danno alla persona e del pregiudizio alla vita di relazione; v. pure le acute riflessioni di D. MESSINETTI, *Recenti orientamenti sulla tutela della persona. La moltiplicazione dei diritti e dei danni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, 201 ss., che più di ogni altro ha approfondito il tema del confine del danno alla persona e delle rispettive forme giuridiche.

<sup>142</sup> Così M. BARCELLONA, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2008, 2. In tema cfr. anche A. DONATI, *Danno non patrimoniale e solidarietà*, Padova, 2004, 29, 42 ss., nonché D. MESSINETTI, voce *Danno giuridico*, cit., 473 ss.

<sup>143</sup> Così C. SALVI, *La responsabilità civile*, cit., 53.

sociale sono insuscettibili di precisa quantificazione pecuniaria. Il danno previsto dall'art. 2059 cod. civ., inoltre, è risarcibile esclusivamente nei casi previsti dalla legge, sicché si tratta di un danno prettamente tipico, che rinviene nella combinazione tra la norma in commento ed altra norma di legge il suo fondamento risarcitorio: da tale assunto si ricava una netta differenza con l'art. 2043 cod. civ., in cui prevale la regola dell'atipicità.

Orbene, l'unica previsione espressa in tema di risarcimento del danno non patrimoniale è racchiusa nell'art. 185 del codice penale del 1930. Ed infatti, la giurisprudenza più risalente si è consolidata proprio nel dare applicazione all'art. 2059 cod. civ. – e al conseguente danno risarcibile – solo in presenza di un reato, individuandone il contenuto nel danno morale soggettivo, inteso quale sofferenza e turbamento dell'animo transeunte<sup>144</sup>.

Tale assetto della giurisprudenza è progressivamente mutato, a partire dagli anni settanta del secolo scorso, in favore di un nuovo sistema della responsabilità civile che privilegia le esigenze di compensazione a svantaggio delle esigenze di selezione dei danni risarcibili, incompatibili con il sistema delineato dal codice del 1942. Invero, le prime contraddizioni sono emerse nel famoso caso “Gennarino” trattato dal Tribunale di Milano nel 1971<sup>145</sup>, in cui al figlio di un manovale rimasto vittima di un incidente fu negato il risarcimento del danno alla persona, assumendo che il figlio avrebbe seguito la via intrapresa dal padre. Più nel dettaglio, il Tribunale meneghino asserì che il danno alla salute non è in sé risarcibile, ma solo in quanto dalla lesione dello stesso derivino conseguenze pregiudizievoli di ordine patrimoniale e non. Sicché, ai fini del risarcimento di tutti i danni patrimoniali devono essere provate tutte le lesioni della capacità reddituale attuale o futura, la quale, nel caso di specie, fu dichiarata pari a zero sulla base di un giudizio prognostico secondo il quale il figlio di un manovale avrebbe fatto anch'egli lo stesso lavoro. Inoltre, ai fini del risarcimento del danno morale, era necessaria l'integrazione di un reato da provare sulla base delle tecniche di accertamento proprie del diritto penale, che impongono la prova rigorosa di tutti gli elementi dell'illecito penale. Le conseguenze di una simile statuizione comportavano un grave *deficit* alla tutela del diritto fondamentale alla salute, in evidente violazione dell'art. 32 Cost. nella sua valenza precettiva e non meramente programmatica.

Sulla base di tali considerazioni, il sistema sin qui delineato dalla giurisprudenza è stato rivalutato sul finire degli anni '70, in cui si andò definendo un concezione tripolare del danno risarcibile. L'idea centrale all'interno del sistema tripolare è quella secondo cui la categoria del danno risarcibile non si esaurisce in quello patrimoniale e morale soggettivo, ma comprende altresì il danno biologico. In particolare, il danno alla persona non può più essere limitato alle categorie del danno

---

<sup>144</sup> All'art. 185 c.p. fecero seguito altre ipotesi extra-penali tipizzate di risarcibilità del danno non patrimoniale quali: l'art.1 della legge n.117 del 1988 sulla responsabilità dei magistrati; gli artt. 89 e 598 c.p. (in materia di espressione offensive all'interno del processo); l'art. della legge n.675 del 1996 sul danno da illecito trattamento dei dati personali; l'art. 1 della legge n.89 del 2001 sulla irragionevole durata del processo.

<sup>145</sup> Cfr. Tribunale di Milano, 18.1.1971, in *Giurisprudenza di merito*, 1971, I, 209.



patrimoniale e del danno non patrimoniale, inteso quale danno morale soggettivo, ma deve trovare espressione anche nel danno biologico, inteso sia quale lesione all'integrità psicofisica, ma anche con eventuali ripercussioni sulle attività extralavorative, sociali e culturali del danneggiato.

Il sistema anzidetto rivaluta fortemente il diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost., inteso quale diritto soggettivo fondamentale, tutelato sia nei confronti dello Stato sia nei rapporti fra privati, in maniera assoluta ed incondizionata. Il diritto alla salute assurge, quindi, a diritto primario e assoluto, da ricomprendere tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione.

Non v'è dubbio, infatti, che la dimensione rigidamente economicistica del danno e del suo risarcimento sia stata messa in crisi dal «danno biologico»<sup>146</sup>. Quest'ultimo, usualmente definito come il «pregiudizio attinente alla lesione in se e per se considerata dell'integrità fisica e della salute», distinto tanto dalle ricadute economiche quanto dalla mera sofferenza da essa provocata, ha aperto una crepa nella vecchia costruzione del danno. Nello specifico, venuto meno il limite della patrimonialità e conferita rilevanza risarcitoria al danno alla persona, inevitabile è stata la definitiva apertura della responsabilità, di ogni forma di responsabilità, all'intero spettro dei valori personalistici: l'irriducibilità della persona alla sola salute, infatti, ha imposto di espanderne la tutela all'intero «danno esistenziale», ossia a «qualsiasi concreta modificazione negativa della sfera personale del danneggiato»; ma tale generalizzata rilevanza – sul versante del danno – della sfera personale, a sua volta, priverebbe di ragioni la negazione di tale tutela nell'ambito della responsabilità contrattuale<sup>147</sup>. E proprio questo ha segnato nell'ambito della responsabilità civile «una totale ridefinizione dei suoi termini, non più nella sola direzione di ciò che la persona *ha o spera di avere*, e cioè in termini di beni o di utilità patrimonialmente apprezzabili, ma dello stesso *essere* persona, in quanto valore di per sé tutelabile»<sup>148</sup>. Da ciò deriva, senza dubbio, un elemento dinamico, che connota la persona nel suo significato di valore fondamentale dell'ordinamento. Infatti, la conseguenza che si può trarre consiste nel percepire il valore di persona come principio di interpretazione evolutiva, allo scopo di adeguare disposizioni vecchie a situazioni nuovi. La persona è, dunque, «interesse sostanziale che esige positiva attuazione»<sup>149</sup>.

---

<sup>146</sup> In argomento, v. F. MASTROPAOLO, *Il risarcimento del danno alla salute*, Napoli, 1983; G. ALPA, *Il danno biologico. Percorso di un'idea*, Padova, 1987; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La riparazione dei danni alla persona*, Napoli, 1993; E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996; C. CASTRONOVO, *Il danno biologico. Un itinerario di diritto giurisprudenziale*, Milano, 1998; M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, Milano, 2004, 359 ss.

<sup>147</sup> Cfr., in tal senso, M. BARCELLONA, *Il danno non patrimoniale*, cit., 4. Sul punto v. M. COSTANZA, *Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale*, cit., 127 ss.; E. GUERINONI, *Danno da «vacanza rovinata» e art. 2059*, in *Contratti*, 2001, 580 e la fenomenologia segnalata da U. DAL LAGO – R. BORDON, *La nuova disciplina del danno non patrimoniale*, Milano, 2005, 92.

<sup>148</sup> L'affermazione è di A. DI MAJO, *L'avventura del danno biologico: considerazioni in punta di penna*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, 299.

<sup>149</sup> Così P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, 178.

Bisogna tener conto che questa prospettiva valoristica si è imposta anche sotto la spinta delle ideologie solidaristiche, con le quali si è cercato di accrescere il modello culturale dell'uomo giuridico<sup>150</sup>. Come si chiarirà meglio nel prosieguo, l'aggancio del risarcimento del danno non patrimoniale all'art. 2 Cost. e, in particolare, al principio di solidarietà sociale ha aperto una nuova stagione nello studio, prima, e nella concretizzazione ed applicazione, poi, dei rimedi, sancendone la sua estroflessione nei confronti di dimensioni normative diverse da quella del sistema giuridico conchiuso<sup>151</sup>. Nello specifico, la veduta solidaristica si è articolata su due filoni fondamentali, convergenti nei risultati: da un lato, l'adeguamento ad un ordine etico-idealistico; dall'altro, il progetto socio-statale. È indubbio che, in conformità di questi principi, si sia attuata una modificazione nella percezione concettuale del sistema della responsabilità civile, allo scopo di neutralizzare, tramite effetti di normalizzazione, squilibri del sistema di occupazione e patologie del mondo della vita<sup>152</sup>.

Le considerazioni fin qui svolte sono state fatte proprie dalla sentenza della Corte Costituzionale nella sentenza "Dell'Andro" del 1986<sup>153</sup>, in cui il danno biologico assume la connotazione di danno-evento risarcibile *ex art. 2043 cod. civ.*, in caso di lesione alla salute, intesa quale lesione psicofisica suscettibile di valutazione economica secondo criteri oggettivi ed uniformi<sup>154</sup>.

---

<sup>150</sup> Cfr. D. MESSINETTI, voce *Danno giuridico*, cit., 478, il quale avverte che «bisogna recuperare il senso dell'autonomia delle forme destinate a rivestire, rispettivamente, il principio dell'individualità, che si porta a compimento nella sfera del non economico e delle prerogative *personali* dell'individuo, e il principio della socializzazione che si struttura *sul* e *nel* mercato». Questa formulazione serve a contraddistinguere «il problema della mediazione tra individuo e società nei conflitti antagonisti, in cui la domanda di tutela individualistica comporta essenzialmente un'affermazione di *garanzia* contro l'invasione e l'aggressione da parte dei poteri forti, al fine di neutralizzarne (mediante l'inibizione) gli effetti, dal diverso problema della distribuzione delle risorse».

<sup>151</sup> Sul tema della solidarietà indicazioni utili si rinvencono in F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo (Estratto)*, cit., 12. Per un quadro di riferimento chiaro cfr. il recente e suggestivo studio di F.D. BUSNELLI, *Il principio di solidarietà e «l'attesa della povera gente», oggi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 413 ss., sollecitato dal volume di M.C. BLAIS, *La solidarietà. Storia di un'idea*, a cura e con presentazione di B. MAGNI, *Tra ponti e confini: l'idea di solidarietà*, Milano, 2012; v. anche M. RICCIARDI, *Solidarietà, contratto e giustizia*, in *Persona e mercato*, 2013, 135 ss.; nonché l'attualissimo saggio di L. MENGONI, *Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili dell'uomo e doveri inderogabili di solidarietà*, in M. NAPOLI (a cura di), *Costituzione, lavoro, pluralismo sociale*, Milano, 1998, 45 ss., spec. 48 ss., ora in *Scritti. I. Metodo e teoria giuridica*, a cura di C. CASTRONOVO – A. ALBANESE – A. NICOLUSSI, Milano, 2011, 139 ss. e il recente contributo, con un taglio filosofico-politico, di S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014, *passim*. Cfr. altresì M. GRONDONA, *Solidarietà e contratto: una lettura costituzionale della clausola generale di buona fede*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 727 ss.; ID., *Non scarsa importanza dell'inadempimento e potenzialità della buona fede a difesa del contratto*, in *Contratti*, 2013, 1021 ss., spec. 1026 ss.; R. CIPPITANI, *La solidarietà giuridica tra pubblico e privato*, Perugia, 2010, *passim*.

<sup>152</sup> Cfr. D. MESSINETTI, voce *Danno giuridico*, cit., 478.

<sup>153</sup> Corte Costituzionale, 30 giugno 1986, n. 184, in *I danni alla persona*, con nota di A. GORGONI, in *Il danno risarcibile* a cura di G. VETTORI, cit., 620.

<sup>154</sup> In argomento G. B. PETTI, *Il risarcimento del danno biologico*, Torino, 1997; G. ALPA, *Il danno biologico*, Padova, 1993. F. MASTROPAOLO, *Il risarcimento del danno alla salute*, Napoli, 1983; G. ALPA, *Il danno biologico. Percorso di un'idea*, Padova, 1987; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La riparazione dei danni alla persona*, Napoli, 1993; E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996; C. CASTRONOVO, *Il danno biologico. Un itinerario di diritto giurisprudenziale*, Milano, 1998; M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, Milano, 2004, 359 ss.

Accanto al danno biologico compaiono due altre categorie di danno risarcibile: il danno non patrimoniale, inteso come danno-conseguenza, nell'accezione di danno morale soggettivo cagionato da reato; e un danno patrimoniale puro da lucro cessante, quale menomazione della capacità lavorativa del soggetto<sup>155</sup>.

La ricostruzione operata dalla Consulta nella pronuncia in commento risulta basata sulla distinzione tra danno evento e danno conseguenza. Più nel dettaglio, il danno biologico è qualificato come danno evento, sicché la lesione dell'integrità psicofisica del soggetto danneggiato costituisce l'evento interno al fatto illecito, collegato al comportamento del danneggiante da un nesso di causalità. Di converso, le ulteriori componenti di danno, cioè il danno morale soggettivo ed il danno patrimoniale in senso stretto, vengono considerati danno conseguenza, in quanto conseguenze eventuali ed esterne al fatto, che possono verificarsi o meno. In queste categorie di danno, pertanto, sarà necessario accertare il nesso fra condotta ed evento e, successivamente, fra condotta, evento e danno; per il danno biologico, invece, inteso quale danno evento, non sarà necessario appurare la sussistenza della lesione, poiché l'*an* risulta già determinato mediante il principio dell'equivalenza causale.

È evidente come la Consulta abbia rivoluzionato il concetto di patrimonio, attraverso una lettura innovativa e costituzionalmente orientata dell'art. 2059 cod. civ., valorizzando la natura del patrimonio del soggetto, inteso non solo in un'accezione squisitamente patrimonialistica, ma anche personale, comprensivo di beni fondamentali dell'individuo non suscettibili di stretta valutazione economica. Conclusivamente, dalla ricostruzione operata dalla Consulta si ricava un sistema del danno risarcibile tripolare, composto da: un danno evento patrimoniale, comprensivo della lesione in sé dei diritti fondamentali della persona, risarcibile *ex art.* 2043 cod. civ.; un danno conseguenza di carattere patrimoniale, risarcibile sempre *ex art.* 2043 cod. civ., provando la menomazione della capacità lavorativa; e, infine, un danno conseguenza di carattere non patrimoniale, indentificato nel danno morale soggettivo, risarcibile *ex art.* 2059 cod. civ. nei soli casi previsti dalla legge.

Il sistema costruito dalla Corte Costituzionale è entrato in profonda crisi, però, a causa delle richieste sempre più pressante di diverse voci di pregiudizio non patrimoniale, sovente in collisione con i limiti dell'art. 2059 cod. civ.<sup>156</sup>. Dopo la

---

<sup>155</sup> C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno biologico: una categoria italiana del danno alla persona*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, 277.

<sup>156</sup> <sup>156</sup> La questione rese necessaria una rivisitazione del sistema delineato dalla Consulta del 1986. Sul punto, celebre è il precedente costituito dalla sentenza "Seveso" in cui le Sezioni Unite hanno dichiarato che «*in caso di compromissione dell'ambiente a seguito di disastro colposo (art. 449 c.p.), il danno morale soggettivo lamentato da coloro che, trovandosi in una particolare situazione con tale ambiente, provino in concreto di avere subito un turbamento psichico (sofferenze e patemi d'animo) di natura transitoria a causa dell'esposizione a sostanze inquinanti ed alle conseguenti limitazioni del normale svolgimento della loro vita, è risarcibile autonomamente anche in mancanza di una lesione all'integrità psico - fisica (danno biologico) o di altro evento produttivo di danno patrimoniale, trattandosi di reato plurioffensivo che comporta, oltre all'offesa all'ambiente ed alla pubblica incolumità, anche l'offesa ai singoli, pregiudicati nella loro sfera individuale [...] non sussiste alcuna ragione, logica e/o giuridica, per negare tale risarcibilità ove il soggetto offeso, pur in assenza di una lesione alla salute, provi di avere subito un turbamento psichico (che si pone anch'esso come danno-evento, alla pari dell'eventuale danno biologico o patrimoniale, nella specie non ravvisati)*» (Cass. S.U., n. 2515 del 21.2.2002, in *Danno e resp.* 2002, 499).

pronuncia in commento, infatti, si è posto il problema di verificare se la ricostruzione di un danno evento legato alle lesioni della salute fosse limitata al pregiudizio esclusivo del bene salute, ovvero se dovesse essere estesa alla lesione degli altri diritti fondamentali della persona di cui all'art. 2 Cost. In questo senso, la lesione di un bene essenziale inerente alla personalità, anche diverso dalla salute, tutelato da norme costituzionali di rango fondamentale e immediatamente precettive nei rapporti privati, configurerebbe un danno evento risarcibile a prescindere dalle eventuali conseguenze. In tale contesto, nasce la figura del danno esistenziale<sup>157</sup>.

La comparsa nel panorama giurisprudenziale del danno esistenziale avviene in un momento in cui si limitava l'applicazione dell'art. 2059 cod. civ. ai soli danni morali, negando la tutela agli individui che abbiano subito una lesione ad un bene diverso dalla salute. Tali soggetti rimanevano, quindi, sprovvisti di tutela adeguata, in quanto, secondo il sistema descritto sopra, il danno morale era limitato al turbamento transeunte e risarcibile nei soli casi previsti dalla legge, mentre il danno biologico era confinato solo ai danni 'medici' legalmente accertabili.

Il danno esistenziale nasce, quindi, per apprestare una tutela adeguata in caso di lesioni ai diritti della personalità prive di risvolti economici non immediatamente percepibili. Più in particolare, il danno esistenziale consiste nel peggioramento della qualità di vita derivante dalla forzata rinuncia ad attività che non incidono sulla sfera reddituale del soggetto, ma che rappresentano fonti di benessere per lo stesso. Ne deriva che il danno subito dovrà incidere sulla vita relazionale, modificando in peggio l'esistenza o la qualità della vita della persona danneggiata<sup>158</sup>.

Si tratta, a ben vedere, di un danno polivalente, omnicomprensivo di qualsivoglia modificazione *in peius* delle abitudini di vita di un individuo: il danno esistenziale è dato da una forzosa rinuncia allo svolgimento di attività non remunerative, fonte di compiacimento o di benessere per il danneggiato, perdita non causata da una compromissione dell'integrità psicofisica.

La lesione di un bene diverso dalla salute, secondo la prospettiva del danno esistenziale, pone il soggetto a non potere più svolgere attività usuali, prima di essere colpito dall'atto illecito, regredendo in maniera oggettiva le sue condizioni di vita. Tale pregiudizio risulta diverso sia dal danno morale soggettivo, inteso quale sofferenza intima del soggetto, in quanto viene individuato in un'alterazione della vita di relazione, compromettendo la dimensione esistenziale della persona<sup>159</sup>, sia dal danno biologico. A differenza di quest'ultimo, infatti, tale voce di danno sussiste indipendentemente da una lesione fisica o psichica suscettibile di accertamento e valutazione medico legale; rispetto al danno morale, inteso come transeunte turbamento dello stato d'animo della vittima, invece, esso non consiste in una sofferenza od in un dolore, ma nella rinuncia ad una attività concreta. Infine,

---

<sup>157</sup> In argomento P. CENDON-P. ZIVIZ, *Il risarcimento del danno esistenziale*, Milano, 2003, 225; G. MONATERI - M. BONA - U. OLIVA, *Il nuovo danno alla persona*, Milano, 1999, 256; M. BONA, voce *Danno esistenziale*, in *Dig. IV ed., Disc. Privatistiche, sez. civ.*, Torino, 2003, 654.

<sup>158</sup> P. CENDON, *Non di sola salute vive l'uomo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1999, 567.

<sup>159</sup> P. ZIVIZ, *La tutela risarcitoria della persona: danno morale e danno esistenziale*, Milano, 1999, 308.

diversamente dal danno patrimoniale, il danno esistenziale prescinde da una diminuzione della capacità reddituale del soggetto.

Sotto il profilo normativo, il danno esistenziale osserva gli elementi costitutivi della responsabilità aquiliana: primo fra tutti la necessità che il danno cagionato sia ingiusto<sup>160</sup>. Ne deriva che il danno esistenziale risarcibile non è la mera rinuncia ad attività di piacere non remunerative per il soggetto, ma deve trattarsi di una privazione derivante da una lesione della posizione giuridica soggettiva del danneggiato. Occorre, altresì, che l'atto pregiudizievole sia non solo *contra ius*, ma anche *non iure*. In tale prospettiva, il danno esistenziale non crea nuove figure di danno risarcibile, ma affida all'interpretazione dei giudici se l'atto illecito lede posizioni giuridiche meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico.

Parametro di riferimento per la risarcibilità del danno esistenziale offerto agli interpreti è la Carta Costituzionale. In sostanza, il danno esistenziale deve essere causato da un atto illecito che abbia leso posizioni giuridiche soggettive che siano riconosciute e garantite da norme costituzionali.

In realtà, tale posizione ermeneutica era stata già avanzata dalla Consulta nel 1986 con la pronuncia suddetta, con particolare riferimento al danno alla salute, attraverso il combinato disposto dell'art. 2043 cod. civ. con l'art. 32 Cost. Per converso, nel caso del danno esistenziale, dovrà essere connessa con l'art. 2043 cod. civ. la norma costituzionale che di volta in volta riconosce la situazione meritevole di tutela, anche diversa dalla lesione dell'integrità psico-fisica. A tal proposito, la norma costituzionale che più frequentemente è richiamata per il riconoscimento del danno esistenziale è l'art. 2 Cost., disposizione a presidio dei diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo che nelle formazioni sociali, garantendo la libera estrinsecazione della libertà dell'individuo<sup>161</sup>. Non rileva, tuttavia, in via immediata, l'interesse leso, che può anche non essere di diretta rilevanza costituzionale, ma la lesione generale della personalità del soggetto che è suscettibile di tutela, indipendentemente dallo specifico interesse leso che va tutelato ogni qual volta configuri alterazione della manifestazione della personalità, tutelata costituzionalmente ex art. 2 Cost..

In realtà, attenta dottrina ha sottolineato come l'art. 2 Cost. ben potrebbe elargire tutele risarcitorie spropositate, in tema di danno esistenziale, tali da ricomprendere sotto la sua operatività qualsiasi espressione della vita umana, la cui minima lesione peggiorativa potrebbe integrare un diritto al risarcimento<sup>162</sup>; sicché, da un lato, la creazione pretoria, specialmente di merito, elabora la creazione di

---

<sup>160</sup> La risarcibilità del danno esistenziale è stata inizialmente fondata sul disposto di cui all'art. 2043 cod. civ. Ed infatti, poiché lo svolgimento di attività non remunerative costituisce un interesse dell'individuo tutelato dall'ordinamento, la lesione della possibilità di svolgere tali attività può ben essere considerato un danno ingiusto ex art. 2043 cod. civ., come tale risarcibile. Invero, il problema di estendere la tutela risarcitoria nell'area del danno non patrimoniale potrebbe essere risolto senza bisogno di prefigurare una nuova categoria di danno, consentendo la riparazione del danno non patrimoniale in tutte le ipotesi di lesione di diritti soggettivi fondamentali.

<sup>161</sup> P. ZIVIZ, *Verso un altro paradigma risarcitorio*, in *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, a cura di P. CENDON – P. ZIVIZ, Milano, 2000, 839.

<sup>162</sup> E. NAVARRETTA, *Il danno alla persona tra solidarietà e tolleranza*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, 789.

nuovi diritti fondamentali della persona, consentendo la riparazione in termini di pregiudizio non patrimoniale in tutte le ipotesi di lesione di diritti soggettivi fondamentali, dall'altro, una parte della giurisprudenza tende addirittura a non riconoscere il danno esistenziale<sup>163</sup>.

Le incertezze mostrate dalla risarcibilità del danno esistenziale hanno comportato una nuova ricostruzione del sistema risarcitorio, supportata da ben cinque pronunce della Corte di Cassazione nel 2003<sup>164</sup>, con particolare riferimento al contenuto dell'art. 2059 cod. civ., nonché da una pronuncia della Consulta resa nel medesimo anno<sup>165</sup>.

In termini generali, la Suprema Corte ha affermato che il rinvio ai casi previsti dalla legge operato dall'art. 2059 cod. civ., deve essere inteso in modo "costituzionalmente orientato" e, dunque, secondo un modello ben più ampio di quello previsto dall'art. 185 cod. pen.<sup>166</sup>; sicché, nel caso in cui vengano pregiudicati diritti riconducibili all'art. 2 Cost., l'imperatività della norma costituzionale supera la mancata menzione di un'espressa e testuale previsione di risarcimento del danno non patrimoniale<sup>167</sup>. In estrema sintesi, nel caso in cui la lesione abbia inciso su un interesse costituzionalmente protetto, il rinvio ai casi in cui la legge consente la riparazione del danno non patrimoniale ben può essere riferito anche alle previsioni della legge fondamentale<sup>168</sup>.

La lettura costituzionale dell'art. 2059 cod. civ. ribadisce, come già affermato dalla Corte Costituzionale con la pronuncia n. 184 del 1986 in tema di danno biologico, che, in caso di lesioni di diritti costituzionalmente garantiti, non possano esservi limitazioni alla tutela risarcitoria, perché altrimenti lo stesso precetto costituzionale rimarrebbe ineficace<sup>169</sup>.

---

<sup>163</sup> In tal senso, Il Tribunale di Roma afferma addirittura che «non è concepibile nel nostro ordinamento, e di conseguenza non è autonomamente risarcibile, il danno c.d. "esistenziale", asseritamente consistente nella perdita o nello stravolgimento delle proprie abitudini di vita; tale tipo di pregiudizio, infatti, costituisce un danno indistinguibile dalle sofferenze morali con la conseguenza che di esso si deve debitamente tenere conto nella liquidazione del (unico ed unitario) danno morale, e non può essere liquidato a parte ed in aggiunta rispetto agli altri danni non patrimoniali». Tribunale di Roma, 16 gennaio 2004, in *Giur. romana* 2004, 106.

<sup>164</sup> Cass. n. 7281 del 12.5.2003, in *Foro it.* 2003, I, 2274; Cass. n. 7282 del 12.5.2003, in *Resp. civ. e prev.* 2003, 676; Cass. n. 7283 del 12.5.2003, in *Giur. it.* 2004, 1130; Cass. n. 8827 del 31.5.2003, in *Danno e resp.* 2003, 819. Cass. n. 8828 del 31.5.2004, in *Giur. it.*, 2004.

<sup>165</sup> Corte Cost. n. 233 dell'11.7.2003, in *Giur. it.* 2004, 1129.

<sup>166</sup> Il giudice civile, infatti, poteva concedere il risarcimento dei danni non patrimoniale esclusivamente allorquando sulla questione fosse intervenuto un giudicato penale di condanna ovvero, quanto meno, previa indagine circa la sussistenza di tutti gli elementi costituenti il fatto-reato, tra cui l'accertamento in concreto dell'elemento psicologico colpa.

<sup>167</sup> In argomento P. CENDON, *Anche se gli amanti si perdono l'amore non si perderà. Impressioni di lettura su Cass. 8828/2003*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, 385; M. FRANZONI, *Il danno non patrimoniale, il danno morale: una svolta per il danno alla persona*, *Corr. Giur.*, 2003, 19; F.D. BUSNELLI, *Chiaroscuri d'estate. La Corte di Cassazione e il danno alla persona*, in *Danno e resp.*, 2003, 826.

<sup>168</sup> A distanza di qualche anno dalla sua consacrazione, infatti, il danno esistenziale cominciava a mostrare l'esigenza di essere ancorato a propri criteri, altrimenti avrebbe finito per essere solo un contenitore a disposizione della discrezionalità della magistratura giudicante, suscettibile di essere riempito di volta in volta di qualsivoglia doglianza non compiutamente dimostrabile, ad evidente discapito della certezza del diritto e dei diritti alla difesa.

<sup>169</sup> F. D. BUSNELLI, *Chiaroscuri d'estate. La Corte di Cassazione e il danno alla persona*, in *Danno e resp.*, 2003, 826.

L'art. 2059 cod. civ., disposizione fin ad allora offuscata dalla giurisprudenza, acquista una figura centrale all'interno del sistema del danno risarcibile, venendo meno tutte le barriere che ne precludevano l'applicazione<sup>170</sup>. Più in particolare, vengono meno entrambi i limiti che avevano provocato la fuga dall'art. 2059 cod. civ. per i danni da lesione di diritti della persona costituzionalmente garantiti: da un lato, il limite della riserva di legge, in quanto è sufficiente che il diritto o interesse leso venga tutelato, espressamente o implicitamente, dalla Costituzione, sicché tutte le volte in cui venga pregiudicato un interesse di tale spessore, la lesione consequenziale è risarcibile anche se il fatto non sia configurabile come reato; dall'altro, viene meno il limite probatorio, dal momento che nella lesione di un diritto garantito dalla Costituzione non viene in rilievo l'accertamento di un reato ed il consequenziale sistema probatorio altamente gravoso<sup>171</sup>. L'art. 2 Cost., infatti, riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sicché il danno non patrimoniale deve essere inteso come categoria ampia, comprensiva di ogni ipotesi in cui sia leso un valore inerente alla persona, non esaurendosi esso nel danno morale soggettivo<sup>172</sup>.

Le statuizioni della Suprema Corte rendono ormai desueta la categoria del danno evento e con essa il sistema tripolare dei danni risarcibili. Tutti i danni non patrimoniali transitano nuovamente dall'art. 2043 cod. civ. all'art. 2059 cod. civ., ormai costituzionalmente interpretato<sup>173</sup>. Ne consegue, secondo la nuova prospettiva, un ritorno al sistema dualistico dei danni-conseguenza, composto da un danno patrimoniale risarcibile *ex art. 2043 cod. civ.*, il quale riacquista la sua originaria fisionomia di danno economico *strictu sensu* che incide sulla sfera reddituale del soggetto, e un danno non patrimoniale risarcibile *ex art. 2059 cod. civ.*, che ricomprende sia il danno morale soggettivo che i danni da lesione dei diritti della persona costituzionalmente tutelati, oltre al danno biologico<sup>174</sup>.

La nuova lettura dell'art. 2059 cod. civ. si identifica, quindi, non più con il solo danno morale, ma attrae a sé, oltre ad esso, il danno biologico e tutti i pregiudizi che

---

<sup>170</sup> G. PONZANELLI, *Ricomposizione dell'Universo non patrimoniale: le scelte della Corte di Cassazione*, in *Danno e resp.*, 2003, 816.

<sup>171</sup> In tal senso, la Cassazione afferma che sarebbe «[...] incongruo ritenere che, in un contesto connotato da un onere probatorio posto a carico al danneggiante convenuto, evidentemente in funzione di tutela della posizione della vittima, ove lo stesso non sia soddisfatto e la prova liberatoria non sia data, il danneggiato attore possa ottenere o no il risarcimento del danno non patrimoniale a seconda che abbia o meno dato la prova di un fatto (colpa) che non gli compete e la cui mancanza va invece provata dall'altra parte. Posto che, se la colpa fosse sussistente, il fatto integrerebbe il reato ed il danno non patrimoniale sarebbe dunque risarcibile, la non superata presunzione di colpa altro non significa che essa agli effetti civili sussiste, sicché il fatto senz'altro corrisponde anche in tale ipotesi alla fattispecie astratta di reato» (Cfr. Cass. n. 7281/2003)

<sup>172</sup> A tal riguardo la Suprema Corte afferma che «Il danno non patrimoniale conseguente alla ingiusta lesione di un interesse inerente alla persona, costituzionalmente garantito, non è soggetto, ai fini della risarcibilità, al limite derivante dalla riserva di legge correlata all'art. 185 c.p., e non presuppone, pertanto, la qualificabilità del fatto illecito come reato, giacché il rinvio ai casi in cui la legge consente la riparazione del danno non patrimoniale ben può essere riferito, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, anche alle previsioni della legge fondamentale, ove si consideri che il riconoscimento, nella Costituzione, dei diritti inviolabili inerenti alla persona non aventi natura economica implicitamente, ma necessariamente, ne esige la tutela, ed in tal modo configura un caso determinato dalla legge, al massimo livello, di riparazione del danno non patrimoniale»

<sup>173</sup> E. BARGELLI, *Danno non patrimoniale e interpretazione costituzionalmente orientate dell'art. 2059 c.c.*, in *Danno e resp.*, 2003, 675.

<sup>174</sup> E. NAVARRETTA, *Danni non patrimoniali :il dogma infranto e il nuovo diritto vivente*, in *Foro it.* 2003,I,2272.

ledono interessi costituzionalmente qualificati. Ed infatti, sono proprio tali interessi, oltre all'astratta configurabilità di un reato *ex art. 185 cod. pen.*, ad essere il nuovo filtro per l'applicabilità dell'*art. 2059 cod. civ.* Ai fini della risarcibilità del danno non patrimoniale, il reato e l'indagine circa l'elemento psicologico che ne sta alla base rilevano difatti esclusivamente nel momento in cui in una fattispecie possa dedursi il solo pregiudizio morale, in assenza del danno biologico o della lesione di un altro diritto di rango costituzionale, ferma restando la configurabilità del reato anche in ipotesi di mancato superamento della presunzione di colpa.

Oltre all'interpretazione costituzionale dell'*art. 2059 cod. civ.*, già affermata dalla Cassazione si inserisce, quale opportuna specificazione, la pronuncia della Consulta che predilige, in caso di contrasto, l'interpretazione conforme al dettato costituzionale, anziché la declaratoria di illegittimità costituzionale, dichiarando altresì la riduzione a due delle voci di danno, patrimoniale e non patrimoniale: ricomprendendo (tale ultima voce) il danno biologico, il danno morale ed il danno esistenziale, qualificato quale alterazione di altri interessi costituzionalmente tutelati, inerenti alla persona<sup>175</sup>. Più nel dettaglio, la Consulta afferma che è infondata la questione di legittimità costituzionale dell'*art. 2059 cod. civ.*, con particolare riguardo all'*art. 3 Cost.*, per irragionevole contrasto con il principio di parità delle giurisdizioni, civile e penale, nella parte in cui escluderebbe la risarcibilità del danno non patrimoniale, nel momento in cui la responsabilità dell'autore del fatto, asseritamente ascritto ad una fattispecie astratta di reato, possa essere affermata in base a una presunzione di legge. L'*art. 2059 cod. civ.* deve essere interpretato, infatti, prevedendo la risarcibilità del danno non patrimoniale anche quando la colpa dell'autore del fatto risulti da una presunzione di legge<sup>176</sup>.

Attraverso il nuovo sistema bipolare, dunque, il danno alla persona risarcibile non si identifica più inevitabilmente in una lesione in sé di un danno costituzionalmente protetto (danno-evento), ma con il pregiudizio consequenziale a tale lesione sul piano economico (danno patrimoniale), della salute (danno biologico) o esistenziale.

Nel sistema delineato dalle pronunce di cui sopra, il danno esistenziale, incluso entro l'alveo dell'*art. 2059 cod. civ.*, risulta, invero, parzialmente ridimensionato venendo in rilievo dalla lesioni di diritti costituzionalmente garantiti. Di contro, l'area del danno non patrimoniale di cui all'*art. 2059 cod. civ.* viene ad ampliarsi notevolmente comprendendo, oltre ai danni generici derivanti da reato e nei casi espressamente previsti dalla legge, anche tutti i danni non patrimoniali conseguenti

---

<sup>175</sup> Cfr. A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il sistema di responsabilità civile dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 233/03*, in *Danno e resp.*, 2003, 2157; E. NAVARRETTA, *La Corte Costituzionale e il danno alla persona "in fieri"*, in *Foro it.*, 2003, 227; P. ZIVIZ, *Il nuovo volto dell'art. 2059 c.c.*, in *Danno e resp.*, 2003, 1036;

<sup>176</sup> Ad avviso della Consulta, «nell'astratta previsione della norma di cui all'*art. 2059 cod. civ.* . deve ricomprendersi ogni danno di natura non patrimoniale derivante da lesione di valori inerenti alla persona: sia il danno morale soggettivo, inteso come transeunte turbamento dello stato d'animo della vittima; sia il danno biologico in senso stretto, inteso come lesione dell'interesse, costituzionalmente garantito, all'integrità psichica e fisica della persona, conseguente ad un accertamento medico (*art. 32 cost.*); sia infine il danno (spesso definito in dottrina ed in giurisprudenza come esistenziale) derivante dalla lesione di (altri) interessi di rango costituzionale inerenti alla persona» (Corte Cost, cit., 1134).



ad una lesione di diritti costituzionalmente garantiti, come: danni morali subiettivi, danni esistenziali e danni biologici.

Proprio l'inclusione del danno biologico nell'alveo dell'art. 2059 cod. civ. ha destato notevoli perplessità. Ed infatti, quest'ultimo nella sua accezione tradizionale viene considerato un danno evento per il quale è sufficiente la mera prova del fatto della lesione fisica e non anche la prova dell'eventuale impedimento alle attività realizzatrici del soggetto; per converso, il danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 cod. civ. viene considerato un danno conseguenza, che, in quanto tale, necessita di specifica prova.

Le controversie afferenti il danno esistenziale hanno comportato un nuovo intervento delle Sezioni Unite nel 2008<sup>177</sup>. Nello specifico, il Supremo Consesso, in tema di danno tanatologico, ha affrontato l'area di operatività, nella nuova dimensione bipolare del danno risarcibile, del danno esistenziale, ormai confinato alle sole ipotesi di pregiudizi arrecati ad interessi costituzionalmente garantiti.

Le Sezioni Unite, con quattro pronunce di identico contenuto, hanno ridisegnato l'assetto del danno non patrimoniale, ricostruendo la fattispecie in modo unitario e conferendo alle diverse figure di danno biologico, morale ed esistenziale, carattere meramente descrittivo<sup>178</sup>. Sul punto, la Suprema Corte chiarisce che il danno non patrimoniale deve essere inteso quale categoria generale non suscettibile di suddivisione in categorie variamente etichettate, le quali potrebbero conservare tutt'al più carattere descrittivo ai fini della quantificazione del danno.

In verità, già le sentenze gemelle del 2003 (le nn. 8827 e 8828) avevano comportato, inevitabilmente, il venir meno dell'utilità del danno esistenziale come categoria autonoma del danno risarcibile<sup>179</sup>. Tale figura, creata nel dichiarato intento di colmare le lacune di tutela risarcitoria per i pregiudizi di natura non patrimoniale incidenti sulla persona, risultava ormai aver perso la propria ragion d'essere.

Nelle pronunce del 2008, però, la Suprema Corte giunge ad affermare che l'autonoma categoria del danno esistenziale potrebbe condurre all'atipicità del danno non patrimoniale. Tali considerazioni valgono pertanto a dare risposta negativa alle

---

<sup>177</sup> Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Foro it.*, 2009, I, 120 ss.

<sup>178</sup> Cfr. Cass., sez. un., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974, 26975, in *Foro it.*, 2009, I, c. 121, con note di P. PALMIERI, *La rifondazione del danno non patrimoniale, all'insegna della tipicità dell'interesse leso (con qualche attenuazione) e dell'unitarietà*, di R. PARDOLESI e R. SIMONE, *Danno esistenziale (e sistema fragile): «die hard»*, di G. PONZANELLI, *Sezioni unite: il «nuovo statuto» del danno non patrimoniale* e di E. NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali*; in *Giur. it.*, 2009, 61; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 102, 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 *Fam. Dir.*, 2009, 113, con nota di G. FACCI, *Il danno non patrimoniale nelle relazioni familiari dopo le sentenze delle sezioni unite dell'11 novembre 2008*.

<sup>179</sup> In tal senso, le Sezioni Unite chiariscono che «dopo che le sentenze n. 8827 e n. 8828 hanno fissato il principio, condiviso da queste Sezioni unite, secondo cui, in virtù di una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., unica norma disciplinante il risarcimento del danno non patrimoniale, la tutela risarcitoria di questo danno è data, oltre che nei casi determinati dalla legge, solo nel caso di lesione di specifici diritti inviolabili della persona, e cioè in presenza di una ingiustizia costituzionalmente qualificata, di danno esistenziale come autonoma categoria di danno non è più dato discorrere» (cfr. Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972).

ordinanze rimettenti<sup>180</sup> che postulavano la sussistenza di un'autonoma categoria del danno esistenziale. Allo stesso modo, viene ripudiata dalla Corte la tesi incentrata sull'assunto che la categoria di danno in esame non si identifica con la lesione di un bene costituzionalmente garantito, bensì può scaturire dalla lesione di qualsiasi bene giuridicamente rilevante. Ed infatti, risulta evidente che tale argomentazione condurrebbe il danno esistenziale nell'alveo dell'art. 2043 cod. civ., ove il risarcimento è accordato per la lesione di un qualsiasi interesse genericamente rilevante per l'ordinamento, smentendo il principio granitico della tipicità del danno non patrimoniale<sup>181</sup>. Il danno non patrimoniale, ad avviso della Suprema Corte, dovrà essere risarcito, oltre che nei casi di espressa previsione da parte della legge ordinaria o di norme di origine comunitaria, esclusivamente nel momento in cui la perdita dell'utilità della persona sia la necessaria conseguenza della lesione di un diritto inviolabile riconosciuto a livello costituzionale, salvo che il fatto dannoso non integri gli estremi di un reato. In tal caso, il danno non patrimoniale dovrà estendersi altresì ai pregiudizi mediati da interessi personalistici non di rango costituzionale, ma semplicemente protetti alla stregua dell'ordinamento considerato nel suo complesso. In sostanza, rimane sempre sullo sfondo dell'intero sistema della responsabilità civile il requisito generale dell'ingiustizia del danno di cui all'art. 2043 cod. civ., e sussiste sempre, in presenza di reato, laddove determina la risarcibilità di ogni tipo di pregiudizio non patrimoniale, anche se difetti l'ancoraggio a disposizioni costituzionali, proprio in considerazione dell'ampia apertura al risarcimento del danno non patrimoniale sancita dall'art. 185 cod. pen.

Il danno esistenziale, sebbene non possa essere inteso quale categoria autonoma, non può ritenersi che sia stato cancellato dalle Sezioni Unite, ma è stato semplicemente collocato nella più ampia categoria del danno non patrimoniale. Il danno in esame assurge, quindi, ad una categoria individuata ai fini meramente descrittivi, consistendo in un pregiudizio di natura non meramente emotiva ed interiore, ma permanente ed oggettivamente accertabile, che incide sulla sfera areddituale del soggetto. In tale ottica, in ordine alla necessità di individuare una soglia di rilevanza del pregiudizio di carattere non patrimoniale, le Sezioni Unite scongiurano il rischio di danni bagatellari, con la conseguenza che il risarcimento del danno non patrimoniale è dovuto solo nel caso in cui sia superato il livello di tollerabilità ed il pregiudizio non sia futile<sup>182</sup>.

In definitiva, la giurisprudenza costituzionale e di legittimità hanno progressivamente disancorato la risarcibilità del danno non patrimoniale dagli angusti limiti rappresentati dalla previsione di legge di cui all'art. 2059 cod. civ., per

---

<sup>180</sup> Cass., ord., 25 febbraio 2008, n. 4712, in *Corriere giur.*, 2008, con nota di M. FRANZONI, *Prove di assetto per il danno non patrimoniale*, 621.

<sup>181</sup> Cfr. C. CATRONOVO, *Danno esistenziale: il lungo addio*, in *Danno e resp.*, 2009, 5 ss.; di A. DI MAJO, *Danno esistenziale o di tipo esistenziale: quale esito?*, in *Corriere giur.*, 2009, 410 ss.; P. CENDON, *L'urlo e la furia*, in *Nuova giur. civ. e comm.*, 2009, II, 71; S. PATTI, *Le Sezioni Unite e la parabola del danno esistenziale*, in *Corriere giur.*, 2009, 415 ss.

<sup>182</sup> G. GRISI, *Il danno (di tipo) esistenziale e la nomoflaccia "creativa" delle Sezioni Unite*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, 377.

giungere ad affermare una tutela piena dei diritti fondamentali dell'individuo, a fronte di un illecito aquiliano produttivo di un danno ingiusto. Sicché, il pregiudizio esistenziale verrà riconosciuto d'ora in poi entro il limite segnato dalla ingiustizia costituzionalmente qualificata dell'evento di danno con l'ulteriore filtro della serietà e gravità della lesione<sup>183</sup>.

##### 5. – *Il danno contrattuale*

Per lungo tempo, le opere dedicate al contratto non hanno riservato una trattazione apposita al «danno contrattuale»<sup>184</sup>, che è rimasto per solito assorbito dalla teoria generale delle obbligazioni<sup>185</sup>. Eppure, la violazione del contratto da cui origina il danno contrattuale imprime allo stesso alcuni connotati specifici, in ragione della rilevanza assegnata dal regolamento contrattuale agli interessi dei contraenti per la realizzazione della causa. Tale assunto trova riscontro negli studi che, soprattutto negli anni '60, hanno esaltato il ruolo dell'autonomia privata nell'ambito del diritto dei contratti<sup>186</sup>. Quest'ultimo, invero, risulta incentrato sulla libera azione dei privati, volta al perseguimento di qualsivoglia interesse<sup>187</sup>, nel rispetto dell'ordine sociale precostituito<sup>188</sup>. La *lex contractus* diviene, quindi, il ricettore delle diverse istanze dei contraenti la cui soddisfazione assicura il corretto raggiungimento del progetto contrattuale; e ciò assume particolare rilevanza sul fronte della tutela della persona<sup>189</sup>.

Bisogna riconoscere che, per molto tempo, il diritto dei contratti è stato tributario di quello delle obbligazioni. Del resto, è nel diritto delle obbligazioni che si rinviene la disciplina del danno derivante dall'inadempimento dell'obbligazione (art. 1218

---

<sup>183</sup> Cfr. Cass. Sez. un., 24 marzo 2006, n. 6572, in *Foro it.*, 2006, 1343.

<sup>184</sup> V. quali esempi le trattazioni di R. SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. VASSALLI, Torino, 1975; R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, Torino, 2003; V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, Vol. 3, *Il contratto*, Milano, 2015.

<sup>185</sup> La notazione è di A. DI MAJO, *La responsabilità contrattuale. Modelli e rimedi*, Torino, 2002, 105.

<sup>186</sup> Cfr. già F. VASSALLI, voce *Codice civile*, in *Enc. it.*, II App. (AH), Roma, 1948, 632 ss.; ID., *Estraneità del diritto civile*, in ID., *Studi giuridici*, III, 2, Milano, 1960, 753 ss.; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966.

<sup>187</sup> Non si può fare a meno di considerare che proprio l'ordinamento, a partire dall'art. 1322 cod. civ., rimetta ai soggetti del rapporto obbligatorio le tecniche che gli stessi ritengano maggiormente consone ed efficaci all'attuazione dei propri interessi. Sul tema, cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960; ID., *Negozio giuridico*, in *Noviss. Dig. It.* XI, Torino, 1965, 208 ss.; G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961; A. CANDIAN, *Intorno alla teoria del negozio giuridico*, Temi, 1947, 92 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1949; ID., *Definizione del negozio giuridico come esercizio di un diritto o di una facoltà o di un potere*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1961, I, 321 ss.; M. FERRANTE, *Negozio giuridico. Concetto*, Milano, 1949; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950; ID., *Lezioni sul negozio giuridico*, Bari, 1962; B. DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1958; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 2002, 125.

<sup>188</sup> E ciò vale a spiegare perché «volontà dei privati» e «volontà della legge» sono in costante rapporto dialettico. Sul punto v. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015, 86.

<sup>189</sup> Così A. MONTANARI, *Risarcimento per equivalente e in forma specifica*, cit., 183.

cod. civ.<sup>190</sup>), a cui il codice dedica gli artt. 1223-1227. Ma, è bene avvertire sin da ora che il riferimento del danno contrattuale al solo danno da inadempimento si rivela riduttivo, giacché non tiene conto che nel concetto di «danno contrattuale» sono destinati a riflettersi tutti i diversi «interessi» che nel contratto trovano accoglimento.

L'individuazione dei caratteri propri del danno contrattuale passa, quindi, in prima battuta, attraverso la sua distinzione dal danno da inadempimento, la quale discende, a sua volta, dalla rinnovata concezione assegnata al contratto dal codice del 1942, che porta a ritenere superata l'identificazione della violazione del contratto con il mero inadempimento dell'obbligazione<sup>191</sup>. Mentre il codice civile del 1865 prevedeva la nozione di contratto, derivante dall'esperienza francese<sup>192</sup>, come «vincolo giuridico», il codice del 1942 lo definisce all'art. 1321 come «rapporto giuridico», includendovi anche la funzione traslativa o costitutiva di diritti reali<sup>193</sup>. Ne emerge, pertanto, una nozione di contratto che risulta di gran lunga più ampia rispetto alla precedente, dal momento che la disciplina dello stesso appare maggiormente autonoma rispetto a quella dell'obbligazione.

Sul versante del danno, può osservarsi che i caratteri del «danno contrattuale» non trovano rispondenza nel comune «danno da inadempimento» dell'obbligazione. Le ragioni di tale differenziazione vanno rintracciate, in primo luogo, nella maggiore estensione applicativa del danno contrattuale rispetto al danno da inadempimento e nella natura consequenziale del primo; in secondo luogo, esse si rinvencono anche nella maggiore sensibilità alla mutevolezza degli interessi dei contraenti nel corso dello svolgimento del programma contrattuale, di cui sono spie le scelte compiute in sede rimediabile<sup>194</sup>. D'altronde, è da notare che il contratto esibisce un rapporto di scambio (tra prestazioni), per cui è evidente che sul danno contrattuale inciderà né più e né meno la parziale attuazione o l'inattuazione dello scambio<sup>195</sup>.

Ma il riferimento del danno contrattuale al solo danno da inadempimento della obbligazione risulta riduttivo per un ulteriore ordine di considerazioni. Ove appunto

---

<sup>190</sup> Può rinviarsi, al fine, alla lettura della norma offerta da G. GRISI, *sub. Art. 1218 – Responsabilità del debitore*, in *Comm. cod. civ.* diretto da E. GABRIELLI, *Delle obbligazioni*, vol. II, *Artt. 1218-1276*, a cura di V. CUFFARO, Torino, 2013, 5 ss.; v., inoltre, G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, in *Comm. Schlesinger, sub artt. 1218-1222 c.c.*, Milano, 2006, 95 ss.; G. SANTORO, *La responsabilità contrattuale: il dibattito teorico*, in *Contratto e impresa*, 1989, 1 ss.; ID., *La responsabilità contrattuale*, Padova, 1992, 5 ss. Per alcune indicazioni di carattere giurisprudenziale cfr. C. RUPERTO, *La giurisprudenza nel codice civile coordinata con la dottrina. Libro IV, artt. 1178-1320*, Milano, 2012; G. CIAN, *Codice civile e leggi collegato. Commentario giurisprudenziale sistematico*, Padova, 2010, 1725 ss.

<sup>191</sup> Il rilievo è sempre di A. MONTANARI, *Risarcimento per equivalente e in forma specifica*, cit., 183.

<sup>192</sup> La concezione del contratto esclusivamente come fonte di obbligazioni si deve a POTHIER. Cfr., sul punto, R. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, III, *Diritti di obbligazione. Diritto ereditario*, Messina-Milano, 1935, 241 ss.; G. OSTI, voce *Contratto*, in *Noviss. dig.*, IV, Torino, 1959, 490.

<sup>193</sup> Cfr., sul punto, F. MESSINEO, voce *Contratto (diritto privato)*, in *Enc. del dir.*, IX, Milano, 1961, 817. *Contra* G. OSTI, voce *Contratto*, cit., 468, secondo il quale la definizione di contratto contemplata nel nuovo codice non costituisce altro che un perfezionamento meramente formale dell'idea sostanziale di contratto che era desumibile per via di interpretazione sistematica dal codice del 1865.

<sup>194</sup> In senso conforme al testo cfr. A. MONTANARI, *Risarcimento per equivalente e in forma specifica*, cit., 183.

<sup>195</sup> Cfr. A. DI MAJO, *La responsabilità contrattuale*, Torino, 2007, 116.

si assuma, come si vedrà successivamente, che il contratto è la sede in cui a risultare protette non sono soltanto le aspettative inerenti al rapporto di scambio, in cui la patrimonialità è elemento essenziale<sup>196</sup>, ma altresì interessi diversi che hanno riguardo alla sfera non patrimoniale dei contraenti, i quali prescindono, con tutta evidenza, dal medio dell'obbligazione e/o della prestazione mancata<sup>197</sup>. Essi si rapportano direttamente al contratto e all'affidamento in esso riposto. Sicché, nella misura del danno dovrà tenersi conto di quanto era ragionevole pensare che il contraente non inadempiente si aspettasse in ordine al buon esito del contratto.

Ora, di fronte all'inadempimento assoluto o definitivo, la prestazione risarcitoria prende il posto di quella *ab origine* dedotta ad oggetto dell'obbligazione; se si versa in ipotesi di inadempimento relativo, invece, il risarcimento – dovuto a fronte del ritardo – si aggiunge alla prestazione tardivamente effettuata o ancora da eseguire. In ogni caso, per determinare l'entità del risarcimento, occorre guardare sia alla perdita subita dal creditore (il c.d. danno emergente), sia al mancato guadagno (c.d. lucro cessante): regola, questa, enunciata in via generale dall'art. 1223 cod. civ. Al riguardo, si tende, tradizionalmente, ad associare al danno emergente il valore della prestazione ineseguita; quanto al lucro cessante, comunemente correlato alla frustrazione della fondata aspettativa di un incremento economico-patrimoniale, il più classico degli esempi rimanda al caso di mancata consegna di un bene fruttifero o funzionale ad un processo di produzione<sup>198</sup>.

Beninteso, non solo il danno patrimoniale è oggetto di risarcimento *ex contractu*, ma anche quello non patrimoniale, ove l'inadempimento cagioni lesione di diritti inviolabili della persona<sup>199</sup>. Invero, si è ormai affermata la tendenza a considerare la rilevanza di interessi non patrimoniali come in grado di formare strutture di danno anche nell'ambito della responsabilità contrattuale. In ogni caso, a mente sempre dell'art. 1223, è risarcibile solo il danno costituente conseguenza immediata e diretta

---

<sup>196</sup> Nella parte generale delle obbligazioni il legislatore del 1942 ha enunciato, nell'art. 1174, il principio che la prestazione deve avere carattere patrimoniale; nessuna disciplina, invece, è prevista circa i requisiti che la prestazione debba avere. Purtuttavia, nella parte generale del contratto (artt. 1321-1469-*bis*) il legislatore ha disciplinato l'oggetto del contratto, prevedendo che esso debba essere «possibile, lecito, determinato o determinabile» (art. 1346). Da questo deriva che l'art. 1346, ancorché collocato nella sede del contratto, sia da riferire in realtà ai requisiti della prestazione. Sicché, coordinando l'art. 1174 con gli artt. 1346-1349, può affermarsi che la prestazione deve avere un contenuto patrimoniale e l'oggetto della prestazione deve essere possibile, lecito, determinato o determinabile. Cfr., per un'attenta analisi, E. MOSCATI, *La disciplina generale delle obbligazioni*, Torino, 2015, 40-41.

<sup>197</sup> È stato osservato, in dottrina, che per potersi parlare correttamente, dal punto di vista giuridico, di prestazione devono coesistere due elementi, che costituiscono, assieme, i caratteri fisionomici della prestazione. Il primo è che «la prestazione (...) deve essere suscettibile di valutazione economica»: questo è il carattere della patrimonialità, l'unico a essere richiamato nella rubrica dell'art. 1174; il secondo riguarda, invece, il carattere *funzionale* della prestazione, la quale deve essere finalizzata a realizzare «un interesse, anche non patrimoniale, del creditore». Per questi rilievi v. E. MOSCATI, *La disciplina generale delle obbligazioni*, cit., 42.

<sup>198</sup> Cfr., sul punto, G. GRISI, *La disciplina dell'obbligazione*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Istituzioni di diritto privato*, Torino, 2016, 522.

<sup>199</sup> Il riferimento all'interesse anche non patrimoniale del creditore, enunciato nell'ultima parte dell'art. 1174, ha una funzione ben precisa a livello di sistema, poiché giustifica una serie di istituti collocati in vari libri del codice civile del 1942 e nei quali assumono rilevanza giuridica interessi di natura non patrimoniale (si pensi al contratto a favore di terzi, oppure alla donazione modale). Cfr., sul punto, E. MOSCATI, *La disciplina generale delle obbligazioni*, cit., 43-44.

dell'inadempimento o del ritardo. Tra questi ultimi e il danno, dunque, deve sussistere un rapporto di diretta ed immediata causalità, valutato con una certa elasticità tramite il parametro della normalità delle conseguenze secondo l'*id quod plerumque accidit* e, quindi, alla fine, rigorosamente selettivo solo per le conseguenze dannose remote<sup>200</sup>. Ne discende che il danno da inadempimento viene alla luce di per sé giuridicizzato e rilevante ai fini del risarcimento, proprio perché rappresenta l'epilogo di un rapporto giuridico preesistente tra il danneggiato ed il danneggiante, sicché è fuor di luogo ricercarne altrove nel sistema la fonte della sua risarcibilità<sup>201</sup>.

Con la regola che fa perno sul rapporto di causalità concorre, poi, un altro criterio utile al fine di delimitare il danno risarcibile: tale criterio è quello della prevedibilità. Secondo l'art. 1225 cod. civ., infatti, il risarcimento per inadempimento assoluto o ritardo è limitato al danno che poteva prevedersi nel tempo in cui è sorta l'obbligazione<sup>202</sup>. Solo quando l'inadempimento o il ritardo sono ascrivibili a dolo del debitore, anche il danno non prevedibile è oggetto di risarcimento: si tratta di una *punizione* meritata dal debitore che ha attuato il deliberato ed intenzionale proposito di non onorare l'impegno assunto<sup>203</sup>.

Per ciò che concerne il regime probatorio, incombe sul creditore che pretenda di essere risarcito l'onere di provare il danno subito. Il danno emergente, peraltro, se si aderisce all'idea che alla "perdita subita" vada associato il valore della prestazione che il creditore avrebbe dovuto conseguire ma non ha ottenuto, è agevole da commisurare, giacché basterà la dimostrazione dell'esistenza del titolo e l'allegazione dell'inadempimento<sup>204</sup>. Peraltro, ove un danno risulti in modo certo essere stato provocato dall'inadempimento o dal ritardo del debitore, ma non sia possibile dar prova del suo preciso ammontare, il giudice è autorizzato a provvedere con liquidazione equitativa all'identificazione dell'importo che il debitore dovrà

---

<sup>200</sup> G. GRISI, *La disciplina dell'obbligazione*, cit., 522.

<sup>201</sup> La conclusione è di S. MAZZAMUTO, *La responsabilità contrattuale nella prospettiva europea*, cit., 88. Con riguardo al fondamento della responsabilità contrattuale si rinvia all'ampia ricostruzione critica di F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011, 594 ss.

<sup>202</sup> Sull'art. 1225 cfr. A. GNANI, *La prevedibilità del danno nella sistematica della responsabilità*, in *Danno e resp.*, 2009, 356 ss.; v. pure A. PINORI, *Il criterio della prevedibilità nell'ambito delle diverse tecniche di selezione del danno risarcibile*, in A. PINORI – P. PETRELLI, *Il criterio della prevedibilità del danno contrattuale*, in G. VISINTINI (a cura di), *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1999, 134; nonché F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità*, Napoli, 2011, 658 ss.

<sup>203</sup> G. GRISI, *La disciplina dell'obbligazione*, cit., 523.

<sup>204</sup> Sebbene l'art. 1218 connetta l'obbligo di risarcire il danno all'inadempimento *tout court*, non è mancato chi, in dottrina, abbia ritenuto che fosse necessaria, al fine, una valutazione – in termini di responsabilità – del comportamento del debitore, non potendo prescindere dal carattere quantomeno colposo dell'inadempimento. Cfr., al riguardo, A. BELFIORE, *La colpa come criterio di responsabilità contrattuale: la nozione*, in *Annali del Seminario giuridico*, VII, 2005-2006, Milano, 2007, 3. In senso contrario v. la riflessione da ultimo condotta da F. PIRAINO, *Sulla natura non colposa della responsabilità contrattuale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2011, 1019 ss., cui si rinvia. Per un quadro completo sulle teorie fondate sulla colpa (note come teorie soggettive) e sulle teorie fondate su criteri di imputazione oggettiva (note anche come teorie oggettive) cfr. U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. IUDICA – P. ZATTI, Milano, 1991, 498 SS.; nonché G. GRISI, *sub. Art. 1218*, cit., 7 ss., in part. 21 ss.; nonché F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 594 ss.

corrispondere al creditore (art. 1226 cod. civ.).

Di incerta collocazione è la regola di cui all'art. 1227 cod. civ.: i più la ritengono attinente al giudizio di responsabilità, ma non manca chi la annovera tra quelle riguardanti il risarcimento. La disposizione tratta del concorso del fatto colposo del creditore e, seguendo l'orientamento maggioritario, configura un concorso di responsabilità del creditore: si afferma, in sostanza, che se a cagionare il danno, oltre al comportamento del debitore, v'è il fatto colposo del creditore, entrambi sono in pratica responsabili, il che equivale a dire che il creditore è responsabile verso se stesso. La tesi minoritaria trae argomento dalla lettera della disposizione ove compare l'espressione "il risarcimento è diminuito", che mal si concilia con la logica della "corresponsabilità" e che pare, invece, coerente con l'idea che esista un solo responsabile – identificabile nel debitore inadempiente – e, dunque, un'unica posta risarcitoria<sup>205</sup>. Al di là della disputa, un esempio può meglio chiarire la portata dell'articolo in esame. Chi ha effettuato il deposito di una cosa mobile ha diritto a vedersela restituita integra e, se ciò non accade per negligenza del depositario nella custodia, quest'ultimo certamente ne risponde; ma, se dovesse accertarsi che la cosa era già predisposta al danneggiamento a causa della scarsa cura riposta nell'imballaggio durante il trasporto effettuato dallo stesso depositante fino al luogo del deposito, il pregiudizio risentito dall'avente diritto alla restituzione è anche, in parte, ascrivibile alla colpa di quest'ultimo. L'art. 1227, comma 1, cod. civ. prevede, in tal caso, che il risarcimento sia diminuito in misura proporzionale alla gravità della colpa del creditore e all'entità delle conseguenze che ne sono derivate; ciò in applicazione del principio secondo cui il danneggiante deve subire le conseguenze del danno, ma solo in relazione alla parte che risulti a lui imputabile. Si desume, dalla regola suesposta, che la limitazione del risarcimento non può essere praticata, là dove a determinare il danno abbia concorso una concausa naturale o, comunque, un fatto non riconducibile a colpa del creditore.

L'art. 1227, comma 2, cod. civ. precisa che il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza. La divergenza di vedute registrata in ordine al comma 1 si riverbera sull'apprezzamento del comma 2, che non è univoco. Sulla scorta dell'opinione prevalente, le due disposizioni sono riferibili a fattispecie diverse, legate a differenti *rationes*. I danni evitabili menzionati nel comma 2 sono conseguenza esclusiva dell'inadempimento imputabile del debitore e il creditore – che non ha concorso a causarli – ha solo mancato di attivarsi, come la correttezza gli avrebbe imposto, per limitare gli effetti pregiudizievoli cagionati dall'illecito altrui o per impedire il loro aggravamento. Se si torna all'esempio poc'anzi illustrato, può ipotizzarsi l'ipotesi che la cosa, danneggiata per negligenza del soggetto tenuto alla custodia e ritirata dal depositante, non sia a cura di quest'ultimo sollecitamente riparata, ma sia anzi utilizzata con conseguente aggravamento del danno già causato: di tale aggravamento non può

---

<sup>205</sup> G. GRISI, *La disciplina dell'obbligazione*, cit., 523.

essere chiamato a rispondere il depositario. Ovviamente, il dovere del creditore di evitare il danno non può spingersi oltre la soglia del sacrificio dei propri interessi; sarebbe, dunque, irragionevole pretendere di far derivare da quel dovere l'obbligo per il creditore di predisporre misure atte a prevenire il verificarsi di danni.

Altro principio che – seppure non espressamente sancito nel codice – concorre a definire la disciplina del danno risarcibile, è quello della compensazione del lucro col danno (*compensatio lucri cum damno*). Sulla rilevanza del principio in questione – a dire il vero – non tutti concordano ed anche l'orientamento giurisprudenziale non è univoco: purtuttavia, non sono rare le decisioni che su di esso hanno fatto leva per limitare l'entità del risarcimento. È concepibile che l'inadempimento – assoluto o relativo che sia – oltre che fonte di danno per il creditore, possa procurargli un vantaggio, un lucro per l'appunto. L'esercente di un'impresa edilizia che, per effetto del ritardo nella consegna di un'area, sia stato costretto a procrastinare la realizzazione del programma edificatorio con il conseguente aumento dei costi di produzione, può, ad esempio, trarre profitto dall'inadempimento relativo, avvantaggiandosi dell'aumento di prezzo, *medio tempore* maturato in misura consistente, degli edifici fabbricati. In casi simili a quello ora esemplificato, la giurisprudenza ha talora riconosciuto, talaltra negato, la *compensatio lucri cum damno*. Quest'ultimo orientamento è parso, per lo più, giustificato dalla registrata insussistenza di un nesso causale immediato e diretto tra l'inadempimento e il lucro<sup>206</sup>.

Per completare il quadro generale della disciplina del risarcimento del danno, occorre far riferimento alle clausole di esonero da responsabilità, così definite nella rubrica dell'art. 1229 cod. civ.

La tutela risarcitoria in caso di inadempimento è somministrata dal giudice all'esito dell'accertamento dell'esistenza dei presupposti sinora evidenziati e giusta le regole e secondo le modalità dianzi richiamate; ma, in deroga alla disciplina legale, è data alle parti facoltà di concordare e far valere le predette clausole, tese – in realtà – ad escludere o limitare preventivamente la responsabilità del debitore, le quali sono valide, sempreché non abbiano riguardo alla mera colpa o colpa lieve (*culpa levis*): si può, dunque, escludere o limitare la responsabilità del debitore unicamente per dolo o colpa grave. Le clausole in questione fanno generalmente riferimento ad ipotesi di inadempimento ben determinate e, sovente, si presentano sotto forma di accordi volti ad escludere il risarcimento del danno o a limitarne l'ammontare; patti di tal genere possono anche escludere o limitare la rilevanza del ritardo nell'adempimento o aver riguardo all'esercizio dell'azione di risoluzione per inadempimento di cui all'art. 1453 cod. civ.

L'art. 1229, comma 2, cod. civ. sancisce la nullità di «qualsiasi patto preventivo di esonero o di limitazione di responsabilità per i casi in cui il fatto del debitore o dei suoi ausiliari costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine

---

<sup>206</sup> G. GRISI, *La disciplina dell'obbligazione*, cit., 524.



*pubblico*»; un regime così rigido si giustifica alla luce del fatto che tali obblighi si connettono a previsioni imperative e cogenti dettate a tutela di interessi generali. Un'espressione del divieto in questione si ravvisa nell'art. 1580 cod. civ., là dove è negata validità al patto recante rinuncia a far valere la responsabilità del locatore per vizi della cosa, ove questi siano di tale gravità da esporre a serio pericolo la salute del conduttore o dei suoi familiari<sup>207</sup>.

## 6. – *La contrattualizzazione del danno non patrimoniale*

Nel passato, la dottrina civilistica aveva riservato una limitata attenzione al tema del danno non patrimoniale da responsabilità contrattuale, nonostante l'intenso lavoro dedicato al tema in ambito aquiliano<sup>208</sup>. Neppure il consolidamento del danno alla salute era riuscito ad incentivare un approfondimento in materia, poiché il tradizionale collegamento di tale danno con la previsione di cui all'art. 2043 cod. civ. aveva messo in ombra i possibili profili contrattuali della responsabilità generatrice del medesimo<sup>209</sup>.

Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale, per lungo tempo, sono stati considerati fenomeni non comunicanti a causa dell'idea radicata secondo cui la tutela della persona sarebbe di competenza esclusiva della responsabilità extracontrattuale, sul modello della *lex Aquilia de damno*, e ciò ha dato la stura alla perniciosa figura del concorso di responsabilità<sup>210</sup>, addirittura talvolta prospettata come cumulo<sup>211</sup>.

L'immediata conseguenza è stata l'affermarsi di una raffigurazione della responsabilità contrattuale come dispositivo incapace di consentire il risarcimento generalizzato del danno non patrimoniale<sup>212</sup> e l'introduzione nel codice civile

---

<sup>207</sup> Cfr., sul punto, G. GRISI, *La disciplina dell'obbligazione*, cit., 525.

<sup>208</sup> Si segnalano, tra le pubblicazioni più rilevanti sul tema, A. DALMARTELLO, *Danni morali contrattuali*, in *Riv. dir. civ.*, 1933, 53 ss.; A. RAVAZZONI, *La riparazione del danno non patrimoniale*, Milano, 1962, 221 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, *Danni non patrimoniali e inadempimento*, in G. VISINTINI (a cura di), *Risarcimento dei danni contrattuali ed extracontrattuali*, Milano, 1984, 117; M. COSTANZA, *Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 131; C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, 467 ss.; A. LIBERATI, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Padova, 2004; E. NAVARRETTA – D. POLETTI, *I danni non patrimoniali nella responsabilità contrattuale*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *I danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, Milano, 2004, 62 ss.; C. AMATO, *Il danno non patrimoniale da contratto*, in G. PONZANELLI (a cura di), *Il "nuovo" danno non patrimoniale*, Padova, 2004, 143 ss.; M. RABITTI, *Il danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, IV, Milano, 2006, 637 ss.

<sup>209</sup> Per la segnalazione di tale disattenzione v. D. POLETTI, *La "dimensione" contrattuale del danno alla salute*, in *Riv. giur. lav.*, 1986, II, 201 ss.

<sup>210</sup> Sul punto v. A. ZACCARIA, *Il risarcimento del danno non patrimoniale in sede contrattuale*, in *Resp. civ.*, 2009, 28 ss. In senso critico sul cumulo o concorso cfr. S. MAZZAMUTO, *Una rilettura del mobbing: obbligo di protezione e condotte plurime d'inadempimento*, in *Europa e dir. priv.*, 2003, 670; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 555 ss.

<sup>211</sup> Cass., 16 maggio 2000, n. 6356, in *Notiziario giur. lav.*, 2001, 449; Cass., 21 giugno 1999, n. 6233, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 1444.

<sup>212</sup> Cfr., in tema, G.P. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. III. Colpa contrattuale*, Torino, 1903-1925, 567 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 313, ma v. il ritorno sul tema e la limitata apertura nei confronti del danno non patrimoniale da inadempimento in ID., *Il danno morale mezzo*

dell'art. 2059 non ha agevolato il superamento di tale impostazione, accreditando piuttosto l'idea che proprio la disposizione sul danno non patrimoniale aquiliano esprima una regola di portata ben più ampia, un vero e proprio principio, che circoscrive anche in sede contrattuale il risarcimento del danno non patrimoniale nei limiti segnati proprio dall'art. 2059<sup>213</sup>.

La questione di fondo consiste, per l'appunto, nella possibilità in linea generale di risarcire il danno non patrimoniale secondo le regole della responsabilità contrattuale, poiché nessuno ha mai seriamente dubitato che alcune tipologie contrattuali includano nella propria causa la salvaguardia dell'integrità di controparte, come d'altro canto, inequivocabilmente, emerge in primo luogo dagli artt. 1681, comma 1, e 2087 ed ora anche dall'art. 44 del codice del turismo (decreto legislativo 23 maggio 2011, n. 79)<sup>214</sup>.

Si è notato, peraltro, come «l'esplosione del tema dei danni contrattuali non patrimoniali non possa essere adeguatamente compresa senza prendere in considerazione almeno due fatti recenti»: da un lato, l'«enorme espansione del mercato, e dunque dello strumento contrattuale», con particolare riferimento ai contratti destinati a realizzare interessi non patrimoniali (si pensi, ad esempio, al contratto di pacchetto turistico); dall'altro, la tendenza, a livello europeo, ad «aumentare la fiducia nei mercati di tutti gli attori economici»<sup>215</sup>.

Al di là delle diverse spiegazioni che si offrono del fenomeno in questione, va ricordato che, probabilmente, prima delle pronunce del 2008, il precedente giurisprudenziale più significativo sul tema si rinviene nella nota sentenza delle Sezioni Unite n. 6572 del 2006<sup>216</sup>, le quali hanno lapidariamente affermato che «la tesi maggioritaria in dottrina e giurisprudenza è quella che prospetta la responsabilità datoriale come di natura contrattuale», riconoscendo, su questa base teorica e senza ulteriori precisazioni, la risarcibilità del pregiudizio non patrimoniale.

Le Sezioni Unite, in quell'occasione, sembrano aver dato per scontato la possibilità di risarcire i pregiudizi non patrimoniali in una ipotesi di responsabilità contrattuale, sorvolando su un problema che avrebbe meritato ben altro

---

*secolo dopo*, ivi, 2010, I, 616; V. ZENO ZENCOVICH, *Interesse del creditore e danno contrattuale non patrimoniale*, in *Riv. dir. comm.*, 1987, 77 ss.; M. CENINI, *Risarcibilità del danno non patrimoniale in ipotesi di inadempimento contrattuale e vacanze rovinate: dal danno esistenziale al danno da «tempo libero sacrificato?»*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, 633 ss., in part. 639; M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, 823 e nt. 71.

<sup>213</sup> In tal senso v. S. MAZZAMUTO, *La responsabilità contrattuale nella prospettiva europea*, Torino, 2015, 74. Cfr., in argomento, G. RUSSO, *Concorso dell'azione aquiliana con la contrattuale nel contratto di trasporto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, 971; A. ASQUINI, *Massime non consolidate in tema di responsabilità nel trasporto di persone*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, II, 9; A. DE CUPIS, *Il danno*, cit., 127 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile. V. La responsabilità*, Milano, 2012, 203-204 e nt. 273.

<sup>214</sup> La notazione è di S. MAZZAMUTO, *La responsabilità contrattuale nella prospettiva europea*, cit., 74.

<sup>215</sup> M.R. MARELLA, *Struttura dell'obbligazione e analisi rimediale nei danni non patrimoniali da inadempimento*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, 36 ss. Si ricordi che è del 7 maggio 2010 il Disegno di legge che delegava al Governo il compito di apportare alcune modifiche al codice civile, tra le quali l'espressa previsione del risarcimento del danno non patrimoniale da inadempimento. L'iter parlamentare si è tuttavia interrotto. Per una critica al D.d.L., si rinvia a C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Contratti*, 2010, 701 ss.

<sup>216</sup> Cass., s.u., 14 marzo 2006, n. 6572, in *Dir. fam. pers.*, 2006, 1572 ss.

approfondimento. Ed infatti, si pone, anzitutto, il quesito dell'astratta configurabilità di un pregiudizio non contrattuale risarcibile a seguito di un inadempimento contrattuale, atteso che «finora, in genere, il valore economico della prestazione che costituisce oggetto dell'obbligazione dedotta in contratto induceva l'interprete a non prendere in esame la risarcibilità del danno non patrimoniale quale conseguenza dell'inadempimento, ritenendosi sufficiente ad assicurare piena tutela al contraente non inadempiente la reintegrazione del suo patrimonio in proporzione al mero decremento economico provocato dall'illecito contrattuale»<sup>217</sup>.

L'iniziale e a lungo sostenuta inidoneità delle regole della responsabilità contrattuale ad ammettere in maniera generalizzata il risarcimento del danno non patrimoniale ha certamente risentito del clima culturale di sostanziale diffidenza nei confronti di una tipologia di pregiudizio immateriale e, dunque, priva per lo più di una consistenza tale da consentire una liquidazione del risarcimento su basi oggettive<sup>218</sup>.

Per la verità, la giurisprudenza della Suprema Corte aveva assunto posizioni altalenanti, talvolta ammettendo, talaltra negando la risarcibilità dei pregiudizi non patrimoniali in ambito contrattuale, ritenendo «tutto il sistema della responsabilità (...) improntato al risarcimento del danno patrimoniale»<sup>219</sup>. Sul versante normativo, tale conclusione trova il proprio addentellato nell'art. 1223, il quale, menzionando unicamente il danno emergente ed il lucro cessante, sembra escludere dal sistema della responsabilità contrattuale i pregiudizi non patrimoniali, non riconducibili esattamente a tali categorie<sup>220</sup>. In senso contrario, si potrebbe osservare, però, che

---

<sup>217</sup> E. SERRAO, *Inadempimento e danno esistenziale*, in U. DAL LAGO – R. BORDON (a cura di), *La nuova disciplina del danno non patrimoniale*, Milano, 2005, 450.

Già sotto il vecchio codice la dottrina dominante, sulla base di una visione economica dell'istituto della responsabilità contrattuale, tendeva a negare la risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale. Si veda, in tal senso, P. CHIRONI, *Colpa contrattuale*, Torino, 1897, 567 ss. In giurisprudenza assai significativa è Cass. Torino, 6 dicembre 1900, in *La Legge*, 1901, I, 228: la questione era relativa alla risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento di un contratto di trasporto, ambito nel quale si concentravano le poche questioni pratiche in materia. Il giudicante concludeva nel senso che «*la integrità della vita, l'incolumità delle persone, quali beni d'ordine superiore non sono né possono essere oggetto di contratto, ed essendo sottratti ad ogni stipulazione contrattuale, non si comprende come naturalmente e tacitamente l'obbligo dell'incolumità personale sia divenuto parte integrante del contratto*».

Le isolate posizioni di apertura facevano leva sull'inesistenza di argomenti giuridici volti a far ritenere che il legislatore del 1865 avesse pensato al danno non patrimoniale da contratto e che lo avesse volutamente escluso dalla sfera della risarcibilità (in tal senso, v. A DALMARTELLO, *Danni morali contrattuali*, cit., 53 ss., il quale, già sotto il previgente codice civile, osservava: «sarà necessario ricercare innanzitutto l'esatto concetto e il preciso valore giuridico di 'danno morale contrattuale', e vedere poi se questa figura giuridica si sia o no presentata alla mente del legislatore, per rintracciare, in caso negativo, quale sia la norma che si deve applicare»), oltre che sull'idea per la quale il danno, se esiste ed è meritevole di risarcimento, lo è a prescindere dalla fonte negoziale o meno della relativa responsabilità (in questi termini, cfr. A. MINOZZI, *Danno morale*, in *Studio sul danno non patrimoniale*, Milano, 1901, 194 ss.).

<sup>218</sup> Così S. MAZZAMUTO, *La responsabilità contrattuale nella prospettiva europea*, cit., 75.

<sup>219</sup> Cass., 5 febbraio 2000, 1307, in *Giust. civ.*, 2000, I, 664; Cass., 27 marzo 2007, n. 7449, *ivi*, 2007, 567 ss.

<sup>220</sup> Lo schema delineato dall'art. 1223 sembra assegnare all'inadempimento (ovvero alla mancata ricezione della prestazione) il ruolo di fatto generatore del pregiudizio che si ripercuote sul patrimonio del creditore sotto forma, appunto, di danno emergente e di lucro cessante. Cfr., in tal senso, L. NIVARRA, *I nuovi orizzonti della responsabilità contrattuale*, Torino, 2015, 151.

l'art. 1223 riporta il termine «perdita», il quale sarebbe idoneo a ricomprendere la privazione anche di beni di natura personale che si concretizzano in sofferenze<sup>221</sup>.

Si è notato, inoltre, che anche l'art. 1453 non sembra porre problemi alla configurabilità di pregiudizi non patrimoniali derivanti da responsabilità contrattuale, dal momento che riconosce al contraente non inadempiente, tra le altre tutele, il diritto al risarcimento del danno subito dall'altrui inadempimento, senza specificare che detto pregiudizio debba essere di natura patrimoniale<sup>222</sup>.

Com'è noto, la più recente ed autorevole messa a punto del tema sotteso alla formula «danno non patrimoniale da inadempimento (o da contratto)» si deve alle SS.UU.<sup>223</sup> che, nel quadro della loro ampia ricostruzione del danno non patrimoniale ex art. 2059, dedicano alcune dense pagine proprio alla figura in esame<sup>224</sup>. Tuttavia,

---

<sup>221</sup> La notazione è di G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, 232.

<sup>222</sup> Cfr. E. SERRAO, *Inadempimento e danno esistenziale*, cit., 451-452.

<sup>223</sup> Cass., s.u., 11 novembre 2008, n. 26973, in *Foro it.*, 2009, 120 ss., con note di A. PALMIERI, *La rifondazione del danno non patrimoniale, all'insegna della tipicità dell'interesse leso (con qualche attenuazione) e dell'unitarietà*, R. PARDOLESI – R. SIMONE, *Danno esistenziale (e sistema fragile): «die hard»*, G. PONZANELLI, *Sezioni unite: il «nuovo statuto» del danno non patrimoniale*, E. NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali*; in *Resp. civ. prev.*, 2009, 39 ss., con note di P.G. MONATERI, *Il pregiudizio esistenziale come voce del 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*; in *Danno e resp.*, 2009, 19 ss., con commenti di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni unite. Un "De profundis" per il danno esistenziale*, S. LANDINI, *Danno biologico e danno morale soggettivo nelle sentenze della Cass. SS.UU. 26972, 26973, 26974, 26975/2008*, G. SPANGA, *Le Sezioni unite e l'art. 2059: censure, riordini, ed innovazioni del dopo principio*; in *Europa e dir. priv.*, 2009, con nota di G. GRISI, *Il danno (di tipo) esistenziale e la nomofilachia "creativa" delle Sezioni Unite*, 379 ss.; in *Giur. it.*, 2009, I, 61 ss., con note di G. CASSANO, *Danno non patrimoniale ed esistenziale: primissime note critiche a Cassazione civile, Sezioni unite, 11 novembre 2008, n. 26972*, V. TOMARCHIO, *L'unilateralità del danno non patrimoniale nella prospettiva delle Sezioni unite*; in *Nuoviss. giur. civ. comm.*, 2009, I, 102 ss., con note di E. BARGELLI, *Danno non patrimoniale: la messa a punto delle sezioni unite*, M. DI MARZIO, *Danno non patrimoniale: grande è la confusione sotto il cielo, la situazione non è eccellente*; in *Dir. giur.*, 2008, 526 ss., con nota di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale: luci ed ombre*. Cfr., inoltre, i commenti di F.D. BUSNELLI, *Le Sezioni unite e il danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, 97 ss.; A. DI MAJO, *Danno esistenziale o di tipo esistenziale: qual è l'esito?*, in *Corr. giur.*, 2009, 410 ss.; 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*, in *Contr. e impr.*, 2009, 3, 589 s.; S. PATTI, *Le Sezioni Unite e la parabola del danno esistenziale*, in *Corr. giur.*, 2009, 415 ss.; P. CENDON, *L'urlo e la furia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, 71 s.; E. NAVARRETTA, *Danni non patrimoniali: il compimento della Drittwirkung e il declino delle antinomie*, *ivi*, 2009, II, 81 s.; G. PONZANELLI, *La prevista esclusione del danno esistenziale e il principio di integrale riparazione del danno: verso un nuovo sistema di riparazione del danno alla persona*, *ivi*, 2009, II, 90 s.; M. FRANZONI, *Il danno non patrimoniale del diritto vivente*, in *Corr. giur.*, 2009, 5 s.; ID., *I diritti della personalità, il danno esistenziale e la funzione della responsabilità civile*, in *Contr. e impr.*, 2009, 1 s.; C. SCOGNAMIGLIO, *Il sistema del danno non patrimoniale dopo le decisioni delle Sezioni unite*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 261 s.; C. CASTRONOVO, *Danno esistenziale: il lungo addio*, in *Danno e resp.*, 2009, 1, 5 ss.; A. RICCIO, *Verso l'atipicità del danno non patrimoniale: il mancato rispetto dei vincoli derivanti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo solleva una nuova questione di costituzionalità dell'art. 2059 c.c.?*, in *Contr. e impr.*, 2009. Cfr., altresì, M. BARCELLONA, *Il danno non patrimoniale*, cit., *passim*, in part. 50 s. L'orientamento è confermato da Cass., 13 gennaio 2009, n. 409, in *Resp. civ.*, 2009, 277 s., con nota di G. FACCI.

<sup>224</sup> Per la verità, i giudici, da parte loro, già a partire dagli anni settanta del secolo scorso, avevano aperto la strada al risarcimento del danno non patrimoniale da inadempimento, tramite il sofisticato ricorso allo stratagemma del cumulo delle azioni, contrattuale ed extracontrattuale. Cfr., per un'accurata sintesi, C. AMATO, *Il danno non*

nonostante l'apprezzabile sforzo, non si può dire che l'arresto delle Sezioni Unite sia stato veramente risolutivo, sia per una debolezza immanente alla struttura logica del ragionamento, sia perché esso lascia fuori dal suo orizzonte la questione relativa alla nozione di «danno non patrimoniale contrattuale»<sup>225</sup>.

Non ha giovato, forse, ad una corretta impostazione del problema la circostanza che questo venisse affrontato in un contesto dominato dall'esigenza di ulteriormente precisare e sistemare, dopo le due sentenze gemelle del 2003, i confini del danno non patrimoniale in ambito aquiliano. Si è parlato di un'«abborracciata *Drittwirkung*», grazie alla quale si compie «il miracolo della transustanziazione dell'extracontrattuale in contrattuale»<sup>226</sup>, né di meglio si può pensare del richiamo all'art. 2059 in contesto contrattuale<sup>227</sup>.

Invero, nel caso della responsabilità civile, la risarcibilità della perdita patrimoniale è collegata al criterio dell'ingiustizia. Quest'ultima, infatti, è il grande selettore che decide della sorte del pregiudizio prodottosi nella sfera del danneggiato. E, d'altronde, la storia ormai quarantennale della responsabilità civile è contrassegnata, com'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<sup>228</sup>. Il discorso vale, a maggior ragione, per il danno non patrimoniale, giacché la formulazione restrittiva dell'art. 2059 rappresentava un ostacolo ben più consistente di quanto non fosse il richiamo all'ingiustizia dell'art. 2043<sup>229</sup>.

È certo, però, che questo approccio non possa essere seguito allorché si ragioni della risarcibilità del danno non patrimoniale in ambito contrattuale. Qui, il tema,

---

*patrimoniale da inadempimento contrattuale*, cit., 304 ss. Sul tema v. pure R. SACCO, *Concorso dell'azione contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1999, 161 ss.; P.G. MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, Padova, 1989, 17.

<sup>225</sup> Per questi rilievi critici v. L. NIVARRA, *I nuovi orizzonti della responsabilità contrattuale*, cit., 71 ss.

<sup>226</sup> Cfr. L. NIVARRA, *La contrattualizzazione del danno non patrimoniale: un'incompiuta*, in *Eur. e dir. priv.*, 2012, 482.

<sup>227</sup> Unisono sul punto sono le critiche di S. MAZZAMUTO, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2012, 455, 459-460 e di L. NIVARRA, *La contrattualizzazione del danno non patrimoniale: un'incompiuta*, cit., 491. Nello stesso senso v. C. CASTRONOVO, *Danno esistenziale: il lungo addio*, cit., 8-9; G. GRISI, *Il danno (di tipo) esistenziale e la nomofilachia "creativa" delle Sezioni Unite*, in *Eur. e dir. priv.*, 2009, 39; G. CONTE, *Considerazioni critiche sull'applicazione del paradigma risarcitorio ricavato dall'art. 2059 c.c. anche al danno non patrimoniale contrattuale*, in *Contratti*, 2010, 709-710; C. BONA, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, in *Dialoghi sul danno alla persona*, a cura di U. IZZO, Trento, 2006, 322 ss.; M.R. MARELLA, *Struttura dell'obbligazione e analisi rimediabile nei danni non patrimoniali da inadempimento*, cit., 466-467; M.M. FRANCISSETTI BROLIN, *Danno non patrimoniale e inadempimento. Logiche "patrimonialistiche" e valori della persona*, Napoli, 2014, 533 ss. *Contra* A.M. BENEDETTI, *Chi non adempie, o adempie male, deve risarcire «anche le lacrime»? Annotazioni sul danno morale da contratto*, in *Giur. it.*, 2009, 1056, il quale propone l'estensione analogica dell'art. 2059 c.c. alla responsabilità contrattuale.

<sup>228</sup> In questo quadro, si inserisce il problema della lesione del credito da parte di terzi, che ha trovato pieno riconoscimento nel nostro ordinamento a partire dagli anni settanta del secolo scorso. In argomento, è d'obbligo il rinvio all'opera di F. BUSNELLI, *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1964, che più di ogni altro ha dedicato presso di noi un ampio approfondimento al tema della tutela aquiliana del credito. Cfr., pure, E. MOSCATI, *La disciplina generale delle obbligazioni*, cit., 31 ss., il quale ricostruisce in modo chiaro e puntuale la vicenda giurisprudenziale che ha portato al riconoscimento di questo ulteriore mezzo di tutela del diritto di credito.

<sup>229</sup> Cfr. L. NIVARRA, *I nuovi orizzonti della responsabilità contrattuale*, cit., 72.

senza dubbio, rivela una complessità ancor maggiore di quella generata nella responsabilità aquiliana. Basti pensare, infatti, che, già sul versante normativo, l'assetto concepito dal legislatore del 1942 non offre immediate soluzioni; anzi, ad una lettura tradizionale, è parso escludere – con l'art. 1223, che fa riferimento unicamente al danno emergente e al lucro cessante – i pregiudizi non patrimoniali, in supposta sintonia con la vocazione del contratto ad operare solo nel contesto economico<sup>230</sup>. Ne deriva, pertanto, che, per poter giungere a ricostruire le condizioni di ammissibilità del danno non patrimoniale contrattuale, obbligato appare il passaggio attraverso l'apparente avversità del dato normativo, nonché attraverso alcuni snodi concettuali della costruzione teorica della responsabilità contrattuale.

Com'è noto, gli argomenti del pensiero negazionista dell'ammissibilità del danno non patrimoniale contrattuale (ormai superati dal dato positivo per quel che concerne il contratto di pacchetto turistico regolato dal codice del turismo) sono sostanzialmente riconducibili al preconetto che il contratto *ex art.* 1321 è volto a regolare rapporti giuridico-patrimoniali e, di conseguenza, l'obbligazione, che del contratto è l'effetto, e la connessa responsabilità da inadempimento non si prestano a veicolare e tutelare interessi di natura non patrimoniale, tanto più che l'ordinamento manifesta nei confronti dei danni collegati alla lesione di tali interessi una sostanziale chiusura, tradottasi nella riserva di legge dell'art. 2059, la cui rigida limitazione dei danni non patrimoniali si estende anche all'area dell'adempimento, salva la lesione dei diritti fondamentali<sup>231</sup>.

Eppure, la disciplina della responsabilità contrattuale contiene svariati profili cui agganciare il riconoscimento del danno non patrimoniale contrattuale. Il vero problema, quindi, è di argomentare nel senso della riconducibilità della lesione dell'interesse non patrimoniale entro il perimetro della relazione che lega le parti del contratto<sup>232</sup>. 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<sup>233</sup>. Su questa concezione influisce una lettura tralaticia dell'art. 1174, cui non può attribuirsi il ruolo di «giustificare la rilevanza e la risarcibilità dei danni non patrimoniali contrattuali»<sup>234</sup>. Purtuttavia, secondo una corrente di pensiero, una volta riconosciuta la possibilità di volgere l'obbligazione al soddisfacimento di bisogni non suscettibili di un'immediata ed oggettiva valutazione

---

<sup>230</sup> Cfr. E. NAVARRETTA – D. POLETTI, *I danni non patrimoniali nella responsabilità contrattuale*, in E. NAVARRETTA, *I danni non patrimoniali*, cit., 60-61.

<sup>231</sup> Cfr. S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2015, 480.

<sup>232</sup> Cfr. L. NIVARRA, *I nuovi orizzonti della responsabilità contrattuale*, cit., 72.

<sup>233</sup> Una chiara riprova di tutto ciò offre C. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2011, 55 ss.

<sup>234</sup> Cfr. M. COSTANZA, *Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale*, cit., 128; in senso conforme, vedasi G. CONTE, *Considerazioni critiche sull'applicazione del paradigma risarcitorio ricavato dall'art. 2059 c.c. anche al danno non patrimoniale contrattuale*, cit., 710 ss.; V. TOMARCHIO, *Responsabilità contrattuale e danno non patrimoniale. Il problema della tipologia dei pregiudizi risarcibili*, in *Danno e resp.*, 2009, 1028; ID., *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Napoli, 2009, 85-89; A. DI MAJO, *Giustizia e «materializzazione» nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole di) fattispecie e (regole di) procedura«letture»*, in *Eur. e dir. priv.*, 2013, 817.

in danaro, è giocoforza affermare quantomeno la risarcibilità in via equitativa dei danni conseguenti alla loro mancata realizzazione<sup>235</sup>, sempre che non si voglia privare di tutela l'interesse del creditore alla prestazione; ma ciò mal si concilia con l'attuale orientamento della cultura giuridica propenso a privilegiare il profilo dei rimedi che prima di quello dei diritti di essi sono preordinati a tutelare<sup>236</sup>.

La norma testé richiamata, infatti, ha una funzione ben diversa, ossia quella di consacrare l'attitudine dell'obbligazione al soddisfacimento anche in via primaria di interessi non patrimoniali, in quanto assunti come termini finali della prestazione principale<sup>237</sup>. Com'è stato rilevato, il riferimento all'interesse non patrimoniale contenuto nell'art. 1174 ha soltanto «la funzione di rendere chiaro che esso non era in contrasto con la natura essenzialmente patrimoniale dell'obbligazione»<sup>238</sup>.

Non v'è dubbio che la valorizzazione dell'art. 1174 – sulla quale si dubita in chiave di fondamento normativo del danno non patrimoniale da inadempimento – si iscrive comunque in quell'imprescindibile opera di ricognizione degli indici normativi della rilevanza del danno non patrimoniale contrattuale, solo a seguito della quale risulta possibile procedere alla reinterpretazione della norma in discorso che la affranchi dalla tradizionale lettura secondo cui la mera deduzione in obbligazione di un interesse non patrimoniale ne determina la «patrimonializzazione»<sup>239</sup>; nonché dalla connessione, altrettanto tradizionale, con l'istituto della clausola penale (art. 1382) quale strumento di attribuzione pattizia di valenza patrimoniale ad un interesse non patrimoniale<sup>240</sup>.

Se, dunque, l'art. 1174 non è decisivo in senso affermativo, ma offre un orizzonte nel quale si può inserire la costruzione di un sistema di disciplina dei danni non patrimoniali, analogamente, e per converso, non è determinante in senso negativo

---

<sup>235</sup> Cfr. U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. IUDICA – P. ZATTI, Milano, 1991, 673 ss.; M. COSTANZA, *Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 127 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in S. MAZZAMUTO, *Il contratto e le tutele*, Torino, 2002, 469.

<sup>236</sup> Cfr. S. MAZZAMUTO, *Il mobbing*, Milano, 2004, 64, spec. nt. 25. Il rilievo è di C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, cit., 472. In argomento, v. anche C. CASTRONOVO, *Danno biologico. Un itinerario di diritto giurisprudenziale*, Milano, 1998, *passim*, il quale individua il danno non patrimoniale nelle perdite di utilità personali di vita insuscettibili di valutazione in danaro. È da condividere l'idea di C. SALVI, *La responsabilità civile*, cit., 28 ss., il quale ritiene che la non patrimonialità del danno non dipenda dalla non patrimonialità del bene leso dal fatto dannoso. È patrimoniale il danno nel quale il fatto illecito produce conseguenze economiche negative per la vittima, che le regole della responsabilità civile procedono a traslare dalla sfera giuridica del soggetto danneggiato a quella del soggetto danneggiante (funzione riparatorio-compensativa). Tali conseguenze economiche negative possono prodursi anche nell'eventualità della lesione di un bene di per sé non patrimoniale. È non patrimoniale il danno nel quale il fatto illecito determina una lesione tipica di un interesse che è valutata a prescindere da eventuali conseguenze economiche, sicché il danno che si produce è sì astrattamente commisurabile in danaro, ma non essendo il criterio dell'equivalenza con la perdita economica subita (funzione satisfattivo-punitiva). Aderisce a quest'indirizzo G.B. FERRI, *Il danno alla salute e l'economia del dolore*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1999, 815 ss., il quale, distinguendo il bene (interesse leso) dalle conseguenze dannose che la lesione determina, invita a non confondere la natura, patrimoniale o non patrimoniale, dell'uno con quella, patrimoniale o meno, delle altre.

<sup>237</sup> Cfr. F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 620 ss.

<sup>238</sup> Cfr. C. CASTRONOVO, *Danno esistenziale: il lungo addio*, cit., 9.

<sup>239</sup> Cfr. A. DE CUPIS, *Il danno*, cit., 131; A. RAVAZZONI, *La riparazione del danno non patrimoniale*, cit., 228; *contra* R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale*, cit., 283.

<sup>240</sup> Cfr. F. GAZZONI, *Dall'economia del dolore all'economia dell'infelicità*, in *Rass. dir. civ.*, 2002, 841.

l'art. 1223 e la descrizione del danno dal medesimo accolta<sup>241</sup>. Già sul piano testuale, d'altronde, un attento studioso ha sottolineato come la nozione di «perdita» si presterebbe a comprendere la privazione di qualsiasi «valore» e, quindi, «tanto di un bene che può valutarsi pecuniariamente in via oggettiva», quanto di una utilità «non oggettivamente valutabile e conseguente, ad esempio, alla peggiorazione di “beni” quali la tranquillità o l'onore»<sup>242</sup>.

Volgendo, invece, lo sguardo alla disciplina della clausola penale di cui all'art. 1384, si deve smentire che l'eventuale considerazione del danno non patrimoniale contrattuale finirebbe per annullare la funzione svolta da tale istituto in chiave di valutazione patrimoniale convenzionale di un interesse non patrimoniale<sup>243</sup>. La proposta, infatti, di riservare il danno non patrimoniale di fonte contrattuale esclusivamente alla previa regolamentazione della clausola pattizia finisce, invero, per lasciare privi di tutela – salvo il criticabile concorso di responsabilità<sup>244</sup> – i possibili danni non patrimoniali contemplati nell'assetto contrattuale, ma non predeterminati in una clausola penale, nonché quelli non previsti espressamente o implicitamente nel regolamento di interessi, ma connessi con la protezione di interessi che non tollerano limitazioni di tutela, quali i diritti inviolabili<sup>245</sup>. Sul punto,

---

<sup>241</sup> Così E. NAVARRETTA – D. POLETTI, *I danni non patrimoniali nella responsabilità contrattuale*, in E. NAVARRETTA, *I danni non patrimoniali*, cit., 62.

<sup>242</sup> Il rilievo è di G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, 232. Nello stesso senso S. MAZZAMUTO, *Una rilettura del mobbing: obbligo di protezione e condotte plurime d'inadempimento*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, 682. In linea con tale considerazione appare significativa la giurisprudenza della Corte costituzionale, ripercorsa nell'ottica della riflessione sul concetto di danno, là dove nella pronuncia n. 372/1994, con argomentazioni direttamente riferite al danno alla salute, aveva richiamato l'idea di «perdita cagionata dalla lesione di una situazione giuridica soggettiva», di tipo analogo al danno patrimoniale. Ugualmente, la concezione del danno non patrimoniale allargata a comprendere ogni pregiudizio di natura non patrimoniale derivante dalla lesione di valori inerenti alla persona, accolta dalla decisione n. 233/2003, è in grado di riferirsi sia al contesto aquiliano sia a quello contrattuale, al quale peraltro ben si attaglia – vista la predominante funzione compensativa dell'obbligo risarcitorio delineata dagli artt. 1223, 1225 e 1227 – lo svilimento del carattere sanzionatorio della liquidazione del danno non patrimoniale. Evidenziano in modo particolare questo profilo E. NAVARRETTA – D. POLETTI, *I danni non patrimoniali nella responsabilità contrattuale*, in E. NAVARRETTA, *I danni non patrimoniali*, cit., 63.

Esplicite nella qualificazione del danno non contrattuale come «perdita di tipo analogo a quello indicato dall'art. 1223 c.c.» sono, altresì, le seguenti pronunce della Suprema Corte: Cass., 10 maggio 2001, n. 6507 e Cass., 3 luglio 2001, n. 9009, in *Resp. civ. e prev.*, 2001, 1177, con note di S. PERON, *Illegittima levata di protesto, conseguenze e prova del danno alla reputazione personale e commerciale* e di P. ZIVIZ, *I “nuovi danni” secondo la Cassazione*.

Va, peraltro, segnalata l'osservazione di R. SACCO, *Concordanze e contraddizioni in tema di inadempimento contrattuale (una veduta d'insieme)*, in *Eur. e dir. priv.*, 2001, 137, secondo cui «il danno morale [potrebbe] servire da paravento per far scattare – con la complicità del giudice – la sanzione pecuniaria».

<sup>243</sup> Cfr., sul punto, F. GAZZONI, *Dall'economia del dolore all'economia dell'infelicità*, cit., 841; G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparatistico e casistico*, I, Milano, 1955, 241-242.

<sup>244</sup> Si pone, invece, a difesa della regola del concorso delle azioni risarcitorie contrattuale ed extracontrattuale F. GAZZONI, *Dall'economia del dolore all'economia dell'infelicità*, cit., 841.

<sup>245</sup> La notazione è di E. NAVARRETTA – D. POLETTI, *I danni non patrimoniali nella responsabilità contrattuale*, in E. NAVARRETTA, *I danni non patrimoniali*, cit., 63-64. Cfr., pure, E. NAVARRETTA, *Il danno non patrimoniale contrattuale. Profili sistematici di una disciplina*, in *Persona e mercato*, 3/2010, 185 ss., spec. 187. Beninteso, la definizione dei lineamenti di un sistema di liquidazione del danno non patrimoniale da responsabilità contrattuale sganciato dalla regola del concorso non è affatto tale da vanificare il ruolo rivestito dalla clausola penale che, se perde il suo carattere di strumento unico di ammissione di quel pregiudizio,



valga ricordare come la Cassazione, nelle pronunce del 2008, abbia, da un lato, richiamato 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, presentino carattere non patrimoniale»<sup>246</sup>, dall'altro lato, però, forse per evitare dissonanze dal precedente n. 6572 del 2006<sup>247</sup>, abbia rilevato che «l'art. 2087, inserendo nell'area del rapporto di lavoro interessi non suscettibili di valutazione economica (...) già implicava che, nel caso in cui l'inadempimento [abbia] provocato la loro lesione, [sia] dovuto il risarcimento del danno non patrimoniale»<sup>248</sup>. In questo caso, i giudici supremi reputano che i danni da lesione della dignità del lavoratore connessi alla dequalificazione non siano altro che «pregiudizi attinenti allo svolgimento della vita professionale del lavoratore, e quindi danni di tipo esistenziale, ammessi a risarcimento in virtù della lesione, in ambito di responsabilità contrattuale, di diritti inviolabili e quindi di ingiustizia costituzionalmente qualificata»<sup>249</sup>. A tal proposito, è appena il caso di precisare che la categoria dell'ingiustizia del danno è inconcepibile al di fuori del perimetro della responsabilità extracontrattuale e l'uso che se ne propone è ancora il frutto del peccato originale consistito nell'impropria invocazione dell'art. 2059 per legittimare la risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento<sup>250</sup>. Il requisito dell'ingiustizia del danno dà luogo, infatti, ad un ordine di valutazioni del pregiudizio per così dire estrinseco rispetto al piano dell'obbligazione o, più in generale, della *lex contractus* cui solo invece si riferisce l'art. 1218, collegando il danno all'inadempimento secondo una relazione di effetto a causa<sup>251</sup>.

È ormai molto ampio il ventaglio delle norme del diritto dei contratti che attribuiscono rilievo ad interessi non patrimoniali: basti pensare a quegli schemi contrattuali tipici orientati in via esclusiva o in via concorrente alla tutela della

---

mantiene invariata la sua funzione di meccanismo di liquidazione preventiva del danno, agevolando sul piano probatorio la posizione del soggetto leso.

<sup>246</sup> Cass., s.u., 11 novembre 2008, n. 26973, § 4.2.

<sup>247</sup> Cass., s.u., 24 marzo 2006, n. 6572, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 1041 ss., con note di M. BERTONCINI, *Demansionamento e onere della prova dei danni*; F. BILOTTA, *Attraverso il danno esistenziale, oltre il danno esistenziale*; M. ROSSETTI, *Danno esistenziale, una questione lontana dall'essere risolta*, 1477 ss.; in *Foro it.*, 2006, I, c. 2334, con note di P. CENDON, *Voci lontane, sempre presenti sul danno esistenziale*, 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, 687 ss., con nota di R. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite sull'allegazione e la prova dei danni cagionati da demansionamento o dequalificazione*.

<sup>248</sup> Cass., s.u., 11 novembre 2008, n. 26973, § 4.5.

<sup>249</sup> *Ibidem*.

<sup>250</sup> Cfr. S. MAZZAMUTO, *La responsabilità contrattuale nella prospettiva europea*, cit., 88.

<sup>251</sup> Ne discende che non può parlarsi, in sede di responsabilità contrattuale, di *iniuria* come fanno E. NAVARRETTA – D. POLETTI, *I danni non patrimoniali nella responsabilità contrattuale*, cit., 66-68, secondo cui, in sostanza, la responsabilità contrattuale, pur essendo una responsabilità da inadempimento di un'obbligazione o da una violazione di un impegno contrattuale, comporterebbe pur sempre la lesione di un interesse. Cfr. per una corretta analisi sul punto F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 664 ss.

persona del creditore, quali il contratto di trasporto di persone (art. 1681), il contratto di prestazione sanitaria, il contratto di lavoro subordinato (art. 2087)<sup>252</sup>.

Un *corpus* normativo assai sensibile alle ragioni della tutela risarcitoria del danno non patrimoniale è rappresentato dalla legislazione antidiscriminatoria che contempla il danno non patrimoniale da condotta discriminatoria nei rapporti di lavoro (e nell'erogazione di servizi) e, quindi, con riguardo ad un territorio molto più ampio della responsabilità contrattuale: si pensi, ad esempio, agli articoli 44 del D.Lgs. n. 286/1998, 4, nn. 4, 5 e 6 del D.Lgs. n. 216/2003. Su tali disposizioni e soprattutto sul già ricordato art. 2087 e sull'art. 2103 si è edificata la disciplina giuridica del *mobbing*, una forma di inadempimento complesso e procedimentale destinato a produrre principalmente danni non patrimoniali<sup>253</sup>.

Un altro pilastro cui è possibile ancorare il danno non patrimoniale da inadempimento è costituito dall'art. 1175, il quale amplia l'area degli interessi tutelati dal rapporto obbligatorio, includendovi l'interesse alla conservazione della propria sfera personale<sup>254</sup>. Sul punto, è necessario scandire il moto espansivo che da oltre un secolo investe la concezione stessa del rapporto obbligatorio e che si è tradotta nel superamento della prestazione e del *Leistungsinteresse*.

Occorre ricordare, al riguardo, che la dottrina della buona fede integrativa è nata e si è sviluppata in Germania a cavallo tra la fine del XIX secolo e l'inizio del XX, ad opera della sinergica attività di dottrina e giurisprudenza<sup>255</sup>. Valga sin da ora rilevare, inoltre, che la sua finalità è stata quella di completare ed arricchire il c.d. piano dell'obbligazione tramite lo strumento tecnico degli obblighi accessori rispetto all'obbligo primario della prestazione (*Nebenpflichten*)<sup>256</sup>.

Per comprendere appieno quali esigenze abbiano spinto la cultura giuridica tedesca ad attribuire alla buona fede funzione integrativa e a ritenere che essa sia attuabile solo attraverso la figura degli obblighi accessori<sup>257</sup>, bisogna risalire a due caratteristiche del diritto tedesco delle obbligazioni: l'assenza di una nozione ampia

---

<sup>252</sup> Cfr. S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., 483. L'art. 2087 costituisce uno dei profili caratterizzanti della prestazione del datore di lavoro. Cfr., al riguardo, C. SMURAGLIA, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1967, *passim*; P. ALBI, *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona*. Art. 2087, in *Il Codice Civile. Comm. Schlesinger*, diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2008, *passim*, in part. 125 ss.

<sup>253</sup> Cfr., in proposito, S. MAZZAMUTO, *Il mobbing*, cit., 53 ss., nonché le sentenze in appendice: Corte cost., 10 dicembre 2003, n. 359, e Cass., S.U., 4 marzo 2004, n. 8438.

<sup>254</sup> Cfr. S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., 484.

<sup>255</sup> Cfr. F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo (Estratto)*, Torino, 2015, 31 ss.

<sup>256</sup> Il rapporto tra la funzione integrativa della buona fede e la determinazione dell'oggetto dell'obbligazione è stato analizzato da A. DI MAJO GIAQUINTO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di F. GALGANO, Bologna-Roma, 1988, 316 ss. Il primo tentativo di inquadramento organico del tema va ascritto a L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 173-181, 229-239 e a E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni. I. Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953, 65 ss. Sul punto v. anche F. CARUSI, *Correttezza (obblighi di)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 709 ss.

<sup>257</sup> Cfr. J. ESSER – E. SCHMIDT, *Schuldrecht, I.1, Allgemeiner Teil*, Heidelberg, 1995, 106.

di inadempimento, simile a quella posta alla base dell'art. 1218<sup>258</sup>, e la configurazione dell'obbligazione come rapporto a struttura complessa<sup>259</sup>.

Fino alla *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts* del 26 novembre 2001, nel codice civile tedesco mancava qualsiasi accenno ad una nozione di inadempimento sufficientemente ampia da includere le diverse epifanie del fenomeno, tra cui quelle forme di inattuazione del vincolo obbligatorio legate, non tanto all'assenza della prestazione, quanto piuttosto ad una prestazione qualitativamente e quantitativamente divergente dalla prescrizione del titolo, ossia quelle che la dottrina tedesca chiama *Leistungsstörungen*<sup>260</sup>. Si tratta, beninteso, di quelle forme di inadempimento riconducibili, nell'ordinamento italiano, alla categoria dell'inesattezza della prestazione<sup>261</sup>.

Il BGB si limitava, infatti, ad individuare quali presupposti della responsabilità contrattuale due incarnazioni per così dire qualificate dell'inadempimento: l'impossibilità sopravvenuta della prestazione imputabile al debitore (§ 280 BGB) e la mora (§ 284 BGB)<sup>262</sup>. In mancanza di una norma che espressamente prevedesse l'obbligo del debitore di prestare in maniera esatta, la dottrina tedesca ha dovuto correre ai ripari, introducendo una figura che affrancasse il sistema delle obbligazioni dall'angustia in cui si trovava a causa della scelta di fondare la responsabilità su due presupposti soli e per di più estremamente connotati<sup>263</sup>. Hermann Staub<sup>264</sup> ha così teorizzato l'esistenza di "violazioni contrattuali positive" (*positiven Vertragsverletzungen*), ossia ipotesi di inadempimento dell'obbligazione ulteriori rispetto alle due previsioni normative e destinate a verificarsi quando il debitore, sebbene non in mora né impossibilitato a prestare per circostanze a lui non

---

<sup>258</sup> Cfr. L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., 235 ss. In tema, v. pure la ricostruzione condotta da E. MOSCATI, *Profili attuali degli obblighi di protezione nel diritto italiano e nel diritto europeo*, in L. GAROFALO (a cura di), *Questioni vecchie e nuove in tema di responsabilità*, Napoli, 2011, 69 ss.

<sup>259</sup> Cfr. L. MENGONI, *op. ult. cit.*, 230-232; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*. I, cit., 99 ss. Sul punto v. la ricapitolazione di C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, 1 ss. e di A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, 58 ss.

<sup>260</sup> Per tutti v. U. HUBER, *Leistungsstörungen*, I, Tübingen, 1999, *passim* e per lo scenario successivo alla *Schuldrechtsmodernisierung* cfr. V. EMMERICH, *Das Recht der Leistungsstörungen*, Berlin, 2008, *passim*, in part. 22 ss.

<sup>261</sup> Sul tema dell'eterogeneità delle manifestazioni dell'inadempimento v. M. GIORGIANNI, *L'inadempimento. Corso di diritto civile*, Milano, 1975, 39 ss., il quale invero distingue tra adempimento inesatto, adempimento ritardato e inadempimento definitivo; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., 583 ss.; C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*<sup>2</sup>, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. SCIALOJA – G. BRANCA, Bologna-Roma, 1979, 23 ss.; ID., *Diritto civile. 5. La responsabilità*, Milano, 2012, 7-11; G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, in *Tratt. contr.*, diretto da V. ROPPO, V, *Rimedi-2*, a cura di V. ROPPO, Milano, 2006, 67 ss.; F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 186 ss.

<sup>262</sup> Cfr. F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo (Estratto)*, cit., 31.

<sup>263</sup> Cfr., in proposito, A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, Bologna, 1988, 305-311, spec. 308 nt. 1; nonché ID., *Obbligazione (Diritto tedesco)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Aggiornamento, Roma, 2003, 1 ss.; ID., *La Modernisierung del diritto delle obbligazioni in Germania*, in *Eur. e dir. priv.*, 2004, 353 ss.; ID., *Recensione alla traduzione italiana di Hermann Staub, Le violazioni positive del contratto*, Napoli, 2001, *ivi*, 2002, 833 ss.

<sup>264</sup> Cfr. H. STAUB, *Der positiven Vertragsverletzungen*, Berlin, 1904, trad. it. a cura di G. VARANESE, Napoli, 2001.

imputabili, ponga in essere dei comportamenti positivi contrari al contenuto dell'obbligo principale o comunque tali da pregiudicare l'attuazione del vincolo<sup>265</sup>.

Com'è intuibile, un problema analogo non si mai posto in Italia, ove sin dagli artt. 1218, 1224 e 1225 del codice civile del 1865, e poi sulla scorta degli attuali artt. 1218 e 1176, è sempre parso pacifico che l'obbligazione imponga al debitore di attuare tutti quei comportamenti prescritti dal titolo dell'obbligazione o desunti dai parametri esterni di determinazione del contenuto della prestazione, come accade nelle prestazioni di fare, specie di carattere tecnico, tramite il criterio della perizia<sup>266</sup>, al fine di consentire il risultato dovuto e di conseguirlo in maniera esatta, vale a dire al fine di fornire un risultato munito delle qualità promesse o legittimamente attese<sup>267</sup>. Ne discende che, nel nostro sistema, il concetto di adempimento dell'obbligazione ricomprende tutti quei comportamenti, positivi o negativi, finalizzati non solo a conservare la possibilità della prestazione, ma soprattutto a realizzarla nel rispetto delle modalità di azione prescritte dal vincolo e apprestando un bene o un'utilità dotati delle caratteristiche richieste<sup>268</sup>.

La lacuna dell'ordinamento tedesco aveva indotto la dottrina a valutare il comportamento dei soggetti del rapporto obbligatorio ricorrendo al precetto della buona fede (§ 242 BGB), sul quale sono state costruite le cosiddette *Treupflichten*, ossia gli obblighi di correttezza, atti ad arricchire il contenuto dell'obbligazione, consentendo di reagire sul piano rimediale a quei comportamenti positivi che possono determinare l'inesattezza della prestazione: si tratta delle già citate *positiven Vertragsverletzungen*<sup>269</sup>.

Una volta colmata la lacuna suddetta, l'attenzione della dottrina tedesca si è spostata dalla denuncia dell'insufficienza dei presupposti normativi della responsabilità per inadempimento alla riflessione sulla struttura del rapporto obbligatorio<sup>270</sup>. La pressoché unanime letteratura tedesca in materia di obbligazioni ne ha accolto una concezione non più ad impianto lineare, dove si fronteggiano, secondo il modello romano, il debito, al polo passivo, e il credito, al polo attivo, ma a struttura complessa. Al contrario, secondo tale impostazione, il rapporto obbligatorio non rappresenta soltanto l'espressione di un diritto soggettivo relativo, con carattere

---

<sup>265</sup> Il dibattito tedesco è riportato da A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, cit., 555 ss.; ID., *Delle obbligazioni in generale*, cit., 308; e C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, 123 ss.; ID., *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, 2. Sul punto v. anche M. FEOLA, *Le obbligazioni de sécurité*, Torino, 2012, 71 ss.

<sup>266</sup> Il rinvio è ovviamente a L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., 161 ss., in part. 166 ss.; nonché a F. PIRAINO, *Sulla natura non colposa della responsabilità contrattuale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2011, 1035 ss.

<sup>267</sup> Sul problema del superamento del principio della promessa come chiave di lettura principale, se non addirittura esaustiva, del significato della vincolatività dell'obbligazione e, dunque, del fondamento della responsabilità contrattuale cfr. A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., 49 ss., spec. 68-69.

<sup>268</sup> Il rilievo è di F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo (Estratto)*, cit., 32-33. Cfr. pure M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., 236 ss.; ID., *L'obbligazione. (La parte generale delle obbligazioni)*, Milano, 1968 213 ss.

<sup>269</sup> Ne dà conto U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. CICU – F. MESSINEO, t. 1, Milano, 1974, 14.

<sup>270</sup> Cfr. i rilievi di C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, cit., 2.

di pretesa (*Anspruch*), cui si collega l'obbligo di un soggetto passivo di assicurare una certa condotta, ma integra una figura multiforme e variabile. Ciò comporta che il rapporto obbligatorio abbia un assetto a pianta circolare, al centro del quale si colloca l'obbligo primario di prestazione (*Hauptleistungspflicht*), contornato da una gamma di «obblighi accessori» (*Nebenpflichten*) positivi (*Verhaltenspflichten*) o negativi (*Unterlassungspflichten*), la cui funzione complessiva mira a pilotare in maniera più compiuta possibile il rapporto obbligatorio verso quel risultato al cui conseguimento esso è preordinato<sup>271</sup>, anche in relazione alla tutela di ulteriori e ben distinti interessi individuali, come l'incolumità fisica o la proprietà<sup>272</sup>. Tali obblighi, beninteso, incombono su entrambi i soggetti del rapporto obbligatorio, perché, se è vero che il creditore nutre interesse al conseguimento della prestazione, è altrettanto vero che il debitore ha interesse all'estinzione del *vinculum iuris* o, addirittura, può avere un interesse più specifico di natura economica, reputazionale o personale<sup>273</sup>. A ben vedere, l'obbligazione ne esce ridisegnata e così, attorno alla prestazione principale, alla *Leistungspflicht*, «si coagula una costellazione di obblighi di natura accessoria, la cui finalità è di assicurare la piena realizzazione di tutti gli interessi per il soddisfacimento dei quali il vincolo è sorto o che comunque a tale vincolo necessariamente si ricollegano»<sup>274</sup>. Tale nozione risulta ormai entrata nel corpo del § 241 BGB, a completamento della definizione di rapporto obbligatorio in esso contenuta, in occasione della recente *Schuldrechtsmodernisierung* del 26 novembre 2001<sup>275</sup>, che ha introdotto un secondo *Absatz* dedicato alla positivizzazione delle *Schutzpflichten*<sup>276</sup>, ossia degli obblighi di protezione.

<sup>271</sup> La ricostruzione è di F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo (Estratto)*, cit., 34.

<sup>272</sup> Cfr. E. MOSCATI, *Profili attuali degli obblighi di protezione*, cit., 70.

<sup>273</sup> Il profilo della reciprocità sottolineato nella letteratura tedesca non è stato adeguatamente esaltato da buona parte della dottrina italiana e dalla giurisprudenza. Lo segnala C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, 1. Cfr., pure, i rilievi mossi più di recente da F. PIRAINO, *op. ult. cit.*, 34 ss., che nel suo pregevole lavoro dedicato alla buona fede in senso oggettivo fornisce un'ampia ricostruzione del dibattito sorto intorno agli obblighi accessori di protezione in Germania e presso di noi.

<sup>274</sup> Cfr. S. MAZZAMUTO, *Una rilettura del mobbing: obbligo di protezione e condotte plurime d'inadempimento*, cit., 647; ID., *Il mobbing*, cit., 24. Imprescindibili sul punto gli studi di L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (studio critico)*, cit., 229-233; ID., *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1089 ss.; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., 316 ss.; ID., *Obbligazione. I) Teoria generale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, 4, 23 ss.; ID., *La protezione del terzo tra contratto e torto*, in *Eur. e dir. priv.*, 2000, 15 ss.; ID., *La Modernisierung del diritto delle obbligazioni in Germania*, cit., 355 ss.; A. DI MAJO, *La responsabilità contrattuale*, Torino, 2007, 21 ss.;

<sup>275</sup> *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts* 26 novembre 2001, entrato in vigore il 1° gennaio 2002. La bibliografia è assai ampia: v. AA.VV., *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtreform*, a cura di W. ERNST – R. ZIMMERMANN, Tübingen, 2001, *passim*; C.W. CANARIS, *Schuldrechtsmodernisierung 2002*, München, 2002; J. SCHMIDT RÄNTSCH, *Das neue Schuldrecht*, Köln, 2002; S. LORENZ – T. RIEHM, *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*, München, 2002; P. HUBER – F. FAUST, *Schuldrechtsmodernisierung. Einführung in das neue Recht*, München, 2002. In Italia cfr. G. CIAN, *Significato e lineamenti della riforma dello Schuldrecht tedesco*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 1 ss.; C.W. CANARIS, *La mancata attuazione del rapporto obbligatorio: profili generali. Il nuovo diritto delle Leistungsstörungen*, *ivi*, 2003, I, 19 ss.; ID., *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni. Contenuti fondamentali e profili sistematici del Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, Testo italiano delle norme del BGB interessate dalla riforma e nota bibliografica a cura di G. DE CRISTOFARO, Padova, 2003; nonché i contributi raccolti nel dibattito *La riforma del codice civile tedesco. Una riflessione di giuristi tedeschi ed italiani sul nuovo volto dello Schuldrecht*, in *Contr. impr./Europa*, 2004, 625 ss. e in particolare cfr. il saggio di R. ZIMMERMANN, *Il BGB e l'evoluzione del diritto civile*, *ivi*, 625 ss. sul

Alla diffusione degli obblighi di protezione ha concorso, peraltro, la piegatura funzionale del rapporto obbligatorio alla salvaguardia della sfera giuridica dell'altro soggetto, la quale costituisce una vocazione dell'obbligazione dell'epoca attuale, manifestando un senso che prescinde dall'eventuale insufficienza della disciplina positiva della responsabilità contrattuale. Se così non fosse, non si spiegherebbero la fortuna che agli obblighi di protezione è arrisa in Italia e l'analogo percorso imboccato dal diritto francese con le *obligations de sécurité*, che, secondo una lettura accreditata, vanno accostate alle *Schutzpflichten* e agli obblighi di protezione<sup>277</sup>, esibendo per taluni un'analogia struttura e un'identica funzione<sup>278</sup>.

Non v'è dubbio che gli obblighi di protezione<sup>279</sup> rappresentino la punta più avanzata della riflessione novecentesca sull'obbligazione e il prodotto più notevole

---

percorso storico che ha condotto alla codificazione, prima, e alla riforma, poi. In chiave critica, cfr. U. FALK, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni: una valutazione critica*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, 501 ss. Cfr., altresì, S. GRUNDMANN – F. OCHMANN, *German Contract Law Five Years After the Fundamental Contract Law Reform in the Schuldrechtsmodernisierung*, in *ERCL*, 2007, 450 ss.; S. GRUNDMANN, *Risarcimento del danno contrattuale. Sistemi e prospettive nell'interazione fra gli ordinamenti tedesco e italiano in Europa*, in *Ann. dir. ted.*, 2004, 259 ss.; F. ADDIS, *Risarcimento del danno contrattuale. Riflessioni su «Sistema e prospettive nell'interazione fra gli ordinamenti tedesco e italiano in Europa» secondo Stefan Grundmann*, in *Dir. giur.*, 2007, 18 ss.; D. MEMMO, *Il nuovo modello tedesco della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Contr. impr.*, 2004, 797 ss. Per una lettura del diritto tedesco riformato nel più ampio quadro del diritto privato europeo cfr. R. SCHULZE, *Il nuovo diritto tedesco delle obbligazioni e il diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 57 ss.; H. SCHULTE-NOLKE, *EC Private Law and the German Civil Law*, in *Gemeinsame Prinzipien des Europäischen Privatrechts (Studien eines Forschungszwerkes)*, a cura di R. SCHULZE – G. AJANI, Baden-Baden, 2003, 211 ss.; v., pure, R. ZIMMERMANN, *The new German Law of Obligations, Historical and Comparative Perspectives*, New York, 2005.

<sup>276</sup> Per un'esposizione, sintetica ma in ottica sistematica, oltreché in prospettiva storica, della categoria delle *Schutzpflichten* si rinvia a F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo (Estratto)*, cit., 38 ss., spec. 40 ss.

<sup>277</sup> Cfr. L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (studio critico)*, cit., 229 ss.

<sup>278</sup> Cfr. M. FEOLA, *Le obbligazioni de sécurité*, Torino, 2012, 123, la quale, però, segnala la minore apertura dei diritti francesi e italiani ad una delle applicazioni degli obblighi di protezione e delle *obligations de sécurité*: quella del contratto con effetti protettivi a favore di terzi e la *stipulation pour autrui tacite*, tanto più se confrontata con l'ampia diffusione in Germania del *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*, sul quale v. P. SCHWERDTNER, *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*, in *Iura*, 1980, 493 ss.; W. BAYER, *Der Vertrag zugunsten Dritter: Neuere Dogmengeschichte-Anwendungsbereich-Dogmatische Strukturen*, Tübingen, 1995, 182; P. SCHLECHTRIEM – M. SCHMIDT KESSEL, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*<sup>6</sup>, Tübingen, 2005, 332 ss. Sul *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* e sulla sua concezione come sottotipo del *Der Vertrag zugunsten Dritter* cfr. i rilievi critici di A. DI MAJO, *La protezione contrattuale del terzo*, in *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica* (Roma 13-16 settembre 1999), a cura di L. VACCA, Torino, 2001, 111-115.

<sup>279</sup> In Italia la categoria degli obblighi di protezione è accolta da un'area consistente ed autorevole della dottrina: in particolare, ad accorgersi per primi del nuovo fervore culturale creatosi in Europa intorno alla figura dell'obbligazione furono E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, 68 ss., in part. 99; e L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (studio critico)*, cit., 368 ss.; cfr., inoltre, G.F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957, 3 ss., 81 ss.; G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, 91 ss.; ID., *La cooperazione del creditore all'adempimento*, Milano, 1964, 62-63; U. MAJELLO, *Custodia e deposito*, Napoli, 1958, 58 ss., in part. 64 ss., il quale però li identifica nella diligenza in fase di pre-adempimento e nella custodia, che per l'a. non attengono all'obbligo primario di prestazione; F. BENATTI, *Osservazioni in tema di «doveri di protezione»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 1342 ss.; ID., *Doveri di protezione*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, VII, Torino, 1991, 221 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*<sup>2</sup>, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da G. GROSSO – F. SANTORO PASSARELLI, Milano, 1966, 266 ss.; ID., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, 670 ss.; ID., *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. SCIALOJA – G. BRANCA, art. 1321-1352, Bologna-Roma, 1970, 204, 207; D. CARUSI, *Correttezza (obblighi di)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 711; G. VISINTINI, *La responsabilità contrattuale per fatto degli ausiliari*, Padova, 1965, 39

della riconcettualizzazione del rapporto obbligatorio e della connessa responsabilità per inadempimento<sup>280</sup>. In particolare, va evidenziato come la straordinaria portata eversiva della teoria degli obblighi di protezione abbia determinato, nel tempo, un restringimento dell'area di applicazione della responsabilità aquiliana a favore di un correlativo ampliamento del perimetro della responsabilità contrattuale, così da avviare al trattamento giuridico offerto dalle regole extracontrattuali ritenute troppo indulgenti nei confronti di determinate categorie di soggetti, come ad esempio i datori di lavoro, sotto un profilo probatorio<sup>281</sup>.

---

ss.; ID., *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 2005, 126 ss.; ID., *Inadempimento e mora del debitore*, cit., 286 ss.; C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, 143 ss.; ID., *Obblighi di protezione*, cit., 1 ss.; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., 316 ss.; nonché ID., *Obbligazione*, cit., 23 ss.; ID., *La Modernisierung del diritto delle obbligazioni in Germania*, cit., 355 ss.; ID., *La responsabilità contrattuale*, cit., 21 ss.; ID., *Le tutele contrattuali*, cit., 58 ss.; S. CICCARELLI, *Dovere di protezione e valore della persona*, Milano, 1988, *passim*, in part. 155 ss.; L. ROVELLI, *Correttezza*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, IV, Torino, 1989, 426 ss.; S. MAZZAMUTO, *Una rilettura del mobbing: obbligo di protezione e condotte plurime d'inadempimento*, cit., 668 ss.; ID., *Il mobbing*, cit., 48 ss.; ID., *La responsabilità contrattuale in senso debole*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 121 ss.; E. MOSCATI, *Profili attuali degli obblighi di protezione nel diritto italiano e nel diritto europeo*, cit., 69 ss.; L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007, 66 ss.; F. VENOSTA, *Profili della disciplina dei doveri di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 841 ss.; ID., *Prestazioni non dovute, "contatto sociale" e doveri di protezione "autonomi"*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, 113 ss.; L. NIVARRA, *La contrattualizzazione del danno non patrimoniale: un'incompiuta*, cit., 475 ss.; ID., *Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale*, *ivi*, 2014, 47 ss.; V. CARBONE, *Inadempimento dello Stato all'obbligo da direttiva: responsabilità ex art. 1218 o 2043 c.c.?*, in *Danno e resp.*, 2012, 736 ss., in part. 741 ss.; C.M. NANNA, *Doveri professionali di status e protezione del cliente consumatore*, Bari, 2012, 14 ss., 59 ss.; A. NICOLUSSI, *Obblighi di protezione*, in *Enc. dir.*, Ann. VIII, Milano, 2015, 659 ss. Applica la categoria degli obblighi di protezione per dare struttura concettuale alla gestione di affari altrui P. SIRENA, *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, Padova, 1999, 45 ss.; ID., *L'obbligo di protezione a carico di chi si ingerisce nell'altrui sfera giuridica e la restituzione del profitto ingiustificato*, in *Contr. impr./Europa*, 2010, 9 ss. In giurisprudenza la figura è stata oramai accolta: v., per limitarsi alle pronunce più recenti, Cass., 10 novembre 2010, n. 22819, in *La resp. civ.*, 2011, 752 ss., con nota di C. FIN, *Illegittimità del protesto e risarcimento del danno non patrimoniale per violazione del dovere di protezione nei confronti del correntista*, ove pure si registra una certa commistione tra le funzioni integrativa e valutativa della buona fede; Cass., s.u., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Foro it.*, 2008, I, 2968; in *Corr. giur.*, 2007, con nota di A. DI MAJO, *Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili*; in *Giur. it.*, 2008, 1152 ss., con nota di G. COTTINO, *Dalle Sezioni unite alle Sezioni semplici: precisazioni (e dubbi) in tema di responsabilità per il pagamento di assegno bancario (trasferibile e non) a soggetto non legittimato ad esigerlo*, e *ivi*, 867 ss., con nota di L. BUFFONI, *Cronaca di una morte annunciata (ma che stenta a sopraggiungere): le strane sorti dell'obbligazione senza prestazione*; in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2008, 586 ss., con nota di N. CIOCCA, *Responsabilità della banca girataria per l'incasso per il pagamento di assegno (di traenza) non trasferibile*; in *Danno e resp.*, 2008, 160 ss., con note di A.P. BENEDETTI, *Assegno non trasferibile, banca girataria e contatto sociale: responsabilità contrattuale?*, di A. FABRIZIO-SALVATORE, *Responsabilità della banca trattaria per l'assegno non trasferibile incassato da persona diversa dal beneficiario*, di T. GRECO, *Confini che svaporano: responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*; in *Resp. civ. prev.*, 2009, 161 ss., con commento di N. MUCCIOLI, *La disciplina dell'assegno non trasferibile in responsabilità e indebito*. Riconosce come problema giuridico la salvaguardia degli interessi della controparte, ma non ritiene di accogliere la categoria degli obblighi di protezione C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., sub 1218, 33 ss., in part. 36 ss.; ID., *Diritto civile*, 3, cit., 472-483; ID., *Diritto civile*, 4, cit., 86-90, il quale include l'istanza di protezione nel perimetro della diligenza.

<sup>280</sup> Il rilievo è di F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo (Estratto)*, cit., 40.

<sup>281</sup> Cfr. C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, cit., 3, il quale ammonisce, però, l'interprete italiano dal ripetere acriticamente le operazioni compiute dai civilisti tedeschi, le quali nel contesto italiano risulterebbero del tutto inspiegabili giacché l'art. 2049 c.c. non prevede la prova liberatoria dell'assenza di colpa, stabilendo, invece, che «padroni e committenti sono responsabili per i danni arrecati dal fatto illecito di loro domestici e commessi nell'esercizio delle incombenze a cui sono adibiti», il che comporta l'adozione di un criterio oggettivo di imputazione della responsabilità extracontrattuale.

Invero, la rigidità del sistema della responsabilità contrattuale è stata attenuata, in Germania, tramite i duttili obblighi integrativi ed accessori di buona fede, saldamente innestati nel § 242 BGB, la cui formulazione ha ridisegnato la struttura del rapporto obbligatorio, abbandonando la tradizionale concezione lineare, che riduce l'obbligazione alla prestazione, e approdando invece ad una rappresentazione di un rapporto complesso, nel quale l'obbligo di prestazione è circondato da una gamma di obblighi integrativi, tra i quali una speciale rilevanza assumono gli obblighi di protezione<sup>282</sup>.

Il modello che ha ispirato Heinrich Stoll, negli studi che hanno condotto la teorizzazione degli obblighi di protezione (*Schutzpflichten*)<sup>283</sup>, è quello che, alla metà del XIX sec., Rudolf von Jhering pose a fondamento di una delle categorie dogmatiche più note della civilistica moderna: la *culpa in contrahendo*<sup>284</sup>, che è un'espressione ignota alle fonti e destinata ad indicare la responsabilità precontrattuale<sup>285</sup>. In effetti, Jhering constatò il silenzio della fonti sulla questione del comportamento dannoso durante la fase delle trattative, non fornendo esse alcuna risposta adeguata a causa dell'impossibilità di ricorrere tanto alla responsabilità contrattuale quanto alla responsabilità aquiliana. Nello specifico, la prima non poteva applicarsi per l'assenza di un contratto validamente costituito; la seconda, invece, per la carenza del requisito della lesione risarcibile<sup>286</sup>. E neppure era invocabile l'*actio doli*, che pure si spingeva sino al risarcimento del danno meramente patrimoniale<sup>287</sup>, a causa dell'estrema ristrettezza dei suoi presupposti, ancorati al criterio soggettivo del dolo<sup>288</sup>. Sicché, Jhering immaginò la figura della *culpa in contrahendo* quale

---

<sup>282</sup> Cfr. C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, cit., 3.

<sup>283</sup> Cfr. H. STOLL, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzungen*, in 136 *AcP*, 1932, 257 ss., in part. 298 ss.; ID., *Die Lehre von den Leistungsverstörungen*, Tübingen, 1936, 27 ss.; invero, l'espressione «*Schutzpflichten*» è stata originariamente proposta da H. KRESS, *Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts*, München, 1929, 5 ss., 578 ss.

<sup>284</sup> Cfr. R. VON JHERING, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, in *Jherings Jb.*, 1861, 1 ss. (ristampa a cura di E. SCHIMDT, *Nachwort* a R. Von Jhering e H. Staub, nuova ed., Bad Homburg-Berlin-Zürich, 1969, 7 ss.) trad. it. di F. PROCCHI, *Della culpa in contrahendo ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, Napoli, 2005.

<sup>285</sup> Sul punto v. C. CASTRONOVO, *La responsabilità precontrattuale*, in C. CASTRONOVO – S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, II, *Proprietà-Obbligazioni-Contratti*, Milano, 2007, 326 ss.; in tema cfr., pure, L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, I, 273 ss.; F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, rist. anastatica Napoli, 2012, 128 ss.; A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, II, *Le regole di comportamento*, Milano, 1974, 209 ss.; G. D'AMICO, *La responsabilità contrattuale*, in *Tratt. contr.*, diretto da V. ROPPO, V, *Rimedi-2*, Milano, 2006, 980 ss.; C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990, 46 ss.; F. PIRAINO, *Intorno alla responsabilità precontrattuale, al dolo incidente e a una recente sentenza giusta ma erroneamente motivata*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 1118 ss., in part. 1142 ss.

<sup>286</sup> Cfr. R. VON JHERING, *Culpa in contrahendo*, cit., 27 ss.

<sup>287</sup> Cfr. C. CASTRONOVO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 326-327.

<sup>288</sup> L'*actio doli* estende la tutela anche ai danni che colpiscono il patrimonio nella sua genericità: cfr. R. VON JHERING, *Culpa in contrahendo*, cit., 8 ss., spec. 23 ss. L'*actio de dolo*, introdotta intorno al 70 a.C. nell'editto pretorio grazie all'autorità di Aquilio Gallo, è un'azione penale (ma è verosimile che con il tempo abbia assunto una causa mista alla luce della sua finalizzazione al risarcimento del danno), arbitraria e di carattere sussidiario. Sull'*actio de dolo* cfr., soprattutto, M.F. CURSI, *L'eredità dell'actio de dolo e il problema del danno meramente patrimoniale*, Napoli, 2008, *passim*, nonostante le non convincenti conclusioni nelle quali si azzardano ricadute



forma di responsabilità *ex contractu* che residua nonostante l'invalidità del negozio e la conseguente retroazione dell'inefficacia<sup>289</sup>. Più in particolare, Jhering intuì che i contraenti impegnati in una trattativa sono titolari di una situazione soggettiva che li impegna ad improntare la loro condotta al rispetto della diligenza, esattamente come accade in sede di attuazione della prestazione, soltanto che tale diligenza è orientata in una direzione diversa rispetto a quella che si accompagna ad un contratto validamente concluso<sup>290</sup>.

L'elemento di maggiore innovazione della figura risiede nell'individuazione di un'ipotesi dannosa per l'innanzi estranea al campo della responsabilità o, comunque, non enucleata con sufficiente chiarezza<sup>291</sup>. La *culpa in contrahendo* consentiva a Jhering di colpire comportamenti che, com'è stato efficacemente rilevato, stanno tra «il già danno e il non ancora contratto»<sup>292</sup>, sommando i pregi delle due forme di responsabilità già note. Nello specifico, la *culpa in contrahendo* ha permesso l'affermazione della responsabilità di natura contrattuale, sebbene i suoi presupposti strutturali coincidessero con quelli della responsabilità aquiliana e, segnatamente, con la colpa (*ohne Schuld keine Haftung*).

Da quella che è stata definita la contraddizione jheringhiana si è poi sviluppata la teoria del rapporto precontrattuale come rapporto obbligatorio di fonte legale che sorge già con l'instaurazione delle trattative e che mira a tutelare «specificamente, cioè in chiave obbligatoria, la sfera giuridica dell'altro contraente»<sup>293</sup>. L'evoluzione del diritto tedesco è approdata, infine, al riconoscimento del fondamento legale della responsabilità precontrattuale grazie alla riforma del 2002 che ha positivizzato anche questa figura.

Per converso, nell'ordinamento italiano, una fondazione più ampia e consapevole della responsabilità precontrattuale si è avuta sin dal 1942, con l'introduzione dell'art. 1337 cod. civ., il quale enuncia un obbligo autonomo di protezione finalizzato a non arrecare pregiudizi alla sfera personale dell'altro contraente. Tra questi certamente rientra anche il maggior aggravio o il minor vantaggio che derivano dal contratto a causa del comportamento scorretto di controparte<sup>294</sup>, a

---

sul diritto contemporaneo, ma sul punto v. la critica di C. CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, III, 682 ss.

<sup>289</sup> La notazione è di F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo (Estratto)*, cit., 43.

<sup>290</sup> Cfr. R. VON JHERING, *Culpa in contrahendo*, cit., 37, 45.

<sup>291</sup> Cfr. C. CASTRONOVO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 326.

<sup>292</sup> Cfr. C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, cit., 2.

<sup>293</sup> C. CASTRONOVO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 327. A cavallo tra la fine del XIX sec. e la prima metà del XX sec. si è registrato l'allargamento della prospettiva e così si è andata lentamente affermando l'idea del rapporto precontrattuale non soltanto preordinato a scongiurare l'invalidità del contratto e, in ogni caso, finalizzato alla comunicazione delle cause di invalidità esistenti, ma anche come luogo di emersione di obblighi di protezione della sfera giuridica dei contraenti, finendo per apparire un *Vertragsähnliches Vertrauensverhältnis*, ossia un rapporto quasi-contrattuale fondato sull'affidamento. Cfr., per questi rilievi, F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo (Estratto)*, cit., 45-46 ed ivi ampi riferimenti bibliografici.

<sup>294</sup> Così ora Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, in *Danno e resp.*, 2006, 25 ss., con commento di V. ROPPO – G. AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*; in *Foro it.*, 2006, I, 1105 ss., con nota di E. SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*; in *Giur. it.*, 2006, I,

condizione che con tale formula si indichi non già il riequilibrio per via risarcitoria del contenuto del contratto, ma soltanto la perdita o il vantaggio che la parte avrebbe potuto rispettivamente evitare o trarre in assenza della violazione della buona fede precontrattuale<sup>295</sup>; il che comporta di circoscrivere il risarcimento alla compensazione dell'ostacolo alla spontanea esplicazione dell'autonomia privata<sup>296</sup>. In definitiva, la scoperta della *culpa in contrahendo* ha indiscutibilmente segnato l'avvio di un rinnovamento teorico-concettuale incentrato sull'ampliamento dei confini della responsabilità contrattuale, tramite, specie nella riflessione successiva, la valorizzazione delle figure dell'obbligo e del rapporto cornice<sup>297</sup>. Responsabilità precontrattuale e obblighi di protezione si presentano, pertanto, legati da una logica comune, governata dall'idea che, dal momento in cui si intavolano le trattative sino alla completa attuazione del rapporto obbligatorio che ne scaturisce, il fatto dannoso di una parte nei confronti dell'altra dà luogo a responsabilità contrattuale, secondo un modello rinnovato rispetto a quello di matrice romanistica, nel quale essa è

---

1599 ss., con nota di G. SICCHIERO, *Un buon ripensamento del S.C. sulla asserita nullità del contratto per inadempimento*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, 897 ss., con nota di E. PASSARO, *Intermediazione finanziaria e violazione degli obblighi informativi: validità dei contratti e natura della responsabilità risarcitoria*; in *Contratti*, 2006, 446 ss., con commento di F. POLIANI, *La responsabilità precontrattuale della banca per violazione del dovere di informazione*; in *Corr. giur.*, 2006, 669 ss., con nota di G. GENOVESI, *Limiti della "nullità virtuale" e contratti su strumenti finanziari*. Cfr., altresì, i commenti di M. FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale: una nuova stagione*, in *Resp. civ.*, 2006, 295 ss.; G. MERUZZI, *La responsabilità precontrattuale tra regola di validità e regola di condotta*, in *Contr. impr.*, 2006, 944 ss. e di E. MORELATO, *Violazione di obblighi di informazione e responsabilità dell'intermediario finanziario*, *ivi*, 2006, 1616 ss. e A. GNANI, *Contrarietà a buona fede e invalidità del contratto: spunti ricostruttivi*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, 435 ss.

<sup>295</sup> Cfr. C. CASTRONOVO, *Vaga culpa in contrahendo: invalidità responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 31-32.

<sup>296</sup> Cfr. F. PIRAINO, *Intorno alla responsabilità precontrattuale*, cit., 1142 ss.; ID., *La buona fede in senso oggettivo (Estratto)*, cit., 49 ss., in part. nt. 96 e nt. 97.

<sup>297</sup> Cfr. F. HERHOLZ, *Das Schuldverhältnis als konstante Rahmenbeziehung*, in 130 *AcP*, 1929, 257 ss., in part. 260 ss., la cui prospettiva in Italia è stata valorizzata da L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (studio critico)*, cit., 176, nt. 14, 231, nt. 17; mentre non del tutto nel segno di Herholz si colloca D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, 10 ss. Di recente C. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, I, 55 ss., in part. 66 ss., ha proposto del concetto di rapporto cornice, o meglio della relazione costante, un significato più ampio e pregnante, suggerendo che «il rapporto obbligatorio si costituisce *ex lege*, in seguito al contatto sociale qualificato, come insieme di obblighi funzionali allo scopo, che è l'attuazione del rapporto medesimo come adempimento dell'obbligo di prestazione. Quest'ultimo nasce quando vi sia un atto di autonomia che lo genera; ma non necessariamente, dato che tale atto può non venire mai ad esistenza come nel caso di trattative precontrattuali non andate a buon fine, oppure venire meno per l'invalidità o la caducazione dell'atto di autonomia o per l'estinzione dell'obbligo di prestazione per una delle cause previste dalla legge. Parlo di obblighi funzionali e non più accessori, proprio perché tale funzione accessoria può essere predicata solo quando vi sia un obbligo di prestazione, che invece, come stiamo dicendo, non necessariamente viene alla luce o, quando pure sia estinto, non comporta l'automatica estinzione degli obblighi c.d. accessori. In questa chiave, l'elemento che rende permanente (*konstante*) il rapporto non è costituito dall'obbligo di prestazione, il quale appunto per definizione ha una durata inferiore a quella del rapporto nel suo insieme, bensì quest'ultimo, quello che viene detto rapporto giuridico fondamentale. Ne risulta che l'essenza del rapporto obbligatorio, come ciò che deve esserci e non può non esserci, non è costituita dall'obbligo di prestazione, che appunto può mancare, bensì dagli obblighi finora chiamati accessori ma che, per quanto abbiamo ora detto, è meglio chiamare funzionali al corretto svolgersi di quello che, nato da un contatto sociale qualificato, mediante essi diventa rapporto giuridico, che accresce il suo contenuto quando vi si innesta l'obbligo di prestazione».

esclusivamente finalizzata a sanzionare l'inadempimento della prestazione<sup>298</sup>. In altri termini, se la lesione della persona o del patrimonio si verifica tra soggetti legati da un rapporto giuridico<sup>299</sup>, quale che ne sia la fonte, tanto il contratto o un'altra fonte negoziale di obbligazioni quanto la legge, sia per previsione espressa (ad esempio, la fattispecie del trattamento dei dati personali<sup>300</sup>), sia per previsione implicita tramite la clausola generale di buona fede (si pensi alla teoria della «obbligazione senza prestazione»<sup>301</sup>), la rimozione del danno non può che essere affidata alla responsabilità contrattuale, intesa correttamente come sineddoche che designa la responsabilità per inadempimento di un obbligo<sup>302</sup>.

Va aggiunto, in proposito, che l'inclusione della salvaguardia della persona e del patrimonio dei soggetti all'interno del perimetro dell'obbligazione non si traduce in un nesso di mera occasionalità necessaria, sibbene in un nesso di funzionalità al corretto esito dell'obbligazione o del contratto<sup>303</sup>, che è concetto più ampio dell'accessorietà rispetto all'adempimento<sup>304</sup>. Ne deriva che il problema della definizione dell'ampiezza della tutela offerta dagli obblighi di protezione e, quindi, il nodo dell'individuazione del nesso tra questi ultimi e l'obbligazione non sono questioni da accertare caso per caso, come fatalmente accade nella ricostruzione del nesso causale; ma costituiscono un problema di natura tipologica che mira a rintracciare un criterio astratto e di massima per discernere tra i danni ulteriori che possono prodursi durante l'attuazione dell'obbligazione o l'esecuzione del contratto, o a loro stretto ridosso, quelli che vanno assunti come vicende del rapporto e quelli che, invece, o sono irrilevanti o ricadono nel campo della responsabilità extracontrattuale<sup>305</sup>.

---

<sup>298</sup> Cfr. C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, cit., 2; nonché S. MAZZAMUTO, *Le nuove frontiere della responsabilità contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, 713 ss., in part. 795 ss. In proposito v., pure, L. NIVARRA, *La responsabilità contrattuale e i suoi attuali confini*, in P. CORRIAS (a cura di), *Liber Amicorum per Angelo Luminoso*, Milano, 2013, 1056 ss.

<sup>299</sup> Su questo punto è di recente tornato con particolare efficacia L. NIVARRA, *Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale*, cit., 68 ss., il quale segnala la centralità dogmatica, nella riconcettualizzazione della responsabilità contrattuale, dell'*Einwirkungsmöglichkeit*. L'A. descrive così la sequenza che conduce all'approssimarsi delle sfere giuridiche dei soggetti al sorgere dell'obbligo di protezione: «Ridotta all'essenziale, la sequenza si snoda attraverso i tre momenti della *Einwirkungsmöglichkeit* (determinata dall'inevitabile approssimarsi delle due sfere giuridiche conseguente alla nascita del *vinculum iuris*), della buona fede che, governando l'intero rapporto obbligatorio, trasforma un *Sein* (la *Einwirkungsmöglichkeit*, appunto) in un *Sollen* (l'obbligo di protezione), culminando nell'ascrizione della responsabilità derivante dall'inosservanza di quell'obbligo alla responsabilità *ex contractu* in ragione della circostanza che siamo pur sempre in presenza di una condotta che si pone in contrasto con un comando individualizzato» (*ibidem* 68-69).

<sup>300</sup> F. PIRAINO, *La liceità e la correttezza*, in *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, I, a cura di R. PANETTA, Milano, 2006, 804-809.

<sup>301</sup> C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 443 ss.; ID., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, cit., 679 ss.

<sup>302</sup> L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, cit., 1072.

<sup>303</sup> Cfr. C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, cit., 8; nonché L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (studio critico)*, cit., 230, nt. 15; ID., *La parte generale delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 509 ss.

<sup>304</sup> All'accessorietà sembra approdare L. NIVARRA, *La contrattualizzazione del danno non patrimoniale: un'incompiuta*, cit., 486 nt. 14, 489-490. Sul punto, v. i rilievi critici di F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo (Estratto)*, cit., 61 ss., con ampi riferimenti di dottrina e giurisprudenza.

<sup>305</sup> Così F. PIRAINO, *ult. op. cit.*, 63-64.

Non si può non convenire, allora, che gli interessi salvaguardati dagli obblighi di protezione coincidano con quelli che attengono alla persona e al patrimonio dell'altra parte del rapporto obbligatorio, i quali, al di fuori del rapporto obbligatorio, godrebbero appunto della tutela aquiliana<sup>306</sup>. Di recente si è sostenuto che «quanto alla panopia 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.»<sup>307</sup>.

Come si è visto, il tema è tornato alla ribalta a seguito della pronuncia resa dalla Corte di Cassazione, la quale ha riconosciuto l'idoneità dell'obbligazione e della correlata responsabilità a proteggere gli interessi della persona anche quando la loro realizzazione non costituisce il fine o uno dei fini del rapporto obbligatorio<sup>308</sup>, come invece tipicamente accade nel contratto di trasporto di persone (art. 1681 c.c.) o nel contratto di lavoro (art. 2087 c.c.). L'approdo è senza alcun dubbio condivisibile e, per la verità, atteso, perché preceduto da un ampio dibattito dottrinale<sup>309</sup>, che ha

---

<sup>306</sup> Cfr. H. STOLL, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzungen*, cit., 289-299.

<sup>307</sup> Cfr. L. NIVARRA, *La contrattualizzazione del danno non patrimoniale: un'incompiuta*, cit., 492.

<sup>308</sup> Secondo L. NIVARRA, *La contrattualizzazione del danno non patrimoniale: un'incompiuta*, cit., 482, quando l'interesse non patrimoniale fa corpo con la prestazione, perché quest'ultima è preordinata alla cura o alla protezione della sfera giuridica dell'altro soggetto del rapporto obbligatorio, la lesione o la mancata realizzazione di tale interesse non integra la fattispecie del danno non patrimoniale da inadempimento, bensì quella dell'inadempimento puro e semplice.

<sup>309</sup> Cfr. A. DALMARTELLO, *Danni morali contrattuali*, in *Riv. dir. civ.*, 1933, I, 53 ss.; G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, 231 ss., in part. 235; M. COSTANZA, *Danno patrimoniale e responsabilità contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 127 ss.; e, più di recente, F. BILOTTA, *Inadempimento contrattuale e danno esistenziale*, in *Giur. it.*, 2001, VI, 1159 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. MAZZAMUTO, Torino, 2002, 467 ss.; M. GAZZARRA, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Napoli, 2003, 95-96; E. NAVARRETTA – D. POLETTI, *I danni non patrimoniali nella responsabilità contrattuale*, in *I danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, a cura di E. NAVARRETTA, Milano, 2004, 62 ss.; M. RABITTI, *Il danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale*, in *Resp. civ. prev.*, 2004, 340 ss.; A. LIBERATI, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Padova, 2004, *passim*; G. CRISCENTI, *Il danno non patrimoniale*, Padova, 2006, 87 ss.; M.R. MARELLA, *Le conseguenze «non patrimoniali» dell'inadempimento. Una tassonomia*, in *Colloqui in ricordo di Michele Giorgianni*, a cura di C.A. GRAZIANI, Napoli, 2007, 175 ss.; ID., *Il risarcimento per equivalente e il principio della riparazione integrale*, in *Tratt. resp. contr.*, diretto da G. VISINTINI, III, *La disciplina legale e convenzionale del risarcimento del danno contrattuale. La responsabilità per ritardo e per fatto degli ausiliari*, Padova, 2009, 91 ss.; ID., *Struttura dell'obbligazione e analisi rimediabile nei danni non patrimoniali da inadempimento*, in *Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo A. Di Majo*, a cura di S. MAZZAMUTO, Napoli, 2012, 457 ss.; F. TESCIONE, *Il danno non patrimoniale da contratto*, Napoli, 2008, *passim*; G. SAVORANI, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, in *Tratt. resp. contr.*, diretto da G. VISINTINI, III, *La disciplina legale e convenzionale del risarcimento del danno contrattuale. La responsabilità per ritardo e per fatto degli ausiliari*, Padova, 2009, 251 ss.; M. MAGGIOLO, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, in *Responsabilità civile. Danno non patrimoniale*, a cura di S. DELLE MONACHE, Torino, 2010, 659 ss.; C. AMATO, *Danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Agg. VI, Torino, 2011, 302 ss.; D. MESSINETTI, *Considerazioni sul danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, 333 ss.; S. MAZZAMUTO, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, cit., 437 ss.; M.M. FRANCISSETTI BROLIN, *Danno non patrimoniale e inadempimento. Logiche «patrimonialistiche» e valori della persona*, Napoli, 2014, *passim*, in part. 190 ss.

progressivamente spazzato via tutte le obiezioni che nel tempo erano state frapposte all'ammissibilità del danno non patrimoniale in sede contrattuale<sup>310</sup> e che trova ora, per di più, puntuali conferme nel diritto positivo<sup>311</sup> e nei laboratori di diritto privato europeo<sup>312</sup>. Tuttavia, come già anticipato, non appaiono condivisibili le argomentazioni che la Suprema Corte ha reso nelle pronunce del 2008, le quale hanno affidato il riconoscimento del danno non patrimoniale da inadempimento alla forza pervasiva dei diritti inviolabili della persona, la cui rilevanza non viene confinata alle soglie dell'obbligazione e del contratto, ma anzi è in essa saldamente insediata; in tal modo, espandendo il perimetro della tutela giuridica tradizionalmente offerta da tali figure. Il ragionamento, peraltro, è completato dall'invocazione al principio secondo cui il risarcimento del danno rappresenta la

---

<sup>310</sup> Cfr. G.P. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa contrattuale*, Torino, 1897, 566 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale. (Contributo alla teoria del danno extracontrattuale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 313 ma v. ora la posizione più possibilista di ID., *Il danno morale mezzo secolo dopo*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 616; F.D. BUSNELLI, *Interessi della persona e risarcimento del danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, 1 ss., in part. 15; V. ZENO ZENCOVICH, *Interesse del creditore e danno contrattuale non patrimoniale*, in *Riv. dir. comm.*, 1987, I, 77, il quale esclude la risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento, fatta salva l'ipotesi di rilevanza del medesimo grazie all'opposizione di una clausola penale (*ibidem*, 87-88); ID., *Il danno da vacanza rovinata: questioni teoriche e prassi applicative*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, 875 ss.; M. GORGONI, *I giudici e l'inadempimento del contratto di viaggio*, in *Resp. civ. prev.*, 1997, 828 ss., in part. 836-837; M. CENINI, *Risarcibilità del danno non patrimoniale in ipotesi di inadempimento contrattuale e vacanze rovinate: dal danno esistenziale al danno «da tempo sacrificato»?*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, 633 ss., in part. 637; M. BARCELLONA, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2008, 87-89, nonché ID., *Trattato della responsabilità civile*, 821 ss., il quale ritiene che la responsabilità contrattuale dia ingresso al risarcimento del danno alla persona soltanto per diritto speciale, mentre per regola generale essa sia preordinata alla salvaguardia delle sole posizioni soggettive di natura patrimoniale; D. MESSINETTI, *Considerazioni sul danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale*, cit., 333 ss., in part. 343-344. Sull'ammissibilità del danno alla persona in sede contrattuale v. in termini dubitativi, ma fortemente orientati ad una chiusura, G. CIAN, *La riforma del BGB in materia di danno immateriale e di imputabilità dell'atto illecito*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, II, 125 ss., in part. 128-129.

<sup>311</sup> L'art. 4, comma 5, d.lgs. 9 luglio 2003, n. 215 di attuazione della direttiva 2000/43/CE sulla parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica; l'art. 4, comma 5, d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216 di attuazione della direttiva 2000/78/CE sulla parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro; gli artt. 37, comma 4, e 38, comma 1, d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198, Codice delle pari opportunità tra uomo e donna; l'art. 33, comma 2, lett. a), cod. cons.; l'art. 47 cod. tur. (su cui v. anche Cass. 24 aprile 2008, n. 10651, in *Corr. giur.*, 2008, 1396 ss., con nota di V. MARICONDA, *Contratto di viaggio, mare sporco e diritti dei consumatori*; in *Dir. tur.*, 2008, 349 ss., con nota di V. CORONA, *La tipizzazione della «finalità turistica» tra presupposizione e criteri di ripartizione del rischio*; in *Danno e resp.*, 2009, 661 ss., con commento di M. LAGHEZZA, *Se il mare è calma come l'olio*; in *Giust. civ.*, 2009, I, 2775 ss., con nota di M. COCUCCHIO, *Un mare «fuori servizio»: mancanza di soluzioni alternative e ristoro per la «vacanza rovinata»*; Cass., 4 marzo 2010, n. 5198; Cass., 13 aprile 2010, n. 8724; Cass., 11 maggio 2012, n. 7256; nonché Corte eur. giust., 12 marzo 2002, C-168/00, in *Resp. civ. prev.*, 2002, 360 ss., con nota di E. GUERINONI, *L'interpretazione della Corte di Giustizia riguardo al danno da «vacanza rovinata»*; in *Contratti*, 2002, 962 ss., con commento di P.M. PUTTI, *Danno da vacanza rovinata*). Non possono trascurarsi, inoltre, gli artt. 1578, 1580, 1681, comma 1, 1812, 1821, 2087. In dottrina v. l'ampia disamina di S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., 469 ss.

<sup>312</sup> L'art. 7.4.2 Principi Unidroit; art. 9:501 PDEC; art. III. – 3:701 DCFR; art. 8:402, n. 4 Principi Aquis e ora anche la proposta di Regolamento sul *common european sales law*, COM(2011) 635 def., all'art. 179, comma 2, dell'Allegato. In proposito, cfr. A. D'ADDA, *Danno da inadempimento contrattuale e «diritto privato europeo»: le scelte dei Principi Aquis*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, 696 ss.; v. pure S. MAZZAMUTO, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, cit., 464 ss.

tutela minima dei diritti inviolabili e, pertanto, va garantito anche quando la lesione del diritto inviolabile discende dall'inadempimento di un'obbligazione<sup>313</sup>.

A ben vedere, l'errore prospettico che inficia l'impostazione delle Sezioni Unite è rivelatore di una visione del danno civile che rimane saldamente ancorata al suo versante aquiliano<sup>314</sup>. In questa prospettiva, occorre chiedersi innanzitutto se un valore non patrimoniale (*id est* la persona) possa essere preso a riferimento di un fenomeno di natura squisitamente economica, con i peculiari effetti di attribuzione di ricchezza che il sistema risarcitorio funzionalmente comporta. In altri termini, bisogna interpretare il senso costruttivo dell'operazione che viene implicata. Ciò che risulta deviato, altrimenti, è il senso del concetto di interesse non patrimoniale, in favore di una spiegazione contingente o pragmatica.

La linea di pensiero tradizionale sostiene che la responsabilità contrattuale si apra alla protezione della persona soltanto per diritto speciale, mentre per regola generale essa risulti preordinata alla tutela per equivalente delle sole situazioni soggettive di natura patrimoniale<sup>315</sup>. La ragione di una così netta chiusura risiede nel timore di un'«abnorme dilatazione dei confini» della prestazione o comunque dell'accreditamento più o meno consapevole della «bizzarra idea che il danno non patrimoniale procede affiancato nell'ombra da un “doppio” non patrimoniale»; il che implicherebbe di riconnettere all'inadempimento un duplice riflesso risarcitorio che investe tanto il danno patrimoniale quanto il danno non patrimoniale<sup>316</sup>.

Ecco allora che «l'unica via attraverso la quale è possibile, sensatamente, postulare la contrattualità di un danno non patrimoniale 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*»<sup>317</sup>.

Discende da quanto precede che il fondamento più solido cui ancorare il danno non patrimoniale da inadempimento è rappresentato proprio dagli obblighi di protezione in forza della loro naturale preordinazione a conferire rilevanza alla persona in sé e al patrimonio in sé, non in quanto in qualche misura implicati nella prestazione<sup>318</sup>. Ulteriore e, per così dire, definitivo corollario di quanto sin qui osservato è il collegamento tra l'ammissione del danno non patrimoniale da

---

<sup>313</sup> Per una ricapitolazione degli argomenti delle Sezioni Unite in tema di danno non patrimoniale da inadempimento v. M. FORTINO, *I danni ingiusti alla persona*, in *Trattato teorico-pratico di Diritto privato*, diretto da G. ALPA – S. PATTI, Padova, 2009, 180 ss.

<sup>314</sup> Il rilievo è di L. NIVARRA, *I nuovi orizzonti della responsabilità contrattuale*, cit., 74.

<sup>315</sup> Così S. MAZZAMUTO, *La responsabilità contrattuale nella prospettiva europea*, cit., 74.

<sup>316</sup> F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo (Estratto)*, cit., 71.

<sup>317</sup> Testualmente v. L. NIVARRA, *La contrattualizzazione del danno non patrimoniale: un'incompiuta*, cit., 491-492.

<sup>318</sup> Il ragionamento svolto nel testo si deve a F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo (Estratto)*, cit., 70.

inadempimento e la presa di coscienza della struttura complessa del rapporto obbligatorio<sup>319</sup>.

È innegabile, tuttavia, che il nostro ordinamento contempra oggi una norma nella quale il danno non patrimoniale da contratto integra gli estremi di un vero e proprio “doppio”: l’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’art. 1455 del codice civile, il turista può richiedere, oltre ed indipendentemente dalla risoluzione del contratto, un risarcimento del danno correlato al tempo di vacanza inutilmente trascorso ed all’irripetibilità dell’occasione perduta*»<sup>320</sup>. Qui, infatti, la perdita di cui si predica la risarcibilità non è semplicemente connessa, ma consegue direttamente all’inadempimento, ossia all’inosservanza dell’obbligo primario di prestazione, come, del resto, suffragato dalla stessa formulazione letterale della disposizione in commento. È evidente, nell’ipotesi in esame, che siamo del tutto al di fuori dell’orbita degli obblighi di protezione, i quali presuppongono un interesse autonomo rispetto a quello relativo alla prestazione: interesse che poi, in concreto, viene negativamente interferito dall’inadempimento, secondo il canone, più volte richiamato, della connessione<sup>321</sup>. Ma, l’estraneità al paradigma delle *Schutzpflichten*, a sua volta, sembra riproporre, inesorabilmente, la questione capitale, lasciata irrisolta dalle SS.UU., della fondazione dogmatica del danno non patrimoniale contrattuale.

---

<sup>319</sup> Cfr., sul punto, L. NIVARRA, *La contrattualizzazione del danno non patrimoniale: un’incompiuta*, cit., 491-492; ID., *I nuovi orizzonti della responsabilità contrattuale*, cit., 86 ss.; v., pure, G. CONTE, *Considerazioni critiche sull’applicazione del paradigma ricavato dall’art. 2059 c.c. anche al danno non patrimoniale contrattuale*, in *I contratti*, 2010, 716 ss.

<sup>320</sup> Nell’ordinamento tedesco, invece, si ritrova il § 651 f, Abs. 2, BGB alla stregua del quale «*wird die Reise vereitelt oder erheblich beeinträchtigt, so kann der Reisende auch wegen nutzlos aufgewendeter Urlaubszeit eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen*». Più in generale, sul versante europeo, si osserva come la categoria del danno contrattuale non patrimoniale sia ormai accolta dai PDEC, che all’art. 9:501 contemplano la risarcibilità del danno non patrimoniale e del danno futuro, purché ragionevolmente prevedibili; nonché dai Principi Unidroit, che all’art. 7.4.2 riconoscono che il danno possa essere di natura non pecuniaria e comprendere, per esempio, la sofferenza fisica e morale; e dall’art. III.-3:701, co. 3, DCFR, che ripartisce la perdita risarcibile nel danno patrimoniale e in quello non patrimoniale. L’apertura della responsabilità contrattuale al ristoro anche dei pregiudizi di natura non patrimoniale connessi all’inadempimento è stata, in sede europea, espressamente riconosciuta anche dalla Corte europea di Giustizia, chiamata a pronunciarsi in via pregiudiziale sull’interpretazione dell’art. 5 della dir. 90/314 con riferimento alla questione se in linea di principio il consumatore abbia diritto al risarcimento del danno morale derivante dall’inadempimento o dalla cattiva esecuzione delle prestazioni fornite in occasione di un viaggio «tutto compreso» (Ceg 12 marzo 2002, C-168/00).

<sup>321</sup> Cfr. L. NIVARRA, *I nuovi orizzonti della responsabilità contrattuale*, cit., 92.

## CAPITOLO SECONDO

# I PROFILI SANZIONATORI DELLA RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE: PENA PRIVATA, ASTREINTE E DANNO PUNITIVO

SOMMARIO: 1. Le sorti della pena privata nel diritto moderno. – 2. Pena «privata», autotutela ed autonomia privata. – 3. La clausola penale nella prospettiva sanzionatoria. – 4. L'autonomia della pena privata rispetto al risarcimento del danno. – 5. Il modello dell'*astreinte*. – 6. La frontiera del danno punitivo.

### 1. – *Le sorti della pena privata nel diritto moderno*

La nozione di «pena privata» va ricompresa nel più ampio *genus* delle sanzioni giuridiche nel diritto civile<sup>322</sup>. Più nel dettaglio, occorre muovere all'interno delle sanzioni cosiddette punitive, le quali – com'è noto – si differenziano, per le finalità a cui mirano, dalle sanzioni restitutorie e da quelle risarcitorie.

Le sanzioni punitive, infatti, si caratterizzano per la loro finalità di prevenzione generale, esercitata mediante dissuasione e persuasione dei privati, oltre che di prevenzione speciale, impedendo che gli stessi privati reiterino l'illecito precedentemente commesso o ne commettano altri<sup>323</sup>.

---

<sup>322</sup> In tal senso, G. PONZANELLI, voce *Pena privata*, in *Enc. giur. Treccani*, XXII, Roma, 1990.

<sup>323</sup> Senza alcun ordine sistematico o pretesa di completezza si vuole ricordare, per una prima ricognizione in materia di pene private: P. CENDON, *Pena privata e diffamazione*, in *Pol. dir.*, 1979, 149 ss.; ma soprattutto E. MOSCATI, voce *Pena (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982; ID., *Pena privata e autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1985, 511 ss., il quale di recente è tornato sul tema offrendo un contributo riassuntivo delle riflessioni maturate negli anni, dal titolo *Note minime su pena e colpa nel diritto privato*, in *Giust. civ.*, 3/2016, 547 ss.; G. PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1983, 435 ss.; ID., voce *Pena privata*, cit.; G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983; ID., *Il danno non patrimoniale nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Resp. civ. prev.*, 1986, 577 ss.; F.D. BUSNELLI, *Verso una riscoperta delle «pene private»*, in *Resp. civ. prev.*, 1984, 26 ss.; ID., *Problemi di inquadramento sistematico del danno alla persona*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 27 ss.; A.D. CANDIAN, *La funzione sanzionatoria nel testamento*, Milano, 1987; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1987; A. FRIGNANI, *La penality di mora e le astreintes nei diritti che si ispirano al modello francese*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, I, 506; F. GALGANO, "Penale" e "civile" nella legislazione valutaria, in *Pol. dir.*, 1976, 567 ss.; ID., *Alla ricerca di sanzioni civili indirette*, in *Contratto e impresa*, 1987, 531; N. IRTI, *La nullità come sanzione civile*, in *Contratto e impresa*, 1987, 541; T. PADOVANI, *Sanzioni «disciplinari» e tutela penale dell'onore nelle associazioni non riconosciute*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1983, 359; V. ZENO-ZENCOVICH, *Il problema della pena privata nell'ordinamento italiano: un approccio comparatistico ai "punitive damages" di "common law"*, in *Giur. it.*, 1985, IV, 12; F. BRICOLA, *La riscoperta delle "pene private" nell'ottica del penalista*, in *Foro it.*, 1985, V, 1 ss.; C. SALVI, *Il danno extracontrattuale*, Napoli, 1985; come opere di carattere sistematico cfr. F.D. BUSNELLI – G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985; A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991; S. PATTI, voce *Pena privata*, in *Dig. civ.*, XIII, Torino, 1995, 349 ss.; L. MEZZANOTTE *Il diritto di ritenzione. Dall'autotutela alla pena privata*, Napoli, 1995; P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996; F. CHABAS, *Le pene private in Francia*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, III, 349; E. MOSCATI, *Fonti legali e fonti «Private» delle obbligazioni*, Padova, 1999, ove è dedicato ampio spazio al tema della pena privata; D. SCALETTA, *Pena privata e tutela dell'associato*, in AA.VV., *Persona e diritto civile*, Napoli, 2000; V. REBUFFAT, *Regolamenti contrattuali e pene private*, in *Contr. e impr.*, 2001, II, 509; F. GALGANO, *Regolamenti contrattuali e pene private*, in *Contr. e impr.*, 2001, 509; M.G. BARATELLA, *Le pene private*, Milano, 2006. In argomento, preziosi si rivelano i contributi in materia di



Le sanzioni restitutorie e risarcitorie, invece, hanno lo scopo di ripristinare lo *status quo ante* rispetto al momento in cui il soggetto commetta l'illecito, con la peculiarità che in quelle risarcitorie il ripristino della situazione giuridica pregiudicata avviene mediante equivalente economico; di converso, nelle prime, quelle punitive, la sanzione colpisce l'autore dell'evento pregiudizievole in un bene diverso da quello offeso, difettando del rapporto funzionale con quest'ultimo.

Il tema in esame tradizionalmente ha attirato l'interesse della dottrina straniera, soprattutto francese e tedesca<sup>324</sup>. Presso di noi, invece, si è parlato solo incidentalmente della pena privata e, per lo più, al solo scopo di sottolinearne la scarsa importanza nel diritto vigente. Sembra quasi che il disinteresse della nostra dottrina riposi, oltre che su di un atavico sfavore, anche sulla difficoltà avvertita di individuarne una categoria, data la diversità delle fonti e la mancanza di una disciplina unitaria<sup>325</sup>. In verità, si registra a tutt'oggi un atteggiamento di netta chiusura nei confronti della pena privata. Di quest'ultima, in effetti, si è soliti parlare nel nostro ordinamento «con pudore, sottovoce ed in punta di piedi, e quasi sempre

---

clausola penale offerti da V.M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, 1954, 143; A. MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984; S. MAZZARESE, *La clausola penale*, Napoli, 1984.

<sup>324</sup> In Francia, vanno segnalati anzitutto i contributi di L. HUGUENEY, il quale dopo essersene occupato *ex professo* nella tesi di dottorato già citata (*L'idée de peine privée en droit contemporain*, Dijon, 1904) ed in un saggio di qualche anno posteriore (*La peine privée en droit actuel*, in *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1906, 416 ss.) vi è ritornato all'inizio degli anni cinquanta del secolo scorso per verificare la fondatezza delle sue precedenti impressioni (*Le sort de la peine privée en France dans la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle*, in *Le droit français au milieu du XX<sup>e</sup> siècle. Études offerts à G. Ripert*, II, Paris, 1950, 249 ss.). Meritano, inoltre, di essere menzionati, sempre nell'ambito della dottrina francese, gli studi di: R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, I, *Sources des Obligations*, IV, Paris, 1924, 185 ss.; P. ESMEIN, *Peine ou réparation*, in *Droit privé. Propriété industrielle, littéraire, artistique*, in *Mélanges en l'honneur de P. Roubier*, II, Paris, 1961, 37 ss.; P. JACOMET, *Essai sur les sanctions civiles de caractère pénal en droit français* (thèse), Paris, 1905; le voci enciclopediche di F. CHABAS, *Astreinte*, in *Encyclopédie Juridique Dalloz*, 1993, 150 ss.; J. BORÈ, voce *Astreinte*, in *Encyclopédie Juridique Dalloz*, civil, II, 1996, 2 ss.; ID., *La collaboration du juge et du législateur dans l'astreinte judiciaire*, in *Aspects nouveaux de la pensée juridique: recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, tomo I, 1975, 273 ss.; nonché la tesi di dottorato di B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée* (thèse), Paris, 1947. Nella dottrina tedesca, invece, fondamentale risulta il libro di B. GROSSFELD, *Die Privatstrafe. Ein Beitrag zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts*, Frankfurt am Main-Berlin, 1961, 9 ss. (v. la Recensione di A. DI MAJO, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 316 ss.); *ex professo* v. anche H. STOLL, *Schadenersatz und Strafe. Eine rechtsvergleichende Skizze*, in *Festschrift für M. Rheinstein*, II, Tübingen, 1969, 569 ss. Importanti contributi vi sono su singoli aspetti o singole figure di pena private: v. U. MEYER CORDING, *Die Vereinsstrafe*, Tübingen, 1957 (v. la recensione di P. RESCIGNO, *Un libro sulle pene delle associazioni private*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 1405 ss.); W. FLUME, *Die Vereinsstrafe*, in *Festschrift für E. Boetticher*, Leipzig, 1969, 101 ss.; ID., *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, II, Berlin-Heidelberg-New York, 1979; H. WEITNAUER, *Vereinsstrafe, Vertragsstrafe und Betriebsstrafe*, in *Festschrift für R. Reinhardt*, Köln-Marienburg, 1972, 179 ss. Con particolare riguardo alla distinzione tra clausola penale (*Vertragsstrafe*) e liquidazione forfettaria del danno (*Schadenspauschalierung*), ricchi di spunti risultano i contributi di settore di: W.F. LINDACHER, *Phänomenologie der «Vertragsstrafe»*, Frankfurt am Main, 1972; V. BEUTHIEN, *Pauschalierter Schadenersatz und Vertragsstrafe*, in *Festschrift für K. Larenz*, München, 1973, 495 ss. Fondamentali appaiono, infine, le opere di: F.C. VON SAVIGNY, *Le obbligazioni*, trad. di G. PACCHIONI, vol. II, Torino, 1915, spec. 278 ss.; A. THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo. Indagini di teoria generale del diritto*, trad. it. con annotazioni di A. LEVI, Padova, 1951.

<sup>325</sup> In senso conforme al testo v. L. MEZZANOTTE, *Il diritto di ritenzione. Dall'autotutela alla pena privata*, Napoli, 1995, 20. Sul punto cfr. E. MOSCATI, voce *Pena (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 786.

indirettamente»<sup>326</sup>. Se un appunto è da rivolgere verso coloro che negano decisamente questa categoria, sulla scorta del rilievo che nel diritto civile non vi possa essere spazio per un rimedio che presenti le medesime caratteristiche che la sanzione<sup>327</sup> assume nel diritto penale, è proprio che essi correlano ad una contaminazione di contesti la figura in esame, tanto da presentarla come un istituto “impuro”. L’ostilità epidermica verso questa figura sembra riflettere, del resto, posizioni scarsamente acritiche che la indicano ora come un retaggio barbarico «che esalta quanto di peggiore vi è nella natura umana»<sup>328</sup>; ora come un residuo di ordinamenti ormai scomparsi<sup>329</sup>; nella migliore delle ipotesi come una curiosità giuridica<sup>330</sup>. A primo acchito, la stessa locuzione «pena privata» suona quasi contraddittoria, giacché l’attributo “privata” parrebbe contraddire il sostantivo “pena”<sup>331</sup>. A questa diffidenza, peraltro, non è sfuggito, almeno in un primo momento, un giurista della statura di Rudolf von Jhering, che manifestò un iniziale atteggiamento di aperto disfavore nei confronti della categoria, tanto da affermare che «la storia della pena privata» è «la storia della sua decadenza»<sup>332</sup>. Jhering, richiamandosi alla tradizione del diritto comune, evidenziò come il rifiuto della figura fosse la conseguenza dell’evoluzione della coscienza sociale e delle trasformazioni del diritto moderno<sup>333</sup>. In tal senso, la stessa espressione di pena privata – certamente ricca di suggestioni – rievoca antichi timori: il ritorno al sistema della rappresaglia, alle vendette personali, in ultimo alla legge del taglione<sup>334</sup>.

<sup>326</sup> Con questo elegante taglio si esprime E. MOSCATI, voce *Pena*, cit., 771.

<sup>327</sup> Sul concetto di sanzione la letteratura è pressoché sterminata: v., ad esempio, accanto al classico contributo di W. CESARINI SFORZA, *Risarcimento e sanzione*, in *Scritti in onore di Santi Romano*, I, Padova, 1940, 149 ss.; la lucida sintesi di N. BOBBIO, *Sanzione*, in *Nuoviss. dig. it.*, XVI, 1969, 530 ss.; nonché H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it. di S. COTTA e G. TREVES, Milano, 1954, 50 ss.; E. ALLORIO, *Osservazioni critiche sulla sanzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, 1 ss. (e la replica di D. BARBERO, *Polemiche sulla sanzione*, ivi, 901 ss.), G. AMBROSETTI, *La sanzione come testimonianza di valori*, in *Arch. giur.*, 1979, 3 ss.

<sup>328</sup> Così H. e L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, III, Paris, 1950, 467, sebbene nelle successive edizioni (del 1960 e del 1978) l’espressione risulti notevolmente edulcorata.

<sup>329</sup> Cfr. B. GROSSFELD, *Die Privatstrafe*, cit., 9.

<sup>330</sup> In questa accezione, L. RIPERT, *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle* (thèse), Paris, 1933, 82.

<sup>331</sup> Cfr. R. VON JHERING, *Das Schuldmoment in römischen Privatrecht*, in *Vermischte Schriften juristischen Inhalts*, Leipzig, 1879, 227. L’affermazione è riportata da R. SANTORO, *Relazione di sintesi del Convegno “Illecito e pena privata in età repubblicana”*, in *Illecito e pena privata in età repubblicana. Atti del Convegno internazionale di diritto romano. Copanello 4-7 giugno 1990*, Napoli, 1992, 329, ora in R. SANTORO, *Scritti minori*, tomo II, Torino, 2009, 443.

<sup>332</sup> Il parziale revirement si è avuto in R. JHERING, *Der Kampf um’s Recht*, Wien, 1897, 75 ss.

<sup>333</sup> Cfr. R. JHERING, *Das Schuldmoment in römischen Privatrecht*, 227. L’affermazione è riportata da R. SANTORO, *Relazione di sintesi del Convegno “Illecito e pena privata in età repubblicana”*, in *Illecito e pena privata in età repubblicana. Atti del Convegno internazionale di diritto romano. Copanello 4-7 giugno 1990*, Napoli, 1992, 329, ora in R. SANTORO, *Scritti minori*, tomo II, Torino, 2009, 443.

<sup>334</sup> In senso conforme al testo v. E. MOSCATI, voce *Pena (dir. priv.)*, cit., 771. Sugli scenari evocati cfr., A. MINOZZI, *Studio sul danno non patrimoniale (danno morale)*, Milano, 1901, 65 ss.; B. GROSSFELD, *op. cit.*, 90 ss.; H., L. e J. MAZEAUD – F. CHABAS, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, III, t. I, Paris, 1978, 703; P. CENDON, *Pena privata e diffamazione*, in *Pol. dir.*, 1979, 149 ss.

Di fronte a queste tendenze, va altresì rilevato che una delle ragioni per le quali si ritiene che la pena privata sia un «corpo estraneo»<sup>335</sup> al diritto civile è una motivazione di carattere politico o, più correttamente, di politica del diritto. Si ritiene, infatti, che la pena, nei suoi due aspetti della *prevenzione* e della *retribuzione* sia tipica del diritto penale<sup>336</sup>; sicché, la punizione del comportamento del colpevole non dovrebbe interessare al civilista, soprattutto dopo che nel corso dei secoli il rimedio del risarcimento del danno si è affrancato da quell'aspetto vagamente sanzionatorio che presentava nel diritto romano<sup>337</sup>. E questo, in termini sistematici, si traduce proprio nell'idea che il diritto civile sia un diritto tipicamente patrimoniale; pertanto, a certi aspetti per così dire «interiori» esso non baderebbe o, comunque, non rivolgerebbe grande attenzione<sup>338</sup>. Da qui, la necessità di impostare il connubio pena-colpa in maniera un po' diversa rispetto a quello che si può notare in altre discipline<sup>339</sup>. Il disinteresse del legislatore e degli interpreti sarebbe una conseguenza

<sup>335</sup> L'espressione («*Fremdkörper*») è di W. FLUME, *Das Rechtsgeschäft*, Berlin-Heidelberg-New York, 1979, 390, ed ha avuto una larga fortuna nella dottrina tedesca in riferimento al § 817 *BGB*. La stessa espressione è stata recepita anche da una parte della dottrina italiana (tra gli altri v. E. GABRIELLI, *Clausola penale e sanzioni private nell'autonomia contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, 901).

<sup>336</sup> Pur non potendosi in questa sede offrire nemmeno un quadro sommario delle più autorevoli e significative opinioni prospettate al riguardo, è comunque da notare come una delle affermazioni ricorrenti sia quella secondo cui la pena privata costituirebbe una continua onta alla sovranità dello Stato, dal momento che porrebbe in crisi la stessa concezione della statualità della pena. La potestà di punire, infatti, sarebbe nel diritto moderno una prerogativa assoluta dello Stato e, pertanto, essa non può essere esercitata dai privati, né tanto meno è in funzione della tutela di interessi esclusivamente privati. Sulla statualità della pena cfr., nella nostra dottrina, A. MINOZZI, *Studio sul danno non patrimoniale*, cit., 67; V.M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit. 143; R. SCOGNAMIGLIO, *Risarcimento del danno*, in *Noviss. dig. it.*, XVI, 1969, 4 ss.; A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, II, Milano, 1979, 35; U. SALVESTRONI, *Il problema dell'indegnità di succedere. Contributo allo studio dei procedimenti successori privati*, Padova, 1970, 158; A. MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984, 9; tra i penalisti di area tedesca vedasi, per tutti, K. BINDING, *Das Problem der Strafe in der heutigen Wissenschaft*, in *Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart*, 1877, 417 ss., specialmente 435; ID., *Die Normen und ihre Übertretung*, I, Leipzig, 1890, 456.

<sup>337</sup> Secondo Savigny, nel diritto romano, la pena privata consisteva essenzialmente in una somma di danaro che l'offeso riceveva dall'offensore. Cfr., in proposito, F.C. VON SAVIGNY, *Le obbligazioni*, trad. it. di G. PACCHIONI, vol. II, Torino, 1915, 278; G. BONILINI, *Pena privata e danno non patrimoniale*, cit., 307.

<sup>338</sup> Va ricordato, comunque, come nel lontano 1912 un giurista eclettico ed arguto come Francesco Carnelutti, nel diverso contesto della responsabilità extracontrattuale, si chiedesse se «la violazione di una norma morale (...) non faccia sorgere almeno la obbligazione naturale, cioè il *debitum senza obligatio!*». Cfr., al riguardo, F. CARNELUTTI, *Questioni in tema di obbligazione naturale e di pagamento*, in *Riv. dir. comm.*, 1912, II, 693 ss., *ivi* alla p. 694. Questo spunto di Carnelutti ha avuto un certo seguito nella dottrina successiva al codice vigente: così, ad esempio, G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, 33-36, 241 e 242, il quale se ne è servito per spiegare i rapporti tra i doveri morali o sociali e la normativa dello Stato. Più di recente, ha parlato di un «processo di moralizzazione del diritto» P. PERLINGIERI, *Le vicende dell'obbligazione naturale*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, I, 357 ss., *ivi* alla p. 362, nota 16, a sostegno della sua tesi dell'ammissibilità di un'interpretazione «abrogante» quando il dovere morale o sociale non sia più considerato tale nella coscienza collettiva. Lo spunto di Carnelutti è evocato, da ultimo, in E. MOSCATI, *Le obbligazioni naturali tra diritto positivo e realtà sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, 177 ss., *ivi* alla p. 183, testo e nota 29.

<sup>339</sup> Come giustamente rileva T. PADOVANI: «Il tratto unificante che più immediatamente accomuna l'intero repertorio delle pene utilizzate nelle varie branche dell'ordinamento è l'appartenenza al *genus* delle sanzioni giuridiche» (cfr. T. PADOVANI, *Lectio brevis sulla sanzione*, in F.D. BUSNELLI – G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, cit., 57). Sempre nell'ambito di questa prospettiva, si è argomentato che, se si consentisse ai privati di irrogare direttamente sanzioni penali in reazione ad un torto subito, cioè senza la mediazione ed il filtro di meccanismi e controlli statuali, si rischierebbe di cadere nell'arbitrio più assoluto, in aperta violazione del principio costituzionale della legalità delle pene (*ex art. 25, comma 2, Cost.*). Il problema è particolarmente sentito nella dottrina francese: v., sul punto, L. HUGUENEY, *Le sort de la peine privée*, cit., 256; J. BORÈ, *La liquidation de l'astreinte comminatoire*, in *Recueil Dalloz Sirey*, 1966, *Chronique*, 159 ss., specialmente 165 ss.;

della trasformazione della natura giuridica del rimedio risarcitorio il quale nel diritto moderno si è affrancato definitivamente da quell'aspetto vagamente sanzionatorio che aveva nel diritto romano<sup>340</sup>.

Secondo la prospettiva consolidata nell'indagine romanistica, l'origine dell'azione penale privata va rintracciata nella generale tendenza del diritto romano diretta, già nella prima età repubblicana, a sostituire all'afflizione fisica, irrogata mediante vendetta privata, posta in essere dall'offeso o dai membri del suo clan familiare, un'afflizione esclusivamente patrimoniale, che poteva venire pretesa dalla vittima<sup>341</sup>. Alla base di tale azione sottostava l'esigenza di sanzionare comportamenti che erano avvertiti dalla coscienza sociale come meritevoli di pena<sup>342</sup>. Si tenga presente, al

---

P. LE TOURNEAU, *La regle «Nemo auditur ...»*, Paris, 1970, 244. Presso di noi cfr. U. SALVESTRONI, *Il problema dell'indegnità di succedere*, cit., 159. Si discute, inoltre, nella dottrina civilistica se il principio della legalità delle pene (su cui cfr., pure, G. MARINI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege: diritto penale*, in *Enc. dir.*, XXVIII, 950 ss.) sia applicabile al di fuori del settore del diritto penale: in senso affermativo v. lo stesso G. MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1979, 15; diversamente, B. GROSSFELD, *Die Privatstrafe*, cit., 121. Rileva, tuttavia, A.D. CANDIAN, *La funzione sanzionatoria nel testamento*, Milano, 1988, 133-138 e 234, che la colpa non costituisce un requisito immanente alla pena privata: «La necessità della colpa non pare ... requisito indispensabile per configurare una sanzione di indole e derivazione privatistica» (*ivi*, 234).

<sup>340</sup> Come ricordava all'epoca del codice del 1865 A. MINOZZI, *loc. ult. cit.* Questa evoluzione è ben presente alla dottrina più recente: v., ad esempio, A. DE CUPIS, *Tradizione e rinnovamento nella responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, II, 319 ss., *ivi* alla p. 320; sul punto v. anche E. MOSCATI, voce *Pena*, cit., 772. Sulla trasformazione della natura e delle funzioni del risarcimento del danno v. anche le preziose notazioni degli storici del diritto tra i quali: H. LANGE, *Schadenersatz und Privatstrafe in der mittelalterlichen Rechtstheorie*, Münster-Köln, 1955, 129 ss. e 151 ss.; B. ALBANESE, voce *Illecito (storia)*, in *Enc. dir.*, XX, s.d., ma Milano, 1970, 50 ss., *ivi* alla p. 85 ss.

<sup>341</sup> Cfr., in tal senso, M. TALAMANCA, voce *Obbligazioni (storia) a) diritto romano*, in *Enc. dir.*, XXIX, 1979, 3 ss., specialmente 13 ss.; nonché, B. ALBANESE, voce *Illecito (storia)*, in *Enc. dir.*, XX, 1970, 50 ss., specialmente 52 ss.; P. VOCI, *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*, Milano, 1939, *passim*; H. LANGE, *Schadenersatz und Privatstrafe in der mittelalterlichen Rechtstheorie*, Münster-Köln, 1955, 129 ss. In argomento, si veda pure la ricostruzione di R. SANTORO, *Relazione di sintesi del Convegno "Illecito e pena privata in età repubblicana"*, in *Illecito e pena privata in età repubblicana. Atti del Convegno internazionale di diritto romano. Copanello 4-7 giugno 1990*, Napoli, 1992, 325 ss., soprattutto 334 ss., ora in R. SANTORO, *Scritti minori*, tomo II, Torino, 2009, 437 ss.

<sup>342</sup> A questa circostanza, sulla base della quale viene delineata la tradizionale bipartizione tra diritto penale pubblico e privato, si collegano le peculiari caratteristiche dell'azione penale privata, costituite dalla nossalità, dall'intrasmissibilità ereditaria passiva e dalla cumulatività, ravvisabile sia nel senso della contemporanea esperibilità contro più responsabili che in quello del suo possibile sommarsi con rimedi di natura privatistica. Cfr., sul punto, C. VENTURINI, *Premessa romanistica*, in F.D. BUSBELLI – G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, cit., 13; per un organico riesame della questione concernente la repressione dell'illecito nelle varie fasi storiche del diritto romano v. pure T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, 4 ss., 175 ss.; ID., *Le droit pénal romain*, trad. Duquesne, 1, Paris, 1907, 2 ss., 175 ss.; P. VOCI, *Manuale di diritto romano*, 1, Milano, 1984, 406 ss.; ID., *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*, Milano, 1939, 10 ss.; recentemente, F. MILAZZO (a cura di), *Illecito e pena privata in età repubblicana. Atti del Convegno di diritto romano (Capanello, 1990)*, Napoli, 2012. Le richiamate caratteristiche dello strumento giudiziario in questione sono rispettivamente spiegabili: la prima come residuo della vendetta privata (cfr., ad esempio, P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, 1901, 671 e n. 1), la seconda in base al concetto della personalità della pena (V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1960, 366) e la terza da un lato con il legame inscindibile nel quale la pena veniva a porsi rispetto alla persona dell'autore e, dall'altro, con l'esclusivo carattere di sanzione afflittiva proprio della condanna pecuniaria (E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, 1977, 554). Per un attento quadro dei vari problemi connessi alle azioni penali private e alla loro evoluzione v. L. VACCA, *Delitti privati e azioni penali nel principato*, in *ANRW*, 2, 14, Berlin-New York, 1982, 682 ss.; M. TALAMANCA, voce *Pena privata (dir. romano)*, in *Enc. dir.*, XXIX, 1982, 712 ss. Va detto, peraltro, che già le XII Tavole contenevano la previsione, con riferimento a taluni casi particolari di illecito, di ammende pecuniarie che potevano essere pretese dalle vittime. Cfr., in proposito, B. ALBANESE, *Illecito*, cit., 58 ss.; M. TALAMANCA, *Obbligazioni*, cit., 4. Si tenga presente, al riguardo, che nel sistema giuridico romano

riguardo, che nel sistema giuridico romano gli atti reputati degni di pena dal sentire sociale erano distinti in due categorie: da un lato, i *crimina*, ossia i delitti pubblici; dall'altro lato, i *delicta* o *maleficia*, ossia i delitti privati. In tal modo, restava affidata alla stimolazione di un personale interesse dei consociati l'attuazione di più generali finalità perseguite dall'ordinamento giuridico<sup>343</sup>. Per di più, in epoca classica, alla nozione di pena privata erano riconducibili due figure accomunate dalla medesima funzione: la pena privata *ex maleficio* e quella *ex stipulatu*. La prima puniva chi avesse illecitamente leso l'altrui diritto, imponendo la corresponsione a favore del danneggiato di una somma di danaro, sovente *multiplum* del danno subito da quest'ultimo; la seconda sanzionava l'inadempimento negoziale, obbligando il debitore a versare la somma preventivamente stabilita dal contraente, anche in difetto di uno specifico interesse del creditore a ricevere la prestazione principale<sup>344</sup>. Va osservato, comunque, che l'azione penale privata restò sempre configurata come un mezzo giudiziario preordinato al fine specifico ed esclusivo di apprestare, in rapporto a particolari illeciti, una sanzione pecuniaria irrogabile a favore del danneggiato in seguito ad iniziativa di quest'ultimo<sup>345</sup>: proprio in quanto provvista di funzione afflittiva, trovava una propria giustificazione ideologica e pratica nell'autonomia funzionale e processuale rispetto ai rimedi di diritto privato attivabili in rapporto alla lesione patrimoniale<sup>346</sup>. In altri termini, presupposto della pena privata rimaneva esclusivamente l'offesa che la vittima aveva ricevuto e non il pregiudizio di carattere patrimoniale che si era prodotto. Essa costituiva sempre un'espiazione per l'offensore e l'appagamento di una vendetta per l'offeso; conferma ne è che, se ne fosse risultato un danno patrimoniale, esso era risarcito in modo autonomo<sup>347</sup>. Al tempo stesso, la pena privata aveva carattere strettamente personale, dal momento che mirava essenzialmente a colpire il reo ed il suo patrimonio ed era, conseguentemente, intrasmissibile agli eredi del responsabile dell'illecito<sup>348</sup>.

---

gli atti reputati degni di pena dal sentire sociale erano distinti in due categorie: da un lato, i *crimina*, ossia i delitti pubblici; dall'altro lato, i *delicta* o *maleficia*, ossia i delitti privati. In tal modo, restava affidata alla stimolazione di un personale interesse dei consociati l'attuazione di più generali finalità perseguite dall'ordinamento giuridico. In sostanza, i delitti privati erano considerati eventi riguardanti, in primo luogo, la sfera individuale di chi li aveva subiti e che, pertanto, legittimavano una reazione personale dell'offeso. L'*excursus* storico va dalla libera vendetta, nell'epoca preistorica, al regime del taglione e si evolve, successivamente, in una pena pecuniaria inflitta dal giudice al reo a seguito dell'azione intentata dall'offeso e a quest'ultimo dovuta.

<sup>343</sup> In sostanza, i delitti privati erano considerati eventi riguardanti, in primo luogo, la sfera individuale di chi li aveva subiti e che, pertanto, legittimavano una reazione personale dell'offeso. L'*excursus* storico va dalla libera vendetta, nell'epoca preistorica, al regime del taglione e si evolve, successivamente, in una pena pecuniaria inflitta dal giudice al reo a seguito dell'azione intentata dall'offeso e a quest'ultimo dovuta.

<sup>344</sup> Cfr. M.G. BARATELLA, *Le pene private*, cit., XIV. È il caso di dire che le differenze intercorrenti tra le due tipologie non solo impedirono una ricostruzione sistematica della categoria da parte dei giuristi romani, ma, addirittura, condussero in età gaiana ad annoverare l'*actio ex maleficio* tra quelle *ut poenam tantum consequamur* e quella *ex stipulatu* tra quelle *ut rem tantum consequamur*, con le ulteriori conseguenze che ne derivarono (v. *infra*).

<sup>345</sup> Illustra sinteticamente i caratteri che originariamente ha assunto la pena privata B. GROSSFELD, *Die Privatstrafe. Ein Beitrag zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts*, Frankfurt am M.-Berlin, 1961, 9.

<sup>346</sup> Cfr. C. VENTURINI, *Premessa romanistica*, cit., 14 ss.

<sup>347</sup> Cfr. A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991, p. 22; v. pure V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., 364.

<sup>348</sup> Cfr., in proposito, P. VOCI, *Risarcimento e pena privata*, cit., 12; F. INVREA, *I rimedi contro il torto*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, I, 654; V.M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., 142 ss. A ben vedere, l'azione penale

Tali rilievi conducono, senz'altro, ad inserire l'azione penale privata nel più vasto ambito dell'evoluzione del processo penale dell'età repubblicana. Ed infatti, è sufficiente richiamare la *lex repetundarum tabulae Bembinae*, databile all'età di Caio Gracco, per osservare come anch'essa fondasse l'attività repressiva della relativa *quaestio perpetua* (ossia di un organo schiettamente destinato ad operare in campo criminale) sulla sollecitazione del personale interesse dei soggetti passivi del reato<sup>349</sup>. Questo fatto, considerando che in entrambi i casi la pena patrimoniale perveniva comunque alle vittime, consente un avvicinamento degli *iudicia repetundarum* dell'età graccana alle azioni penali private, se non certamente sul piano strutturale, almeno su quello della funzione pratica<sup>350</sup>.

A ben vedere, l'azione penale privata rispecchiava, nei suoi principi ispiratori e nella sua funzione, un indirizzo generale variamente attuato nel sistema repressivo repubblicano e complementare rispetto a quello fondato sull'iniziativa d'ufficio, diretta o indiretta, di singoli magistrati che era caratteristica dei processi comiziali e delle cosiddette *quaestiones extraordinariae*: strumenti giudiziali, questi, attivabili per loro natura solo in rapporto a fattispecie provviste di particolare rilevanza politica o interesse pubblico<sup>351</sup>.

Nell'ottica accennata, si coglie la funzione specifica dell'azione penale privata nell'acquisizione per l'attore di un *lucrum*, cioè di un personale profitto, che all'interno della *condemnatio* pecuniaria corrispondeva ad una quota di pena distinta dalla quota di *rei persecutio*. Sotto questo profilo, il giudizio si presentava come un'*actio mixta* imperniata sulla idoneità di quest'ultima a soddisfare l'esigenza risarcitoria insieme a quella, coerente con la propria natura penale, dell'afflizione patrimoniale del convenuto<sup>352</sup>.

Com'è noto, però, all'iniziale situazione di concorrenza tra i due strumenti repressivi andò a sostituirsi una progressiva svalutazione del ruolo delle azioni penali private, anche ad opera del lento consolidarsi, in età imperiale, della *cognitio extra*

---

privata rispecchiava, nei suoi principi ispiratori e nella sua funzione, un indirizzo generale variamente attuato nel sistema repressivo repubblicano e complementare rispetto a quello fondato sull'iniziativa d'ufficio, diretta o indiretta, di singoli magistrati che era caratteristica dei processi comiziali e delle cosiddette *quaestiones extraordinariae*: strumenti giudiziali, questi, attivabili per loro natura solo in rapporto a fattispecie provviste di particolare rilevanza politica o interesse pubblico. In tal senso, C. VENTURINI, *Premessa romanistica*, cit., 16.

<sup>349</sup> Il processo poteva insomma venire promosso direttamente dalle vittime dell'illecito, alle quali spettava peraltro l'ammontare della condanna anche in caso di promuovimento del giudizio da parte di un accusatore *alieno nomine*. Cfr., sul punto, F. SERRAO, *Appunti sui «patroni» e sulla legittimazione all'accusa nei processi «repetundarum»*, in *Studi in onore di P. De Francisci*, 2, Milano, 1954, 471 ss.; ID., *Classi, partiti e legge nella repubblica romana*, Pisa, 1974, 233 ss.; H.D. MEYER, *Der civis romanus als Kläger im Repetundenprozess*, in *«Festschrift Vittinghoff»*, Köln-Wien, 1980, 148 ss., il quale ha proposto una ricostruzione di tali linee diversa da quella usuale. Sul complesso tema delle *actiones populares* cfr. C. FADDA, *L'azione popolare*, Torino, 1894 e le successive indagini di F.P. CASAVOLA, *Fadda e la dottrina delle azioni popolari*, in *Labeo*, I, 1955, 131 ss.; ID., *Studi sulle azioni popolari romane. Le «actiones populares»*, Napoli, 1958, 13 ss.

<sup>350</sup> Cfr. F. SERRAO, *Il frammento leidense di Paolo*, Milano, 1956, 57.

<sup>351</sup> Cfr. C. VENTURINI, *Premessa romanistica*, cit., 16.

<sup>352</sup> In senso conforme al testo v. P. VOCI, *Risarcimento e pena privata*, cit., 92 ss.; cfr., pure, B. ALBANESE, *Illecito*, cit., 83.

*ordinem*<sup>353</sup>. In questo modo, si può cogliere come la *poena* abbia costituito originariamente il surrogato storico della vendetta, di cui ha perso il profilo eversivo sul piano dell'assetto sociale, ma ne ha conservato i caratteri in termini di funzione<sup>354</sup>. Per cui, se è vero che nell'ordinamento romano la pena privata e la responsabilità contrattuale, pur agendo su piani distinti, hanno avuto sicuri punti di contatto, considerato che la pena privata ha segnato per lungo tempo una delle modalità tipiche di reazione al danno privato e all'illecito<sup>355</sup>, bisogna riconoscere che l'idea stessa della pena, da cui la *stipulatio* prende il nome, è un concetto sicuramente molto più risalente, in quanto molto più immediato di quello del risarcimento del danno che implica un ordinamento giuridico più progredito<sup>356</sup>. Progressivamente, la *stipulatio* si è, tuttavia, orientata verso una funzione riparatoria e per questo il carattere più oppressivo, quello del cumulo tra pena e risarcimento, era evitato attraverso diversi schemi: in materia di obbligazioni *stricto iure*, si riteneva che l'obbligazione principale subisse una sorta di novazione nel momento in cui diveniva esigibile la penale; in caso di obbligazioni fondate sulla buona fede, invece, si affermò il principio che il predetto cumulo fosse contrario alla buona fede stessa e, pertanto, il creditore dovesse scegliere una tra le due azioni<sup>357</sup>.

Da queste sommarie indicazioni si ricava, quindi, il superamento della pena personale ad opera di quella patrimoniale, elevata a forma ordinaria di reazione all'illecito<sup>358</sup>. In questo senso, il tema non si riduce esclusivamente all'alternativa tra una funzione afflittiva ed una funzione risarcitoria astrattamente considerate, atteso che devono considerarsi in concreto le ragioni che orientavano le parti a scegliere questo tipo di sanzione contrattuale<sup>359</sup>. Da qui, la funzione integrativa della *poena* nell'ordinamento romano, la quale poteva valere a rafforzare un vincolo pienamente efficace, costringendo il debitore ad adempiere l'obbligazione principale sotto la minaccia della penale<sup>360</sup>.

In età imperiale, si assistette ad una progressiva crisi della pena privata, determinata, oltre che dai limiti oggettivi di quest'ultima, dal rapido affermarsi della

---

<sup>353</sup> Al fondo di questa complessa e lentissima evoluzione stavano verosimilmente ragioni di politica giuridica ed esigenze di flessibilità nell'adeguamento della pena alla fattispecie concreta non dissimili da quelle ispiratrici della più generale trasformazione del processo criminale. Cfr., sul punto, C. VENTURINI, *Premessa romanistica*, cit., 22; nonché G. PUGLIESE, *Linee generali dell'evoluzione del diritto penale pubblico durante il principato*, in *ANRW*, II, 14, 1982, 784 ss.

<sup>354</sup> In tal senso, A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., 24.

<sup>355</sup> Cfr. sempre A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., 19; R. KNÜTEL, *Stipulatio Poenae, Studien zur römischen Vertragsstrafe*, Köln-Wien, 1976, 4.

<sup>356</sup> Il rilievo è di A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., 24.

<sup>357</sup> Cfr. A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., 26 con riferimenti alle fonti romane.

<sup>358</sup> Dall'antico processo *per manus iniunctionem* marcatamente sanzionatorio, culminante nell'afflizione corporale del colpevole, si passò dunque nel sistema postdecemvirale, alla irrogazione di sanzioni incidenti non più sulla persona, bensì sul patrimonio del colpevole; quindi, in età classica, all'affermazione di rimedi misti (le azioni penali in *simplum*), che ad aspetti punitivi ne univano altri risarcitori (cfr. M.G. BARATELLA, *Le pene private*, cit., 4). In argomento, si veda pure F. DE VISSCHER, *Les origines de l'obligation 'ex delicto'*, in *RHD*, 7, 1928, 335 ss.; ID., *Études de droit romain*, 1931, 255 ss.

<sup>359</sup> In senso conforme, A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., 28.

<sup>360</sup> Vedi R. KNÜTEL, *Stipulatio Poenae*, cit., 53.

pena pubblica, la quale veniva irrogata dal giudice su istanza dell'offeso, anche a fronte di illeciti in precedenza perseguibili unicamente con le azioni private<sup>361</sup>.

La riscoperta delle pene private ben si colloca, poi, in un sistema, quale quello longobardo, che presenta una scarna ed essenziale struttura organizzativa; ignora le distinzioni tra delitti privati e pubblici, nonché tra azioni penali, reipersecutorie e miste; riconosce amplissima autonomia ai privati nella repressione degli illeciti, subordinando l'intervento dell'autorità pubblica all'istanza dell'offeso e limitandolo alla scelta del mezzo di prova (ordalico) volto a decidere la lite; concepisce il diritto come ordine di pace, finalizzato a rimuovere i torti e le inimicizie che lo scompongono<sup>362</sup>. In pratica, la salvaguardia dell'ordine pubblico fu affidata, in un primo momento, alla faida, quale sanzione privata irrogata dal gruppo di appartenenza dell'offeso al colpevole, quindi alla *compositio*, quale misura pecuniaria comminata dal giudice per perseguire sia delitti privati che reati pubblici, sempre su istanza dell'offeso<sup>363</sup>. Va notato che tali rimedi, svolgendo una funzione al contempo punitiva e risarcitoria, apparivano peculiari alla pena privata di epoca classica<sup>364</sup>.

Singolari sono state, poi, le vicende della pena privata nel diritto moderno. Da un lato, infatti, vi è chi ne ha disconosciuto la stessa ragion d'essere come categoria giuridica autonoma nel diritto moderno; dall'altro lato, vi è chi ha ravvisato proprio nella funzione penale il fondamento di una molteplicità di istituti, a volte assai lontani, ma che considerati nel loro insieme coprono buona parte della privatistica<sup>365</sup>.

In generale, tra i detrattori della pena privata, si è sostenuto che vi sarebbe nel nostro ordinamento un diffuso disfavore legislativo per gli istituti che presentino una colorazione vagamente sanzionatoria, come ad esempio la clausola penale. A questo proposito si cita, in modo particolare, il potere riduttivo del giudice quando la penale sia manifestamente eccessiva<sup>366</sup>, ovvero se abbia avuto un principio di esecuzione la prestazione principale (art. 1384 c.c.)<sup>367</sup>. Senza contare che la funzione penale della clausola sarebbe meramente eventuale e per di più aggiuntiva rispetto a quella tipica

---

<sup>361</sup> Cfr. C. VENTURINI, *Premessa romanistica*, cit., 22. La caduta dell'impero romano d'occidente ed il progressivo regresso delle istituzioni diede un rinnovato impulso all'idea della pena privata. In questo contesto, la pratica della clausola penale, con il suo carattere comminatorio, si generalizzò a tal punto da potersi dire che nessun contratto, nessun atto della vita civile, affrancamento, adozione, ecc., non si formasse senza che una clausola penale non ne garantisse l'esecuzione. Così E. GLASSON, *Histoire du droit français et des institutions de la France*, citato da A. FLINIAUX, *L'évolution du concept de la clause pénale chez les canonistes du Moyen-Age, (origine des art. 1152, 1226 et ss. du Code Civil français)*, in *Mélanges P. Fournier*, Paris, 1929, 236, spec. nt. 9.

<sup>362</sup> I rilievi sono di M.G. BARATELLA, *Le pene private*, cit., 9.

<sup>363</sup> Cfr. M.G. BARATELLA, *Le pene private*, cit., 8 ss.

<sup>364</sup> Sul punto, v. G. DIURNI, voce *Pena (dir. intermedio: a) pena privata*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1960, 739 ss.

<sup>365</sup> E. MOSCATI, voce *Pena (dir. priv.)*, cit., 770.

<sup>366</sup> A. DE CUPIS, *Tradizione e rinnovamento nella responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, II, 320; ma in tal senso già M. GHIRON, *Degli effetti del contratto*, in *Commentario del codice civile*, diretto da M. D'AMELIO – E. FINZI, *Libro IV. Delle obbligazioni*, pt. I, Firenze, 1948, sub art. 1382-1383, 537.

<sup>367</sup> Cfr., al riguardo, A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., 192, il quale evidenzia come l'art. 1384 c.c. disciplini il profilo "patologico" della penale, «quando, verificatosi l'inadempimento, il debitore contesti il contenuto dell'obbligazione a lui facente capo».



che tradizionalmente si è soliti ravvisare nella liquidazione preventiva e forfettaria del danno<sup>368</sup>.

Senza arrivare a condividere l'opinione di chi sostiene la scomparsa della pena privata dal nostro ordinamento dopo l'abolizione dell'arresto personale per debiti (*ex art. 2093 cod. civ. 1985*)<sup>369</sup> o che si tratti addirittura di un «corpo estraneo» al diritto privato<sup>370</sup>, non si può disconoscere che, assediata da ogni lato, la pena privata si presenti oggi come una categoria «decadente», tuttalpiù con una funzione residuale di «parente povero del risarcimento del danno»<sup>371</sup>. È, questo, il risultato di una lenta ma costante evoluzione nel corso della quale si è progressivamente attenuato il carattere originariamente sanzionatorio della reazione contro gli illeciti<sup>372</sup>. Nella stessa misura hanno finito per ridursi la funzione e lo spazio della pena privata, che nel diritto romano coesisteva con le azioni *reipersecutoriae*, dirette cioè alla reintegrazione in natura o per equivalente<sup>373</sup>. In altri termini, mano a mano che il risarcimento del danno guadagnava terreno, correlativamente le azioni penali, attraverso le quali si infliggeva una sanzione all'autore del danno e che erano intrasmissibili attivamente e passivamente, divenivano sempre più inconciliabili con i principi della responsabilità civile<sup>374</sup>.

In tale contesto, a partire dagli anni settanta, il sistema della responsabilità civile vede la nascita di un ampio movimento riformatore, il quale riesumando la passata concezione sanzionatoria dell'illecito civile, lungo la via della prospettiva «vittimologica», pone al centro del proprio impianto la tutela risarcitoria della vittima. Tale sistema si presenta in costante espansione, anche al fine di fornire una tutela rapida e flessibile rispetto alle sempre nuove esigenze dal tessuto sociale.

Della pena privata si è fatto un gran parlare soprattutto all'inizio degli anni Ottanta del secolo scorso e questo notevole interesse della dottrina dell'epoca ha avuto il suo culmine in un importante Convegno organizzato dalla Scuola Pisana unitamente all'Università Bocconi e dedicato in modo specifico alle «pene

---

<sup>368</sup> Così E. MOSCATI, voce *Pena (dir. priv.)*, cit., 773. In questo senso già L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa. Contributo alla teoria delle obbligazioni*, II, Napoli, 1934, 116; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da G. GROSSO – F. SANTORO PASSARELLI, IV, t. 2, Milano, 1972, 150 ss.; A. DE CUPIS, *Il danno*, cit., I, 1979, 521 e 523; A. TRABUCCHI *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1981, 636. Da questa impostazione dissentono, invece, F. INVREA, *I rimedi contro il torto*, cit., 638 ss., specialmente 655; V.M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., 7; A. MAGAZZÙ, voce *Clausola penale*, in *Enc. dir.*, VII, 1960, 186 ss., specialmente 189; A. MARINI, *La clausola penale*, cit., 19 ss.

<sup>369</sup> È la tesi di U. SALVESTRONI, *Il problema dell'indegnità di succedere*, cit., 163.

<sup>370</sup> Così, W. FLUME, *Das Rechtsgeschäft*, cit., 390.

<sup>371</sup> Come avverte E. MOSCATI, *Pena*, cit., 773.

<sup>372</sup> Così A. MINOZZI, *Studio sul danno non patrimoniale (danno morale)*, Milano, 1901, 67. Cfr., pure, A. DE CUPIS, *Tradizione e rinnovamento nella responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, II, 319 ss., specialmente 320. Per le necessarie informazioni sulle linee di questa evoluzione dello strumento risarcitorio si rinvia a H. LANGE, *Schadenersatz und Privatstrafe in der mittelalterlichen Rechtstheorie*, Münster-Köln, 1955, 129 ss., 151 ss.; B. ALBANESE, *Illecito (storia)*, in *Enc. dir.*, XX, 1970, 50 ss., specialmente 85 ss.

<sup>373</sup> E. MOSCATI, *Pena*, cit., 772.

<sup>374</sup> E. MOSCATI, *Pena*, cit., 772.

private”<sup>375</sup>. Ma anche dopo questa fiorente stagione è calato nuovamente il sipario. Successivamente, infatti, se ne è parlato solo episodicamente e in prevalenza in riferimento alle possibili funzioni della clausola penale<sup>376</sup>. Una ripresa di interesse si è avuta con l’introduzione della figura della responsabilità per danno ambientale con la legge istitutiva del Ministero dell’Ambiente (art. 18, legge 8 luglio 1986, n. 349), che ha dato luogo ad un vivace dibattito sulla specialità di questo tipo di responsabilità a cavallo tra risarcimento del danno e pena privata<sup>377</sup>. In questa prospettiva, è sorta l’opportunità di riconsiderare la funzione meramente riparatoria del sistema responsabilità civile, verso una funzione che possa essere anche sanzionatoria-deterrente rispetto alle condotte antigiuridiche. Proprio in ordine all’opportunità di introdurre sistemi di reazione che non siano esclusivamente risarcitori viene a collocarsi la riscoperta delle pene private, ponendo quale generale corollario l’assunto secondo cui a nessuno dovrebbe essere concessa la possibilità di trarre profitto dal compimento di una condotta *contra legem*<sup>378</sup>.

---

<sup>375</sup> È questo il titolo del già ricordato volume che raccoglie gli atti del Convegno pisano del 30-31 marzo 1984 (v. F.D. BUSNELLI - G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, cit. alla nota precedente). In merito a tale pubblicazione si legga il giudizio acuto di Irti, secondo il quale si tratterebbe di un’opera «di avanguardia e di esplorazione», che «non è (né aspira ad essere) un saggio di dogmatica giuridica. Le categorie giuridiche vi sono usate come semplice bussola, come strumenti di ricerca, che permettono di ricondurre i risultati raggiunti entro gli schemi ed il linguaggio dei giuristi» (cfr. N. IRTI, *La nullità come sanzione civile*, in *Contr. impr.*, 1987, 541).

<sup>376</sup> Un recupero della funzione della clausola penale in termini di «determinazione anticipata (...) e convenzionale di una sanzione a struttura obbligatoria quale conseguenza dell’inadempimento o del ritardo nell’adempimento dell’obbligazione» è prospettato da A. MARINI, *La clausola penale*, cit., 36, per il quale l’obbligazione penale non sarebbe altro che una sanzione civile tipica e alternativa a quella risarcitoria, sganciata dal danno arrecato al creditore e che «presenta precise e spiccate analogie con l’istituto della pena» (ivi, 37). Nella dottrina successiva una particolare attenzione alla funzione penale della clausola penale anche al di fuori dell’area dell’inadempimento o del ritardo è dedicata da S. MAZZARESE, *Le obbligazioni penali*, cit., 156 ss.

<sup>377</sup> Cfr. E. MOSCATI, *Note minime su pena e colpa nel diritto privato*, in *Giust. civ.*, 3/2016, 550. Su questo rilancio della pena privata per la tutela del danno ambientale v. soprattutto F.D. BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 667, secondo cui, nel caso della responsabilità per danno ambientale, la legge del 1986 aveva introdotto una singolare figura di responsabilità in cui il profilo sanzionatorio prevaleva nettamente su quello riparatorio (ancora F.D. BUSNELLI, cit., 667-668), dal momento che, oltre «al costo necessario per il ripristino», nella determinazione del danno si doveva tener conto della «gravità della colpa individuale» e del «profitto conseguito dal trasgressore», dando luogo a una commistione di criteri eterogenei, su cui era decisamente critico P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile per danni all’ambiente: prime riflessioni*, in *Amministrare*, 1987, 195-196. Il risultato, per dirla con uno studioso della responsabilità civile, «assomiglia a una sorta di mostruoso incrocio tra categorie del diritto pubblico e categorie del diritto privato» (sono parole di F.D. BUSNELLI, cit., 669) che vanificava qualsiasi sforzo dell’interprete di inquadrare la responsabilità per danno ambientale in una delle categorie tradizionali. Per ulteriori considerazioni v. E. MOSCATI, *Il danno ambientale tra risarcimento e pena privata*, in *Quadrimestre*, 1991, 170 ss., ivi alle pp. 176-179. Com’è noto, l’art. 18 della legge 8 luglio 1986, n. 346, è stato abrogato dall’art. 318 del Codice dell’ambiente (d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, e successive modificazioni); è altrettanto noto che la norma corrispondente del Codice dell’ambiente, l’art. 311, non contiene più alcun riferimento alla «gravità della colpa individuale» e del «profitto conseguito dal trasgressore», limitandosi a disporre in caso di «concorso nello stesso evento di danno» che «ciascuno risponde nei limiti della propria responsabilità personale» (come modificato dall’art. 5-bis del d.l. 25 settembre 2009, n. 135).

<sup>378</sup> P. PARDOLESI, “*Danni punitivi: frustrazione da vorrei ma non posso?*”, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 342.

## 2. – L'autonomia della pena privata rispetto al risarcimento del danno

A questo punto, diventa veramente necessario verificare che cosa rappresenti la pena privata nel diritto moderno. È da chiedersi, insomma, quale sia oggi il suo spazio vitale ed i suoi caratteri peculiari. Innanzitutto, si tratta di chiarire che cosa debba intendersi per pena privata, al fine di individuarne un senso che riesca a dimostrarne il ruolo autonomo, accanto ad altri mezzi di tutela dei privati, soprattutto rispetto al risarcimento del danno, evitando la suggestione di dilatare senza ragione il numero delle figure ad essa riconducibili, con il rischio di delineare una categoria giuridica che si riveli priva di qualsiasi utilità pratica per l'interprete, perché innumerevoli figure nel sistema possono avere una colorazione vagamente sanzionatoria, senza essere però per questo delle pene private<sup>379</sup>. Invero, se si riconosce la pena privata, non può che riconoscersi a livello di concetto di teoria generale. Tuttavia, essa non va intesa nel senso di pena del diritto civile in contrapposizione agli strumenti tipici del diritto penale<sup>380</sup>. In altri termini, non sembra elemento che possa giustificare la creazione di una nuova categoria giuridica il semplice dato 'topografico': l'operatività della pena circoscritta al settore del diritto privato<sup>381</sup>. Occorre, invece, costruire una categoria dai caratteri ben precisi e costanti nelle singole ipotesi. È indubbio che una ricerca del genere presenti grosse difficoltà. Non si riscontra, infatti, per la pena privata una norma del tipo dell'art. 2043 c.c., ma vi sono soltanto singole ipotesi che la dottrina si è sforzata sempre di ridurre a categoria unitaria<sup>382</sup>; a meno di non considerare l'art. 1382 alla stregua di una clausola generale, dando per scontato naturalmente il superamento delle riserve sulla funzione sanzionatoria della clausola penale (v. *infra*)<sup>383</sup>. In ogni caso, un tentativo di chiarificazione non può prescindere dai rapporti della pena privata con il risarcimento del danno<sup>384</sup>. E ciò non soltanto perché è questo il profilo che per tante ragioni ha attirato maggiormente l'interesse della dottrina, ma anche per una certa

---

<sup>379</sup> È questo il rischio di una dilatazione acritica delle ipotesi che si ritiene riconducibili in qualche modo alla categoria della pena privata, che la dottrina non ha mancato di sottolineare. In questo senso v. E. MOSCATI, voce *Pena (dir. priv.)*, cit., 780; nonché A.D. CANDIAN, *La funzione sanzionatoria nel testamento*, cit., 232-233, il quale propone di evitare il problema del valore dogmatico della categoria «pena privata» (*ivi*, 233). Beninteso, il rischio suddetto è tanto più concreto se si consideri che da taluno si è sostenuto che la nullità del contratto per inosservanza di forme richieste *ad substantiam* sarebbe una sorta di pena privata. La dottrina più recente è, tuttavia, contraria a questa chiave di lettura della nullità alla quale nega il fondamento dogmatico di sanzione. Accanto alle suggestive pagine di N. BOBBIO, *Sanzione*, cit., 535-536; v. in senso critico anche N. IRTI, *La nullità come sanzione civile*, cit., 542, 549-550. Lo stesso discorso sostenuto per la nullità è stato riproposto per la risoluzione del contratto per inadempimento. Quest'ultima ipotesi è ricordata con una punta di rammarico da A.D. CANDIAN, *La funzione sanzionatoria nel testamento*, cit., 532, lamentando che « si parla ormai raramente di pena privata nella risoluzione del contratto per inadempimento ».

<sup>380</sup> Come fa D. JARACH, *Pena civile*, in *Diz. prat. dir. priv.*, V, t. I, 1939, 386.

<sup>381</sup> La conclusione è di E. MOSCATI, *ult. loc. cit.*, il quale aggiunge che se quello fosse l'elemento caratterizzante, dovrebbero ritenersi alla stregua di una pena privata non solo il risarcimento del danno ma qualsiasi altro strumento di tutela che la legge ponga a disposizione dei privati.

<sup>382</sup> Così D. JARACH, *loc. ult. cit.*

<sup>383</sup> Di causa punitiva della clausola penale parla V.M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., 153.

<sup>384</sup> Così E. MOSCATI, *ult. loc. cit.*, 781.

complementarietà di ruoli che le due figure conservano nel diritto moderno<sup>385</sup>. Si è parlato, in proposito, di «soccorso che l'idea della pena privata può rendere al sistema della responsabilità civile»<sup>386</sup>. Sotto questo profilo, potrebbe intravedersi nella pena privata un eccellente punto di riferimento tutte le volte in cui il rimedio risarcitorio non sia in grado di offrire una tutela adeguata o puntuale al danneggiato<sup>387</sup>. Così, ad esempio, quando l'operatività dello strumento risarcitorio sia ostacolata dalla natura non patrimoniale del danno<sup>388</sup>. In tal modo, però, il rischio è che la pena privata finisca con l'essere, più che un rimedio complementare o sussidiario, una tecnica elusiva dei limiti intrinseci al divieto dell'art. 2059 c.c.<sup>389</sup>. Analogamente, si è detto che il ricorso alla pena privata consente di giustificare l'introduzione nel nostro ordinamento di un obbligo ulteriore, che si aggiunge al semplice risarcimento<sup>390</sup>. In altri termini, la pena privata si rivelerebbe l'unico strumento veramente efficace quando l'autore potenziale del danno non trovi nell'obbligazione risarcitoria una ragione sufficiente per astenersi dal suo comportamento, poiché la misura prevedibile del risarcimento, essendo ancorata al limite del danno, è inferiore al profitto della propria iniziativa illecita<sup>391</sup>. Così, ad esempio, attraverso la tecnica della pena privata, l'autore del danno sarebbe costretto a riversare nella sfera del danneggiato «l'intero guadagno che gli abbia procurato il successo commerciale del film, del libro, del giornale, della pubblicazione, del disco, della rappresentazione teatrale (...)» abusivamente utilizzati<sup>392</sup>. Con questa impostazione si rafforzerebbe la reazione civilistica contro la diffamazione<sup>393</sup>.

---

<sup>385</sup> *Ibidem*.

<sup>386</sup> P. CENDON, *Pena privata e diffamazione*, in *Politica del diritto*, 1979, 153, il quale soggiunge che il problema della pena privata coinvolge tutti «i profili dell'illecito»; ma in questo senso già R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, cit., 185 ss.

<sup>387</sup> Per una rassegna di norme in cui la riparazione a favore del danneggiato non è rigidamente correlata all'ammontare effettivo del danno subito, sicché da una parte della dottrina «sono state (...) interpretate come fonte di «pene private»» (lo ricorda F.D. BUSNELLI, *Verso una riscoperta delle «pene private»?*, cit., 6-7) v. P. CENDON, *Pena privata e diffamazione*, cit., 151; nonché E. MOSCATI, voce *Pena (dir. priv.)*, cit., 779 e 785; ID., *Pena privata e autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1985, 542. In alcune di queste ipotesi si tratta di penalità di mora che consentono al giudice di «fissare una somma(...) per ogni violazione o inosservanza successivamente constatata e per ogni ritardo nell'esecuzione dei provvedimenti contenuti nella sentenza» e che, pertanto, «ricordano manifestamente l'*astreinte* francese» (così G. TARZIA, *Presente e futuro delle misure coercitive civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, 800 ss., spec. 805; nello stesso senso, ma un decennio prima, G. GHEZZI, *I licenziamenti dalla «penale» alla «reintegra» dei lavoratori*, in *Pol. dir.*, 1971, 297 ss., spec. 310). Per un accurato approfondimento del dato legislativo sulle multe giudiziali in materia di diritto industriale e di diritto del lavoro (art. 18 dello Statuto dei Lavoratori) v. anche A. FRIGNANI, *Le penalità di mora e le astreintes nei diritti che si ispirano al modello francese*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, I, 506 ss., *ivi* alle pp. 534-536.

<sup>388</sup> Di qui, la tendenza di una parte della dottrina ad interpretare restrittivamente la limitazione dell'art. 2059 c.c. Cfr., per tutti, R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale (Contributo alla teoria del danno extracontrattuale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 277 ss., spec. 302.

<sup>389</sup> Sul punto v. A. DI MAJO GIAQUINTO, *Profili dei diritti della personalità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, 69 ss., spec. 100.

<sup>390</sup> Così P. CENDON, *Pena privata*, cit., 153.

<sup>391</sup> Questo profilo è chiarissimo nella dottrina straniera, specialmente di lingua inglese: v., ad esempio, A. OGGUS, *The law of Damages*, London, 1973, 32 e 38; J.W. SALMOND, *Law of Torts* a cura di R.F.V. HEUSTON, London, 1977, 535, nonché la lucida applicazione di Lord Devlin nel caso *Rookes c. Barnard* del 1964. In Francia cfr. R. DEMOGUE, *Traité des obligations*, cit., 189 e, presso di noi, P. CENDON, *lc. ult. cit.*

<sup>392</sup> P. CENDON, *Pena privata*, cit., 153.

<sup>393</sup> È questa l'impostazione di P. CENDON, *Pena privata*, cit., 152.

Un'applicazione di questi principi avviene costantemente negli ordinamenti stranieri: si pensi ancora una volta agli *exemplary* (o *punitives*) *damages* in uso nel diritto anglosassone già dalla seconda metà del settecento e che concretizzano una forma di reazione diversa da quella dell'*astreinte* della giurisprudenza francese, la quale – come si vedrà *infra* – si sostanzia in una pena pecuniaria che aumenta progressivamente a seconda del ritardo del debitore nell'eseguire la prestazione principale<sup>394</sup>.

Per la verità, non hanno giovato ad una piena chiarificazione dei rapporti tra pena privata e risarcimento del danno le perduranti incertezze sulla stessa nozione di pena privata. Cercando di offrire un quadro delle varie opinioni, è da notare in primo luogo l'affermazione della diversità dell'attuale pena privata rispetto al suo antico modello romanistico<sup>395</sup>, motivata con la perdita dell'originaria natura di sanzione personale e conseguente trasmissibilità della pena agli eredi dell'autore del fatto illecito<sup>396</sup>. Proseguendo per questa via, si è sottolineato che la pena privata non presenterebbe nemmeno i caratteri delle sanzioni penali, poiché mancherebbe nella prima addirittura la funzione di intimidazione del potenziale autore del fatto dannoso<sup>397</sup>. In questa prospettiva, la distinzione tra pena privata e risarcimento del danno finirebbe per divenire una questione puramente di quantità: si dovrebbe, allora, parlare di pena privata allorché l'entità della sanzione irrogata all'inadempiente sia superiore al valore della prestazione non eseguita<sup>398</sup> e, dunque, all'entità del danno; sicché il criterio distintivo risulterebbe del tutto empirico e casuale. Eppure, continuare a parlare di pena privata ha una sua giustificazione solo se si riesca a dimostrare che pena privata e risarcimento del danno non sono strumenti che si equivalgono, ma operano su piani diversi, avendo ciascuno di essi proprie finalità. A questo punto, per arrivare ad un chiarimento in un senso o nell'altro, si rende necessario individuare gli elementi comuni che possano giustificare la costruzione di un'autonoma categoria giuridica e che in ogni caso farebbero acquistare un preciso significato tecnico alla stessa espressione di pena

---

<sup>394</sup> Cfr. E. MOSCATI, *Fonti legali e fonti «Private» delle obbligazioni*, cit., 349.

<sup>395</sup> È la tesi di F. INVREA, *I rimedi contro il torto*, cit., 654 e di V.M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., 142, 145-146.

<sup>396</sup> Cfr., in tal senso, V.M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., 144, nota 9; M. PLANIOL, G. RIPERT ed P. ESMEIN, *Traité pratique de droit civil français*<sup>2</sup>, VI, *Obligations*, t. I, Paris, 1952, 970; ma diversamente D. JARACH, *Pena civile*, cit., 387 e, con alcuni distinguo, R. DEMOGUE, *Traité des obligations*, cit., 190.

<sup>397</sup> In quest'ottica si pone V.M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., 144. Diversamente orientata è la dottrina straniera: v., ad esempio, R. DEMOGUE, *Traité des obligations*, cit., 187; B. GROSSFELD, *Die Privatstrafe*, cit., 83; A. OGUS, *The law of Damages*, cit., 28 e 32 (in riferimento agli *exemplary damages*).

<sup>398</sup> In questo senso F. INVREA, *I rimedi contro il torto*, cit., 658. Poiché la pena privata è sganciata dall'ammontare effettivo del danno, il danneggiato viene ad arricchirsi nei confronti del responsabile del danno in quanto consegue un vantaggio che per l'eccedenza rispetto al danno subito non gli competerebbe attraverso i rimedi risarcitori. Questa conseguenza del meccanismo della pena privata è fortemente avversata soprattutto nella dottrina francese: v., tra gli altri, L. RIPERT, *La réparation du préjudice*, cit., 79; H., L., J. MAZEAUD e F. CHABAS, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, III, t. I, Paris, 1978, 707, ove si è detto che la situazione di vantaggio in cui viene a trovarsi il danneggiato che si avvalga dello strumento della pena privata costituisce addirittura una violazione del dogma dell'uguaglianza reciproca tra i soggetti privati («de l'égalité entre les hommes», così P. ESMEIN, *Peine ou réparation*, in *Droit privé. Propriété industrielle, littéraire, artistique*, in *Mélanges en l'honneur de P. Roubier*, II, Paris, 1961, 37).

privata. Il discorso può iniziare dall'affermazione piuttosto diffusa che la «pena privata è una sanzione a tutela di interessi privati»<sup>399</sup>. E, tuttavia, questa costante da sola non basta a definire la pena privata, poiché esprime una finalità che ben può essere perseguita attraverso altri strumenti: si pensi, al riguardo, alla distinzione tra pene private di tipo negoziale, legale o giudiziale, con le quali si indicano ipotesi tanto lontane, di guisa che, per definire una nozione dai contorni meno sfumati, si è dovuto ricorrere, come si è visto *supra*, all'espressione «pena di diritto civile»<sup>400</sup>.

Per vero, è solo se si sposta l'attenzione dal profilo funzionale alla fonte e agli altri aspetti soggettivi della pena privata, cioè al «soggetto che crea o esegue la pena o beneficia di essa»<sup>401</sup>, che si riesce ad individuare una serie di ipotesi che presentano caratteristiche comuni. Se in prima approssimazione si ritiene che la pena privata sia una sanzione che nasce dalla volontà dei privati, è possibile già su questa base procedere ad una distinzione delle pene cosiddette «negoziali» da quelle «legali» o «giudiziali»<sup>402</sup>: più nel dettaglio, la determinazione (e l'inflizione) della pena da parte di un privato è già un elemento aggregante delle une e di diversificazione rispetto alle altre, poiché questa è una costante che riguarda esclusivamente le pene di natura negoziale<sup>403</sup>. In quelle legali o giudiziali, invece, anche se è indubbio che la sanzione sia posta a tutela di un interesse privato, il tipo di pena è predeterminato dalla legge; in secondo luogo, una volta avvenuta la violazione della norma, la pena è irrogata automaticamente, ovvero attraverso la mediazione del giudice. In definitiva, è di tutta evidenza come nelle pene legali o giudiziali non vi sia nulla di «privato» al di fuori della natura dell'interesse tutelato: anzi, le modalità applicative sfuggono alla sfera dei soggetti interessati, salvo il potere di iniziativa nelle pene giudiziali<sup>404</sup>. A questo proposito, è ormai riconosciuto che sussistano nel nostro ordinamento numerosi indici che segnalino la presenza di rimedi con funzione sostanzialmente sanzionatoria, qualificabili come pene giudiziali. Possono menzionarsi, senza alcuna pretesa di esaustività, le seguenti disposizioni:

- l'art. 12 della legge 8 febbraio 1948, n. 47, in materia di diffamazione a mezzo stampa, che prevede il pagamento di una somma in relazione alla gravità dell'offesa ed alla diffusione dello stampato;

---

<sup>399</sup> Per questa espressione v. E. MOSCATI, *Fonti legali e fonti «private» delle obbligazioni*, cit., 355.

<sup>400</sup> Il riferimento è a F. INVREA, *I rimedi contro il torto*, cit., 654; D. JARACH, *Pena civile*, cit., 386; V.M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., 141. Ad una distinzione tra pene private e pene di diritto civile, fondata sul fatto che le seconde andrebbero a beneficio dello Stato, accenna L. HUGHENEY, *Le sort de la peine privée en France dans la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle*, in *Le droit français au milieu du XX<sup>e</sup> siècle. Études offerts à G. Ripert*, II, Paris, 1950, 256-257.

<sup>401</sup> Sono parole di V.M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., 151.

<sup>402</sup> È, questa, una terminologia in uso già nella dottrina più risalente (v., ad esempio, F. INVREA, *I rimedi contro il torto*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, I, 654) e ripresa, dopo l'entrata in vigore dell'attuale codice civile, anche da V.M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., 162; A. MARINI, *La clausola penale*, cit., 66; S. MAZZARESE, *Le obbligazioni penali*, Padova, 1990, 18 ss.; A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., 305 ss.

<sup>403</sup> Per questi rilievi v. E. MOSCATI, *op. ult. cit.*

<sup>404</sup> *Ibidem*, 356.

- l'art. 96, comma 3, cod. proc. civ. (aggiunto dalla legge 18 giugno 2009, n. 69, art. 45), che prevede la condanna della parte soccombente al pagamento di una somma equitativamente determinata, in funzione sanzionatoria dell'abuso del processo<sup>405</sup>;

- l'art. 709-ter cod. proc. civ. (inserito dalla legge 8 febbraio 2006, n. 54, art. 2), in base al quale, nelle controversie tra i genitori circa l'esercizio della responsabilità genitoriale o le modalità di affidamento della prole, il giudice ha il potere di emettere pronunce di condanna al risarcimento dei danni, la cui natura assume sembianze punitive;

- l'art. 158 della legge 22 aprile 1941, n. 633 e, soprattutto, l'art. 125 del D. Lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 (codice della proprietà industriale), che riconoscono al danneggiato un risarcimento corrispondente ai profitti realizzati dall'autore del fatto, connotato da una funzione preventiva e deterrente, laddove l'agente abbia lucrato un profitto di maggiore entità rispetto alla perdita subita dal danneggiato, sebbene il cons. 26 della direttiva CE (c.d. Enforcement) 29 aprile 2004, n. 48 (sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale), attuata dal D. Lgs. 16 marzo 2006, n. 140 (v. art. 158), abbia precisato che *"il fine non è quello di introdurre un obbligo di prevedere un risarcimento punitivo"* (v., sul punto, Cass. n. 8730/2011 che ne ammette la *"funzione parzialmente sanzionatoria, in quanto diretta anche ad impedire che l'autore dell'illecito possa farne propri i vantaggi"*);

- il D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 187 *undecies*, comma 2, (in tema di intermediazione finanziaria), che prevede, nei procedimenti penali per i reati di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato, che la Consob possa costituirsi parte civile e «richiedere, a titolo di riparazione dei danni cagionati dal reato all'integrità del mercato, una somma determinata dal giudice, anche in via equitativa, tenendo comunque conto dell'offensività del fatto, delle qualità del colpevole e dell'entità del prodotto o del profitto conseguito dal reato»;

- il D. Lgs. 15 gennaio 2016, n. 7 (artt. 3-5), che ha abrogato varie fattispecie di reato previste a tutela della fede pubblica, dell'onore e del patrimonio e, se i fatti sono dolosi, ha affiancato al risarcimento del danno, irrogato in favore della parte lesa, lo strumento afflittivo di sanzioni pecuniarie civili, con finalità sia preventiva che repressiva, il cui importo è determinato dal giudice sulla base dei criteri: della gravità della violazione, della reiterazione dell'illecito, dell'arricchimento del soggetto responsabile, dell'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze dell'illecito, della personalità dell'agente, delle condizioni economiche dello stesso.

In questa prospettiva, emerge chiaramente l'idea della punizione e della sanzione del responsabile civile, a prescindere dalla valutazione a tal fine della sua condotta. In linea generale, questi rimedi realizzano una finalità punitiva non in relazione all'effettivo pregiudizio subito, bensì in maniera indifferente all'accertamento di

---

<sup>405</sup> Nel processo amministrativo v. l'art. 26 comma 2 del D. Lgs. 2 luglio 2010, n. 104.

quest'ultimo, vale a dire per il solo fatto dell'inadempimento o dell'illecito. Ne deriva che ogni volta in cui la liquidazione di un danno operi a prescindere dalla sua determinazione effettiva ci si trovi di fronte non ad un risarcimento ma ad una pena privata. Nei rimedi punitivi, infatti, non vi può essere una determinazione precisa del pregiudizio subito a differenza del risarcimento che, invece, è calibrato sul danno siccome determinato. La risarcibilità, in effetti, è sempre condizionata all'accertamento del pregiudizio o della lesione del valore protetto dall'ordinamento e non può considerarsi provata *in re ipsa*. Per converso, nei casi in cui la liquidazione di un danno avvenga sulla base non già di una determinazione effettiva del medesimo, come nell'ottica risarcitoria, ma per il solo fatto o atto giuridico lesivo del valore protetto, è di tutta evidenza che ci si trovi di fronte ad un rimedio con finalità sanzionatoria che, a buon titolo, può definirsi pena 'privata'.

Ora, è indubbio che il danno patrimoniale (contrattuale) possa essere provato nel suo preciso ammontare e ciò è tanto più semplificato allorquando vi sia un contratto o un'obbligazione dalla quale ricavare i valori patrimoniali lesi. Il discorso si complica, invece, quando il danno contrattuale incide sui valori della persona. Qui, infatti, la natura stessa dei valori lesi non consente una determinazione quantitativa del danno ed ogni tentativo in tal senso si rivela presto inadatto o, comunque, impreciso. Sembra, allora, più corretto interpretare il danno non patrimoniale da inadempimento come una pena privata, la cui determinazione deve poggiare su criteri (anche di tipo tabellare) discrezionalmente scelti dalle parti, dal legislatore o dal giudice.

L'esperienza maturata nel foro induce a ritenere che non possa quantificarsi con esattezza il danno non patrimoniale contrattuale: chi pensa il contrario finisce, nel concreto, per non ammetterlo. Ciò si verifica, non di rado, in ambito lavoristico, ove la liquidazione del danno non patrimoniale, soprattutto nell'ipotesi di esclusione o licenziamento illegittimi, è negata a causa dell'impossibilità di prova (*c.d. probatio diabolica*). Così, ad esempio, nel caso di un lavoratore illegittimamente escluso da un bacino di emergenza che prevedeva l'erogazione di un sussidio mensile, il quale non ha avuto il riconoscimento del danno non patrimoniale contrattuale, poiché ritenuto non provato e non ammissibile *in re ipsa*. Ma, una volta accertata, nel caso, l'illegittimità dell'esclusione da parte della pubblica amministrazione e, dunque, l'illegittimità della mancata corresponsione del sussidio suddetto, unica forma di sostentamento del lavoratore in questione, non può che ritenersi *in re ipsa* la lesione alla sfera non patrimoniale (sia sotto il profilo morale che esistenziale) del lavoratore medesimo. Come ha vissuto questo lavoratore in mancanza del sussidio? Questa domanda induce a trascendere ogni tentativo di determinazione del danno non patrimoniale contrattuale e a riconoscerlo necessariamente in un'ottica sanzionatoria.

A questo punto è da chiedersi che tipo di pena privata sia il danno non patrimoniale da inadempimento, e l'alternativa, qui, è tra pena privata di tipo legale o di tipo giudiziale. Beninteso, se il danno non patrimoniale da inadempimento trova un preciso addentellato normativo, come nel caso dell'art. 47 cod. tur., non vi sono



dubbi che si tratti di una fonte legale. Ma, in mancanza di una norma specifica, l'unica disposizione in grado di accogliere, in generale, il danno non patrimoniale da inadempimento – fermo restando quanto già dedotto sul fondamento dogmatico dello stesso negli obblighi di protezione – è l'art. 1218 cod. civ., che è la norma di fondazione della responsabilità da inadempimento e che contiene, inoltre, l'espressa indicazione del pregiudizio, pur collegandolo esclusivamente alla prestazione inadempita o inesattamente inadempita, ma senza impegnarsi in una qualificazione ulteriore in ordine al requisito della patrimonialità così come del resto l'art. 2043 cod. civ.<sup>406</sup>. Purtuttavia, la norma non consente di qualificare come pena privata di fonte legale la somma dovuta per il danno non patrimoniale da inadempimento, poiché il procedimento di riconoscimento e di liquidazione della stessa è tipico (come si vedrà *infra*) delle pene private giudiziali.

### 3. – Pena «privata», autotutela ed autonomia privata

Giova rimarcare l'idea che la pena privata, per configurarsi alla stregua di una categoria giuridica autonoma, non basta che sia semplicemente rivolta a soggetti privati, con il fine specifico di risolvere un rapporto negoziale dopo che una delle parti abbia tenuto un comportamento antigiuridico in danno dell'altra, ma occorre altresì che essa sia irrogata *ad opera* dei privati. Ragionando diversamente, avremmo, semmai, sanzioni – o se vogliamo pene – che, pur applicandosi in contesti privatistici, troverebbero la loro fonte nel potere generale e astratto del legislatore, ovvero nel potere particolare e concreto dell'autorità giudiziaria. Da qui la conclusione che, non essendovi traccia di negoziazione privata, la pena eventualmente irrogata non esprimerebbe alcuna potestà punitiva 'privata'<sup>407</sup>.

Più in generale, va osservato come ogni pena inflitta dall'ordinamento giuridico sia rivolta ai 'privati': persino le pene previste dal diritto penale sono destinate a soggetti privati – che, nel concreto, si rendano colpevoli di qualche condotta illecita – regolando, dunque, anche in questi casi, rapporti intersoggettivi o, più precisamente, quel particolare rapporto che intercorre tra l'individuo/reo e la società, attraverso un meccanismo – qual è appunto la sanzione penale – che, come *extrema ratio*, priva la società dell'individuo e, di riflesso, l'individuo della società. Un'ulteriore precisazione si rende, a questo punto, necessaria. La pena privata va ricollegata, infatti, ad un danno che ha inciso esclusivamente nella sfera giuridica del

---

<sup>406</sup> Cfr., per la risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento *ex art.* 1218 c.c., S. MAZZAMUTO, *La responsabilità contrattuale nella prospettiva europea*, cit., 91, il quale precisa che l'art. 1218 c.c. si colloca oggi in un diverso orizzonte dogmatico e in un mutato contesto normativo, in cui ha il suo peso la rilettura dell'obbligazione che – abbandonata l'idea romanistica del rapporto lineare ai cui estremi si collocano il debito e il credito tradizionalmente intesi – dà luogo ad «una configurazione in termini di rapporto complesso, ove attorno alla prestazione principale si coagula una costellazione di obblighi di natura accessoria, la cui finalità è di assicurare la piena realizzazione di tutti gli interessi per il soddisfacimento dei quali il vincolo è sorto o che comunque a tale vincolo necessariamente si ricollegano» (S. MAZZAMUTO, *Il mobbing*, cit., 24).

<sup>407</sup> Cfr., in argomento, H. e L. MAZEAUD – A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, I, Paris, 1965, 31.

privato che la irroga o la richiede. In altri termini, la pena privata è un «rimedio di protezione» degli interessi privati, che mira a rimettere il soggetto leso – non è il caso di parlare di vittima – in una situazione di integrità rispetto al danno subito<sup>408</sup>. Tuttavia, perché la pena sia realmente ‘privata’, è necessario che essa sia inflitta, *rectius* irrogata dai privati<sup>409</sup> o su loro istanza<sup>410</sup>. Sembra più corretto, infatti, ritenere che la pena privata sia un rimedio a legittimazione esclusiva dei privati.

Alla luce di questi opportuni chiarimenti, la pena privata può considerarsi, a tutti gli effetti, uno strumento di autotutela. Ciò in quanto quest’ultima realizza l’esclusiva funzione di difesa, da parte del privato, dei propri interessi<sup>411</sup>. In questa accezione, la pena privata è un mezzo attraverso cui far valere i propri interessi; essa assicura il rispetto della giustizia, mettendo il particolare al servizio dell’ordinamento<sup>412</sup>. Di conseguenza, alla pena privata va riconosciuta altresì una funzione di prevenzione, di dissuasione di comportamenti antigiuridici, rappresentando una garanzia dell’incolumità degli interessi privati e dell’integrità dei diritti, che il «risarcimento» non arriva a ricomprendere<sup>413</sup>. Essa è un incoraggiamento, nella forma della clausola penale, al rispetto dell’accordo contrattuale; un mezzo di pressione molto utile e che merita di essere raccomandato, quando si tratti di sanzioni disciplinari (la cui fonte è da rinvenire nel contratto collettivo di lavoro<sup>414</sup>, in conformità dell’art. 2106 cod. civ.) o di pene

---

<sup>408</sup> Cfr. M.G. BARATELLA, *Le pene private*, cit., XVII. Cfr. pure F. BRICOLA, *La riscoperta delle “pene private” nell’ottica del penalista*, in F.D. BUSNELLI – G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, cit., 29, nonché in *Foro it.*, 1985, V, 2, il quale definisce la pena privata una «figura posta a tutela di interessi privati e destinata ... a tradursi a beneficio del privato e non dell’erario...», applicata inoltre tramite il filtro giudiziale e su iniziativa della parte danneggiata o esposta al pericolo (in contrapposizione con il principio di obbligatorietà dell’iniziativa pubblica operante... per l’illecito penale e per l’illecito amministrativo)... contrassegnata dal fine preventivo e afflittivo, in forma esclusiva o prevalente, e non da una finalità meramente riparatoria».

<sup>409</sup> In tal senso, F. GALGANO, *Alla ricerca delle sanzioni civili indirette: premesse generali*, in *Cont. impr.*, 1987, 532, il quale considera privata la pena «minacciata ed applicata da privati nei confronti di altri privati», contrattualmente prevista o connessa ad uno *status*.

<sup>410</sup> Beninteso, la pena privata può essere applicata anche tramite il filtro giudiziale, su istanza del privato offeso, recante un beneficio a quest’ultimo. In questa direzione, cfr. V. ZENO-ZENCHOVICH, *Il problema della pena privata nell’ordinamento italiano: un approccio comparatistico ai “punitive damages” di “common law”*, in *Giur. it.*, 1985, IV, 12, il quale ritiene che all’espressione pena privata sottendano due distinte situazioni: «quella nella quale il privato infligga direttamente una pena ad un altro soggetto; e quella in cui l’ordinamento infligga una pena per un illecito civile»; v. pure R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, II, Paris, 1931, 185, il quale osserva come la pena privata «trova nella persona della vittima se non il suo creatore o organo esecutivo almeno il suo beneficiario, poiché, a differenza della pena pubblica, va a suo esclusivo profitto».

<sup>411</sup> È appena il caso di precisare che l’autotutela non è in alcun modo assimilabile al concetto di giurisdizione, intesa non tanto nell’accezione di attuazione del diritto nel caso concreto, quanto nel senso proprio di *ius dicere*.

<sup>412</sup> Cfr., sul punto, A. TUNC, *La pena privata nel diritto francese*, in F.D. BUSNELLI – G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, cit., 350.

<sup>413</sup> In tal senso, cfr. F. GALGANO, *Alla ricerca delle sanzioni civili indirette*, cit., 532, il quale intende la pena alla stregua di una «misura afflittiva minacciata ai trasgressori di un precetto ed avente la funzione di scongiurare la trasgressione, di garantire la effettività del precetto».

<sup>414</sup> Una parte della dottrina insiste particolarmente sul fatto che la contrattazione collettiva deve essere la fonte esclusiva delle sanzioni disciplinari, in quanto il contratto individuale di lavoro varrebbe a tutelare solo in senso formale il rispetto del principio di uguaglianza reciproca nel rapporto tra datore o prestatore di lavoro (così C.M. BIANCA, *Le autorità private*, cit., 35 ss., *ivi* alla p. 38). Infatti, la natura convenzionale che si tende a riconoscere alle sanzioni disciplinari non sarebbe in contrasto con la funzione sanzionatoria che si attribuisce almeno alle sanzioni cc.dd. conservative del rapporto di lavoro, quali le multe, l’ammonizione o la censura. La soluzione è tuttavia controversa per il licenziamento c.d. disciplinare che per alcuni autori andrebbe inquadrato tra i rimedi di diritto comune previsti a tutela del rapporto di lavoro (è la tesi di F. SANTORO PASSARELLI,

endoassociative. Qui si tratta di verificare se la diversa struttura della fonte sia di ostacolo alla riconduzione delle diverse figure ad una categoria giuridica unitaria. Invero, sembra preferibile intendere la pena privata di tipo negoziale alla stregua di un «rimedio» previsto dai privati, in caso di lesione degli interessi personali<sup>415</sup>, sia in atti *inter vivos* che in atti *mortis causa*<sup>416</sup>.

Un ulteriore problema che si pone per le pene negoziali è quello di individuarne la fonte della potestà ‘punitiva’. Certamente, in presenza di una clausola penale non vi è dubbio che la pena negoziale abbia la sua fonte nell’autonomia delle parti, mentre nel caso delle disposizioni testamentarie a titolo di pena<sup>417</sup> la fonte è costituita dall’autonomia privata del testatore. D’altronde, se l’autonomia privata<sup>418</sup> è da intendersi nel senso di autoregolamentazione dei propri interessi, allora la pena privata vi sta dentro a pieno titolo indipendentemente dalla struttura del rapporto.

---

*Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1978, 190. L’A. sembra aver cambiato opinione nella 35<sup>a</sup> edizione del 1993, ove a p. 204 considera il licenziamento una delle sanzioni disciplinari, anzi la massima di tali sanzioni), mentre per la dottrina dominante si tratterebbe di una vera e propria sanzione penale (al riguardo, appare significativo il titolo del saggio di L. MONTUSCHI, *Il licenziamento è una pena privata?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, 216 ss.). Sulla questione v. più ampiamente un altro saggio dello stesso A., *La giustificazione del potere disciplinare nel rapporto di lavoro*, in F.D. BUSNELLI – G. SCALFI, *Le pene private*, cit., 397 ss., ivi alla p. 398, ove si precisa che «le garanzie poste a presidio del lavoratore sembrano allontanare il diritto disciplinare dall’area del negozio, accentuandone le già rilevate caratteristiche sostanziali di *potere speciale di supremazia giuridica*» (il corsivo è dell’A.). Sempre lo stesso A., in un precedente scritto (v. *Il potere disciplinare e l’art. 7 dello “Statuto” dei lavoratori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, 72 ss., ivi alle pp. 74-75) ritiene possibile una determinazione unilaterale delle sanzioni disciplinari anche in presenza di una norma come il primo comma dell’art. 7 dello Statuto.

<sup>415</sup> In effetti, l’interesse per l’istituto della pena privata è dovuto altresì alla necessità «di ricercare altri rimedi di tutela privata al di fuori di quello tradizionale del risarcimento del danno», il quale non sempre appresta una tutela sufficiente degli interessi personali. In tal senso, cfr. C.M. BIANCA, *Riflessioni sulla pena privata*, in F.D. BUSNELLI – G. SCALFI, *Le pene private*, cit., 407.

<sup>416</sup> Si tratta di quelle disposizioni testamentarie (denominate, per l’appunto, “clausole penali testamentarie”) attraverso le quali «il testatore si propone di esercitare una pressione psicologica sull’erede (...) o sul legatario, per indurlo all’adempimento di una particolare volontà (...), dietro comminatoria (...) di un determinato svantaggio patrimoniale, di una determinata pena (...)». È questa testualmente la definizione proposta da M. ANDREOLI, *Le disposizioni testamentarie a titolo di pena*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, 331, che è ricordata da larga parte della dottrina, compresa quella contraria all’applicabilità della clausola penale al testamento (ad esempio, A. MARINI, *La clausola penale*, cit., 94).

<sup>417</sup> Un’ipotesi del genere ricorre quando, ad esempio, il testatore nel disporre a favore di un determinato soggetto a titolo di eredità o di legato, subordini la definitività dell’attribuzione patrimoniale all’adempimento di un obbligo stabilendo che in caso di inadempimento da parte del beneficiario la disposizione testamentaria debba considerarsi caducata. Altro esempio è quello di imporre all’erede o al legatario inadempiente l’obbligo di eseguire una determinata prestazione a favore di un soggetto diverso dal beneficiario del *modus*; in tal caso, si avrebbe una disposizione testamentaria a titolo di pena che consiste in un legato condizionato sospensivamente all’inadempimento del *modus* (così A.D. CANDIAN, *Testamento e pena civile*, in *Studi e ricerche. Fac. Economia e Commercio – Univ. Parma*, 1984, 303 ss., ivi alla p. 315; ID., *La funzione sanzionatoria nel testamento*, Milano, 1988, 204-205). Per una parte della dottrina il caso di specie sarebbe l’unica vera pena testamentaria (in questo senso A. MARINI, *loc. ult. cit.*). Per ulteriori indicazioni sulle pene testamentarie v. E. MOSCATI, voce *Pena (dir. priv.)*, cit., p. 775.

<sup>418</sup> Per una definizione del concetto di autonomia privata si vedano: S. ROMANO, *Frammenti di un Dizionario giuridico*, Milano, 1947, 14; S. ROMANO, *Autonomia privata (Appunti)*, in *Scritti minori*, tomo II, Milano, 1980, 541, spec. 558 ss.; E. BETTI, *Autonomia privata*, in *Noviss. dig. it.*, I, 2, Torino, 1957, il quale la definisce: «attività e potestà di darsi un ordinamento, di dare cioè un assetto ai propri rapporti e interessi, spiegata dallo stesso ente o soggetto cui spettano»; nonché L. FERRI, *L’autonomia privata*, Milano, 1959; N. LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, Milano, 1970; F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970; F. CARRESI, «Autonomia privata nei contratti e negli atti giuridici», in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 265; M. SEGNI, *Autonomia privata e valutazione legale tipica*, Padova, 1972; G.F. PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970.

Essa guarda, comunque, nella direzione suddetta, perché difende l'interesse privato che viene in rilievo nel «regolamento». Nell'autoregolamentazione (o, se vogliamo, autonomia) del rapporto, non si comprende perché mai le parti non potrebbero prevedere financo pene, poste a tutela dei propri interessi. In sostanza, non si vuole certo confondere le nozioni di pena privata, autotutela e autonomia privata, ma solo provare che la pena privata trova il proprio fondamento nell'ordinamento *privato* e, segnatamente, nel potere dei privati di regolare i propri interessi («autonomia privata»), anche attraverso la previsione di 'punizioni' in caso di torto (c.d. «autotutela»). In questo senso, la pena privata è espressione di autotutela e, nel contempo, di autonomia dei privati<sup>419</sup>, in quanto elemento di regolazione di illeciti, capace di assicurare un'indennità effettiva al soggetto leso nei propri interessi. Bisogna, pertanto, accordare una posizione privilegiata alla categoria, con funzione di garanzia dell'obbligazione mediante la "minaccia" (*rectius*, previsione) di una sanzione<sup>420</sup>. E poiché la sanzione è qui predisposta dai privati, essa esplica certamente una funzione di autotutela. I privati non possono *affermare* il diritto, ma possono comunque *darsi* delle regole giuridiche, aventi un'attitudine sanzionatoria. In questo risiede la libertà dei privati riconosciuta dall'art. 1322 cod. civ. Sia consentito aggiungere, infine, che non vi è nulla di primitivo o di barbarico in questa visione dell'autonomia privata; anzi, l'inserimento della pena si configura come espressione (massima) di «civiltà giuridica», onde risulta strettamente connessa al «principio di autoresponsabilità», valido nell'ambito della teoria del negozio giuridico: richiamare tutto ciò, significa aprire la porta alla pena privata.

Invero, l'ordinamento presenta, soprattutto in ambito civilistico, diverse espressioni del potere di autotutela<sup>421</sup>. A tal riguardo, si pensi alla legittima difesa, alla caparra confirmatoria, ai poteri di riscatto alla materia dei recessi, all'eccezione d'inadempimento, alle azioni di rilievo del fideiussore, alle garanzie finanziarie. Purtuttavia, non è prevista nel nostro ordinamento la possibilità di farsi giustizia da sé senza ricorrere al potere dello Stato, proprio per la mancanza di una norma di carattere generale analoga al modello di cui all'art. 1322 cod. civ. Soprattutto in

---

<sup>419</sup> In senso diametralmente opposto si pone L. MEZZANOTTE, *ult. op. cit.*, 10 ss., la quale sostiene che l'autotutela non abbia «nulla in comune con il concetto di autonomia privata di cui all'art. 1322 c.c., che si deve ritenere tradizionalmente come il potere dei privati di regolare i propri interessi», ed in questo senso, «essa non ha nulla in comune con il concetto di autotutela in quanto quest'ultima non mira a regolare interessi mediante negozi giuridici»; dunque, «i due concetti si escludono perché l'autonomia come potere (o libertà) dei privati di regolare i propri interessi è funzione del tutto estranea all'autotutela che è ammessa dall'ordinamento con l'esclusiva funzione di difesa, da parte del privato, dei propri interessi».

<sup>420</sup> In tal senso, cfr. F. GALGANO, *Alla ricerca delle sanzioni civili indirette*, cit., 532.

<sup>421</sup> In tema di autotutela il contributo della dottrina è molto cospicuo: si veda C. M. BIANCA, voce *Autotutela (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 2000, 134; A. SATURNO, *L'autotutela privata. I modelli della ritenzione e dell'eccezione di inadempimento in comparazione col sistema tedesco*, Napoli, 1995, 249; A. DAGNINO, *Contributo allo studio dell'autotutela privata*, Milano, 1983, 64; L. BIGLIAZZI GERI, *Autotutela: II) diritto civile*, in *Enc. Giur.*, IV, Roma, 1988, 1-2; ID., *Profili sistematici dell'autotutela privata*, vol. I, Milano, 1971, 38-39 e 46; F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1975, 16-17; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, 4<sup>o</sup> ed., Milano, 2003, 3; M. GIORGIANNI – E. BETTI, voce *Autotutela*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 529; L. MEZZANOTTE, *Il diritto di ritenzione. Dall'autotutela alla pena privata*, Napoli, 1995, 15 e 62; A. RAPPAZZO, *L'autotutela della parte nel contratto*, Padova, 1999, 14.

passato, si è proposto di riferire l'autotutela proprio alla nozione di autonomia privata. Più nel dettaglio, nell'ambito del concetto di autonomia privata<sup>422</sup>, intesa quale potestà dei privati di regolare i propri interessi o rapporti, sarebbe possibile individuare un'autonomia esecutiva e un'autonomia giurisdizionale. Secondo la tesi tradizionale l'autotutela sarebbe espressione di autonomia giurisdizionale, costituendo per i privati ciò che la potestà giurisdizionale rappresenterebbe per gli ordinamenti sovrani. Tale assunto, tuttavia, risulta privo di seguito, poiché i due istituti sono totalmente diversi: se l'uno si incentra, infatti, sulla potestà dei privati di obbligarsi ad una cooperazione e di disporre dei propri interessi, l'altro, invece, ha una funzione esclusivamente di difesa<sup>423</sup>.

Altra questione al centro del dibattito dottrinale concerne se l'autonomia privata possa essere fonte di autotutela. L'opinione contraria poggerebbe sulla presunta esistenza del divieto di autotutela privata e sull'idea conforme per cui fonte dei diritti di autotutela non può essere che la legge<sup>424</sup>. In linea generale, il potere di autodifesa viene attribuito al singolo in forza di un'espressa disposizione legislativa, in altri casi, invece, assume la propria fonte causale immediata in un atto di autonomia privata.

In realtà, i privati possono, nell'esercizio della loro autonomia privata, dare vita a poteri di autotutela, in quanto possono modificare la struttura dello schema legale, aggiungervi termini o condizioni. Non bisogna, però, trascurare un limite di carattere generale: il perseguimento di un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico (arg. *ex art.* 1322, secondo comma, cod. civ.); pertanto, la libera esplicazione della volontà privata sarà impedita solo se ad una valutazione in concreto l'attribuzione per via negoziale del potere di autodifesa minacci la lesione di interessi maggiormente bisognosi di tutela.

Un'ulteriore considerazione in tema di rapporti fra autonomia privata e autotutela concerne la possibilità per l'atto unilaterale di autonomia privata di essere un mezzo di autotutela. Ed infatti, sono presenti delle fattispecie in cui l'impiego dello strumento di autodifesa non si concretizza nell'adozione di un comportamento, ma nell'esercizio di un atto di volontà, limitato alla sola scelta di valersi o meno delle ipotesi previste dalla legge<sup>425</sup>. In tale contesto, la posizione giuridica del privato diviene quasi una forma di regolazione dei propri interessi; in altri termini, i privati possono preordinare le condizioni necessarie ai fini della nascita e dell'esercizio del potere di autotutela. Tali considerazioni consentono di affermare, in caso di fallimento dell'autotutela, la possibilità nel nostro ordinamento di una potestà punitiva in capo ai privati, i quali potranno prevedere i rimedi volti a perseguire la

---

<sup>422</sup> A tal proposito cfr. L. FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, 1959; E. BETTI, voce *Autonomia privata*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1957, 1559 e ss.; F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970.

<sup>423</sup> Cfr., in tema, L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, cit., 67; A. LENER, voce *Potere (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 625

<sup>424</sup> L. MEZZANOTTE, *Il diritto di ritenzione. Dall'autotutela alla pena privata*, cit., 62.

<sup>425</sup> Molteplici gli esempi: l'atto di esercizio del recesso, il riscatto, la diffida ad adempiere, l'esercizio stragiudiziale dell'azione surrogatoria.

trasgressione di un precetto contrattuale, evitando in tal modo il ricorso all'autorità giurisdizionale<sup>426</sup>. In verità, la potestà punitiva in capo ai privati non risulta libera da alcun limite. Ed infatti, l'ordinamento giuridico, da un lato, pone specifici limiti richiedendo particolari requisiti di validità ai negozi sanzionatori dei privati; dall'altro, si riserva un controllo a posteriori su gli stessi, tramite un più generale potere equitativo, riducendo in alcuni casi, come avviene, ad esempio nella clausola penale, le sanzioni manifestamente eccessive imposte dai contraenti. In questo senso, il potere punitivo attribuito ai privati viene sottoposto ad un controllo giudiziale di meritevolezza e adeguatezza<sup>427</sup>, sicché anche il potere di autotutela risulta espressione di un sistema sviluppato, ove l'autonomia privata trova piena attuazione nei principi posti dall'ordinamento<sup>428</sup>. Di converso, sconfessare l'autotutela di fonte negoziale potrebbe in qualche maniera restringere l'autonomia privata.

Occorre individuare, a questo punto, la linea di confine verso la quale può spingersi la potestà punitiva privata. A tal proposito, bisogna esaminare brevemente le varie forme di sanzioni di fonte contrattuale, espressione dell'autonomia negoziale al fine di punire specifici inadempimenti o illeciti. Per cogliere meglio l'inesattezza giuridica della contestata prospettiva, occorre spostare l'attenzione dal profilo funzionale della pena privata ai suoi aspetti soggettivi; cioè, concentrarsi sul «soggetto che crea o esegue la pena o beneficia di essa»<sup>429</sup>. Soltanto in questo modo, infatti, è possibile, da un lato, individuare una serie di ipotesi che presentano caratteristiche comuni; dall'altro lato, operare una cernita dei numerosi istituti giuridici che non si riescono a collocare altrimenti, così da evitare di incorrere nel grave errore di «andare al di là del dovuto nel disegno di assimilazione»<sup>430</sup>. Si è detto che se, in prima approssimazione, si ritiene che la pena privata sia una sanzione che nasce dalla volontà dei privati, è possibile già su questa base procedere ad una distinzione delle pene cosiddette negoziali da quelle legali o giudiziali. La determinazione (e l'inflizione) della pena da parte di un privato è già un elemento aggregante delle une e di diversificazione rispetto alle altre, poiché in quelle legali o in quelle giudiziali il tipo di pena è predeterminato dalla legge o dal giudice<sup>431</sup>. Va precisato, però, che la pena, in entrambi i casi, non sfugge del tutto dal campo dei privati, poiché se si ha riguardo alle modalità applicative non può trascurarsi il potere di iniziativa nelle pene giudiziali, che interviene, peraltro, anche nelle ipotesi di pene legali<sup>432</sup>. Da questo deriva che i due criteri sono alternativi e cumulabili tra loro,

---

<sup>426</sup> Cfr. M.G. BARATELLA, *Le pene private*, cit., 41.

<sup>427</sup> *Ibidem*, 42.

<sup>428</sup> A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., 299.

<sup>429</sup> La definizione è di V.M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., 151.

<sup>430</sup> Sono parole di G. BONILINI, riportate in F.D. BUSNELLI – G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, cit., 5.

<sup>431</sup> In senso conforme al testo cfr., E. MOSCATI, voce *Pena (dir. priv.)*, cit., p. 784.

<sup>432</sup> È da ritenere che l'istituto dell'indegnità sia operante solo a seguito di una sentenza costitutiva, nonostante il silenzio del legislatore sul punto, ciò in quanto la "disponibilità" dell'interesse a far valere l'indegnità appare più conforme a un'esclusione *ope iudicis* dalla successione. Cfr., al riguardo, E. MOSCATI, *Studi di diritto successorio*, Torino, 2013, 119.

sicché limitare il concetto di pena privata alle sole ipotesi in cui la sanzione sia irrogata direttamente dai privati si rivela una scelta riduttiva<sup>433</sup>.

Alla luce di quanto finora detto, non appare condivisibile, pertanto, la tesi di chi sostiene che nelle pene legali o giudiziali non vi sia nulla di ‘privato’ al di fuori della natura dell’interesse tutelato<sup>434</sup>. Per di più, in questa diversa prospettiva, va riesaminato anche il senso dell’affermazione che nel nostro sistema non esistano pene giudiziali di diritto privato<sup>435</sup>. Al contrario, è da ritenere che nel concetto di pena privata rientrino a pieno titolo anche le pene di fonte giudiziale e di fonte legale, che si collocano sullo stesso piano di quelle negoziali dal momento che la pena sarebbe ‘privata’ non solo quando la sanzione sia prevista ed inflitta direttamente dai privati, ma anche quando non possa essere comminata se manchi l’iniziativa del privato. In buona sostanza, secondo questa prospettiva il punto di riferimento è costituito dalla natura del soggetto che “crea” la pena o assume, comunque, l’iniziativa per la comminatoria della sanzione disposta da parte del giudice. Con una siffatta chiave di lettura si giunge, altresì, a ricomprendere nell’alveo della pena privata anche le pene cc.dd. legali, le quali operano in forza di una sentenza passata in giudicato e, dunque, ad iniziativa dei privati. In tal modo, si sposta l’attenzione dalla fonte agli aspetti soggettivi della pena privata; consentendo di pervenire ad una categoria giuridica unitaria – sebbene, allo stato, presenti un carattere concettuale, stante la mancanza di una disciplina comune – che ha il pregio di agevolare il danneggiato, ai fini condannatori, evitando allo stesso la prova o, comunque, la determinazione effettiva del danno medesimo.

A questo punto, rinviando la disamina in ordine alla clausola penale (artt. 1382-1384 cod. civ) al paragrafo successivo, viene in rilievo, nel catalogo delle pene negoziali, la clausola di ritenzione di cui all’art. 1526, comma 2, cod. civ., che riconosce alle parti – che hanno stipulato un contratto di compravendita con riserva di proprietà – di prevedere, in caso di risoluzione del contratto per inadempimento dell’acquirente, la possibilità da parte del venditore di ritenere, a titolo di indennità, le rate riscosse. Tale facoltà, in quanto rimessa all’autonomia negoziale delle parti in capo al venditore, viene interpretata, secondo una parte della dottrina, come un’ipotesi di clausola penale, della quale condividerebbe la struttura e la medesima disciplina, con particolare riferimento al potere riduttivo dell’indennità che viene

---

<sup>433</sup> Si leggano, in proposito, le considerazioni da ultimo espresse da E. MOSCATI, *Note minime su pena e colpa nel diritto privato*, in *Giust. civ.*, 3/2016, 569.

<sup>434</sup> Per una valutazione negativa del criterio della tutela di un interesse esclusivamente privato, al fine di costruire le pene private come categoria autonoma rispetto alla tutela risarcitoria, si rinvia a E. MOSCATI, *Pena privata e autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1985, 538, il quale aggiunge che tale criterio non sarebbe sufficiente neanche se combinato con l’altro della natura “privata” della pena solo perché esplica i suoi effetti nella sfera del diritto privato. La tutela di interessi privati è una caratteristica immanente ma non sufficiente delle pene private perché questa finalità può essere perseguita anche attraverso altri rimedi che pene private non sono.

<sup>435</sup> In questo senso v., ad esempio, F. INVREA, *I rimedi*, cit., 654; V.M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., 162; A. MARINI, *La clausola penale*, cit., 76. Possibilista, invece, P. RESCIGNO, *Manuale di diritto privato italiano*, Napoli, 1980, 218 ss.

riconosciuto al giudice, evocando l'analogo potere previsto dall'art. 1384 cod. civ.<sup>436</sup>. In realtà, si tratta di una penale non già predeterminata, bensì determinabile: caratteristica, questa, non inconciliabile di per sé con la struttura della clausola penale<sup>437</sup>. La norma in commento prevede, inoltre, al terzo comma che “*la stessa disposizione si applica nel caso in cui il contratto sia configurato come locazione e sia convenuto che, al termine di esso, la proprietà della cosa sia acquisita al conduttore per effetto del pagamento dei canoni pattuiti*”, sicché la stessa si presenta come un rimedio alternativo a quello risarcitorio, che opera autonomamente dal danno e risulta fondato esclusivamente sull'inadempimento, tutelando così il creditore, da un lato, e punendo il debitore dall'altro. Sulla base di tali considerazioni, lo schema della clausola in esame troverebbe applicazione anche nelle ipotesi di *leasing* finanziario o di godimento, nonché nelle ipotesi di *leasing* traslativo<sup>438</sup>.

Altra misura sanzionatoria volta a perseguire l'inadempimento del debitore sono gli interessi moratori, dovuti dal debitore moroso e distinti, in ragione del fondamento normativo e dalla misura, da quelli legali e da quelli convenzionali. Gli interessi moratori, com'è noto, decorrono in via automatica dal giorno della mora del debitore e sono dovuti a titolo di risarcimento del danno derivante dal ritardato adempimento, indipendentemente dal verificarsi di un effettivo pregiudizio nella sfera giuridica del creditore. La quantificazione del loro ammontare, in mancanza di una espressa determinazione delle parti, viene commisurata nella misura del tasso legale, restando salva la facoltà per il creditore che provi di aver subito un maggior danno, di ottenere un risarcimento ulteriore<sup>439</sup>.

Orbene, sulla base dell'operatività di detti interessi indipendentemente dalla prova del danno, parte della dottrina ha attribuito agli stessi una natura anche sanzionatoria senza distinguere se gli stessi abbiano fonte legale oppure convenzionale<sup>440</sup>. In verità, tale ricostruzione non appare confacente ad un sistema di economia capitalizzata in cui il denaro rappresenta un bene di per sé produttivo di ricchezza, arrecando al creditore un pregiudizio distinto rispetto gli ulteriori danni scaturenti dall'inadempimento. Pertanto, data la natura fruttifera del denaro, gli interessi moratori di fonte legale assolverebbero ad una funzione risarcitoria, ed in particolare di predeterminazione forfettaria del danno, determinato in misura generale dal legislatore. Tale funzione risarcitoria sarebbe oltretutto confermata dal tenore della

---

<sup>436</sup> In tal senso, D. RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano 1962, XXIII, 443; G. LUMINOSO *La compravendita*, Torino, 1991, 146; A. MARINI, *La clausola penale*, cit., 123.

<sup>437</sup> A. FACCHIANO, *L'art. 1526 I cpv. c.c. e la clausola penale*, in *Giur. Cass. civ.*, 1954, V, 595.

<sup>438</sup> Cfr. C. M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Trattato di dir. civ.*, Torino, 1993, 618.

<sup>439</sup> Ed invero, non è escluso che le parti convengano un tasso degli interessi moratori superiore a quello legale. Purtroppo, in tal caso, la predeterminazione degli interessi moratori esclude l'esercizio dell'azione volta al risarcimento del maggior danno.

<sup>440</sup> S. MAZZARESE, *La clausola penale*, cit., 256; A. MARINI, *La clausola penale*, cit., 55.



norma, la quale lascia impregiudicata al creditore la possibilità di ottenere il risarcimento del maggior danno, ove ne fornisca la relativa prova<sup>441</sup>.

Differenti valutazioni si impongono, invece, in relazione agli interessi moratori convenuti preventivamente dalle parti in una misura superiore al tasso legale. In tal caso, parte della dottrina ritiene di poter configurare un accordo simile per struttura e funzioni allo schema della clausola penale, della quale presenta tutti gli elementi caratterizzanti<sup>442</sup>. La peculiare natura degli interessi moratori convenzionali superiori al tasso legale sembrerebbe confermata, inoltre dall'ultimo comma dell'art 1224 cod. civ. il quale esclude la risarcibilità del danno ulteriore nei casi di interessi moratori fissati pattiziamente dalle parti, evocando così la regola dell'alternatività tra risarcimento e clausola penale di cui all'art. 1382 cod. civ. Compare le relazioni tra clausola penale ed interessi moratori convenzionali, si ritiene di poter applicare in via analogica anche la disposizione di cui all'ultimo periodo dell'art 1382 cod. civ., che prevede la possibilità per le parti di convenire la risarcibilità del danno ulteriore agli interessi in parola, permettendo al creditore di garantirsi l'integrale risarcimento in tutti i casi in cui la predeterminazione degli interessi moratori, effettuata secondo lo schema della clausola penale, risulti insufficiente a coprire il maggior danno subito<sup>443</sup>.

Altra fattispecie annoverabile fra le pene private di fonte negoziale sono le cosiddette sanzioni endoassicative<sup>444</sup>. La problematica, ai fine del presente contributo si pone in seno alle associazioni non riconosciute, disciplinate dagli artt. 36-38 cod. civ., in cui non si prevede alcuna forma di controllo giudiziale esterno sugli atti endoassociativi. Più nel dettaglio, l'art. 36 cod. civ. demanda la regolamentazione dei rapporti endoassociativi alle scelte interne del gruppo, con la precisazione che lo stesso può individuare, in via statutaria, le sanzioni da applicare a fronte degli inadempimenti dell'associato, quali, ad esempio, l'esclusione di quest'ultimo, o sanzioni di carattere pecuniario o morale, ovvero la sospensione e privazione dei diritti associativi. La dottrina maggioritaria qualificando in termini contrattuali il fenomeno associativo, afferma che le sanzioni associative sarebbero da intendersi alla stregua di clausole penali di fonte negoziale, le quali, approvate dal singolo socio in sede di stesura del contratto associativo, sono previste dallo statuto come conseguenza dell'inadempimento dell'associato rispetto alle decisioni dell'ente<sup>445</sup>. In

---

<sup>441</sup> Cfr. F. GALGANO, *Alla ricerca delle sanzioni civili indirette*, cit., 50; A. DI MAJO, *Le obbligazioni pecuniarie*, Torino, 1996, p.43.

<sup>442</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile. V. La responsabilità*, Milano, 2012, 216.

<sup>443</sup> Cfr. A. MARINI, *La clausola penale*, cit., 54.

<sup>444</sup> In argomento v. F. G. BOSETTI, *L'autonomia punitiva nei rapporti tra associazione e singolo associato*, in AA.VV., *Le pene private*, cit., 157.

<sup>445</sup> La tesi contrattualistica ha indotto la dottrina tedesca ad abbandonare il termine di "pena privata" (*Privatstrafe*) familiare in Germania agli storici del diritto (fra gli autori più recenti risulta utilizzato dal solo H. STOLL, *Schadenersatz und Strafe*, in *Jus privatum gentium. Festschrift für M. Rheinstein*, II, Tübingen, 1969, 569 ss, *ivi* alla pp. 570-573) e a preferirgli quello, ritenuto meno compromettente, di "pena contrattuale" (*Vertragsstrafe*), con la conseguenza di far coincidere la pena "privata" con la pena "convenzionale" (sul punto, significative le motivazioni che hanno indotto E. BÖTTICHER, *Wesen und Arten der Vertragsstrafesowie deren Kontrolle*, in *Zeit. Für Arbeitsrecht*, 1970, 3 ss., *ivi* alle pp. 3-6, ad abbandonare il termine tradizionale di

verità, l'adesione alla tesi contrattuale delle sanzioni associative crea specifiche problematiche con particolare riferimento ai limiti dell'autonomia privata nell'esercizio della potestà punitiva. Più in particolare, ci si interroga sull'operatività dei limiti previsti dalle disposizioni di cui all'art. 1382 cod. civ. e seguenti a tutela dell'ordine pubblico, ed al principio di solidarietà sociale di cui all'art 2 Cost. Ed invero, se da un lato, la valenza contrattuale delle penali associative appare evidente, dall'altro lato, l'applicazione della disciplina prevista in tema di clausola penale non può certo dirsi esaustiva. La configurabilità di un potere riduttivo in capo al giudice, infatti, può ammettersi, laddove la penale in questione abbia un contenuto patrimoniale, o quantomeno suscettibile di quantificazione economica ai sensi del 1174 cod. civ.<sup>446</sup>; purtuttavia, dato l'uso frequente di clausole penali aventi carattere morale che incidono sull'onore o sullo *status* della persona, occorre limitare l'applicazione del potere riduttivo del giudice previsto agli artt. 1382 e seguenti alle sole ipotesi di penali di natura pecuniaria. Pertanto, saranno inammissibili quelle sanzioni, anche di natura non pecuniaria, che risultino manifestamente eccessive, ovvero lesive dei diritti inviolabili dell'associato; le quali non potendo essere ridotte *ex art. 1384 cod. civ.*, saranno interamente disapplicate dal giudice.

Alla luce di quanto emerso dovranno qualificarsi come sanzioni endoassociative esclusivamente tutte quelle previsioni statutarie che escludono l'associato che abbia tenuto un comportamento contrario alle norme statutarie: tale sanzione non dovrà risolversi né in una compromissione dei diritti inviolabili del socio, né in una prevaricazione del gruppo nei confronti del singolo<sup>447</sup>.

Altra fattispecie espressione della potestà punitiva di un gruppo di individui nei confronti del singolo è la previsione di cui all'art. 70 delle disposizioni attuative del codice civile il quale prevede che *“per le infrazioni al regolamento di condominio può essere stabilito, a titolo di sanzione, il pagamento di una somma fino a lire 100.*

---

*Privatstrafe*). È vero che per le sanzioni disciplinari e per le pene delle associazioni si parla rispettivamente di *Betriebsstrafe* e *Vereinsstrafe* (v., ad esempio, il saggio di E. BÖTTICHER, cit., 4), ma è altrettanto vero che anche questi altri due tipi di pena privata sono concordemente riportati nell'area della clausola penale come risulta dal titolo del saggio e dalle considerazioni di H. WEITNAUER, *Vereinsstrafe, Vertragsstrafe und Betriebsstrafe*, in *Festschrift für R. Reinhardt*, Köln-Marienburg, 1972, 179. Per la tesi contrattualistica delle pene delle associazioni e delle sanzioni disciplinari nel rapporto di lavoro v. ancora H. WEITNAUER, *loc. ult. cit.*, 186-189 e 194. Nella dottrina tedesca, alla tesi contrattualistica si contrappone quella “istituzionale” secondo la quale il potere sanzionatorio è un carattere immanente a ogni gruppo organizzato (in questo senso, con riguardo al fondamento delle pene delle associazioni, v. U. MEYER-CORDING, *Die Vereinsstrafe*, Tübingen, 1957, 53 ss., *ivi* alla pp. 62 e 70 ss.). Nella nostra dottrina, per la tesi contrattualistica, si rinvia a F. GALGANO, *Delle persone giuridiche. Disposizioni generali. Delle associazioni e delle fondazioni*, in *Comm. al c.c. Scialoja - Branca*, Bologna-Roma, 1972, 15; F. G. BOSETTI, *L'autonomia punitiva nei rapporti tra associazione e singolo associato*, cit., 157; D. RUBINO, *Le associazioni non riconosciute*, Milano, 1952, 206; C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, 35 ss., *ivi* alla p. 38 (con riguardo al fondamento delle sanzioni disciplinari nel rapporto di lavoro).

<sup>446</sup> Cfr. E. MOSCATI *Pena privata e autonomia privata*, in F.D. BUSNELLI – G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, cit., 246.

<sup>447</sup> Cfr. M. BASILE, *Gli enti “di fatto”*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, vol. I, , Torino, 1999, 303, il quale ravvisa la fonte della potestà punitiva negli confronti degli associati negli accordi interni tra gli stessi. Dello stesso A. vedansi anche i seguenti scritti: *L'intervento dei giudici nelle associazioni*, Milano, 1975, 316-318; ID., *Le “Pene private” nelle associazioni*, nel volume collettaneo *Le pene private*, cit., 189 ss., *ivi* alla p. 190.

*La somma è devoluta al fondo di cui l'amministratore dispone per le spese ordinarie*". La norma in commento, tutelando l'uso dei beni comuni da parte del singolo condomino e garantendo il corretto assetto dei rapporti condominiali, sembrerebbe essere non preclusiva rispetto al riconoscimento di una potestà punitiva in capo ai condomini<sup>448</sup>. Di contro, la previsione normativa del tetto massimo della sanzione pare limitarne la portata ai regolamenti interni, operando quale garanzia nei confronti del singolo condomino vincolato ad un atto autoritativo<sup>449</sup>. L'applicazione della disposizione in commento, tuttavia, è stata, nel tempo, sempre più contenuta. Lo stesso legislatore, infatti, ha manifestato la propria diffidenza verso l'istituto, omettendo di aggiornare il valore delle dette sanzioni al contesto socio-economico di riferimento e contribuendo in tal modo a rendere nei fatti inapplicabile la previsione, al punto da far ritenere la norma abrogata per desuetudine.

Ultima ipotesi annoverabile fra le pene private di fonte negoziale sono le clausole penali testamentarie<sup>450</sup>, le quali impongono all'erede o al legatario un onere e, contestualmente, lo obbligano, ove inadempiente, ad una determinata prestazione in favore di terzi. La qualificazione della clausola anzidetta come clausola penale, invero, non appare condivisibile in ragione della natura del testamento, quale atto *mortis causa* sottratto alla disciplina del contratto ex 1324 cod. civ., nonché in ragione della struttura unilaterale delle disposizioni in esame<sup>451</sup> che, in quanto non conosciute dall'onerato, si discostano totalmente dalla clausola penale<sup>452</sup>, che invece è accettata dal contraente. Ciononostante, l'estromissione della diretta applicabilità della disciplina del contratto alla clausola testamentaria in esame non costituisce un divieto assoluto che non ammette analogie<sup>453</sup>; inoltre, il carattere bilaterale della clausola penale non sembrerebbe estraneo a quella testamentaria, essendo le stesse non coercitivamente imposte all'onerato, bensì tacitamente accolte da quest'ultimo

---

<sup>448</sup> P. CAPPONI – M. CHIOCCA, *La sanzione pecuniaria per l'infrazione al regolamento di condominio*, in *Arch. Loc.*, 1992, 731.

<sup>449</sup> M.G. BARATELLA, *Le pene private*, cit., 64.

<sup>450</sup> In argomento v. E. MOSCATI, voce *Pena (dir. priv.)*, cit., 772; M. ANDREOLI, *Le disposizioni testamentarie a titolo di pena*, in *Riv. trim. dir. pr. civ.*, 331; S. GATTI, *Il modus testamentario*, Napoli, 1990, 161.

<sup>451</sup> Si pensi, ad esempio, ad una disposizione testamentaria che prevedesse l'esclusione dall'eredità del legittimario che non abbia ottemperato alla volontà del testatore. Sul punto, è stato giustamente osservato che, trattandosi di una disposizione testamentaria atipica, in quanto non attributiva di beni, è necessario valutarne la meritevolezza dell'interesse ai sensi del secondo comma dell'art. 1322 c.c. (in questo senso M. BIN, *La diseredazione. Contributo allo studio del contenuto del testamento*, Torino, 1966, 203 ss., *ivi* alle pp. 254 e 275 ss.). In tema, v. pure F. LAURENT, *Principes de droit civil*, XI, Bruxelles-Paris, 1874, n. 479, 624-625.

<sup>452</sup> Per una parte della dottrina dalla tipicità della clausola penale, quale schema negoziale essenzialmente bilaterale, discende l'inammissibilità delle disposizioni testamentarie a titolo di pena (così A. MARINI, *La clausola penale*, cit., 94). In secondo luogo, la collocazione della clausola penale nel Titolo II (*Dei contratti in generale*) del Libro delle obbligazioni sarebbe la prova più eloquente che «di clausola il legislatore parla (...) con riferimento esclusivo al contratto» (testualmente C. GRASSETTI, voce *Clausola del negozio*, in *Enc. dir.*, VII, s.d., ma Milano, 1960, 184). Altra parte della dottrina è però di contrario avviso in quanto la diversità di struttura non eliminerebbe «i sicuri punti di contatto» tra clausola penale e pene testamentarie: in questo senso v. V.M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., 162; A.D. CANDIAN, *Testamento e pena civile*, cit., 315-316; ID., *La funzione sanzionatoria nel testamento*, cit., 235 ss. Altri ancora ritengono che la struttura unilaterale della penale testamentaria comporterebbe addirittura un'accentuazione della colorazione sanzionatoria rispetto alla clausola penale (v. M. ANDREOLI, *Le disposizioni testamentarie a titolo di pena*, cit., 333).

<sup>453</sup> S. MAZZARESE, *La clausola penale*, cit., 263.

con l'accettazione dell'eredità o del legato: quest'ultimo, infatti, accettando l'eredità, avvalta altresì le disposizioni testamentarie complessivamente considerate, comprendenti sia le attribuzioni patrimoniali che quelle sanzionatorie<sup>454</sup>. La disposizione testamentaria, quindi, oltre ad essere espressione di un'autonomia privata particolarmente ampia, affermando la validità della clausola penale testamentaria, potrebbe ricomprendere in via analogica le disposizioni di cui agli artt. 1383, 1384, e, in particolare, l'art. 1382 cod. civ. nella parte in cui individua nella penale un rimedio alternativo a quello risarcitorio<sup>455</sup>.

Terminata l'indagine sulle pene private da inadempimento di fonte negoziale occorre adesso soffermarsi brevemente sulle pene private da inadempimento di fonte legale, in cui il legislatore concorre ad autodeterminare il regolamento negoziale, prevedendo ulteriori forme di penalità a tutela del contraente debole. In tale ottica, occorre menzionare innanzitutto la sanzione prevista all'art. 31 dalla legge sull'equo canone (legge n. 392 del 1978). Più in particolare, in tema di immobili adibiti ad uso diverso da quello abitativo, la disposizione anzidetta prevede che ove il locatore abbia riottenuto la disponibilità dell'immobile per una delle esigenze tassativamente previste dall'art. 29, e non abbia dato inizio alle attività relative entro il termine di sei mesi dall'avvenuta riconsegna dell'immobile, il conduttore avrà diritto al ripristino del contratto, ovvero al risarcimento del danno quantificato in misura non superiore a quarantotto mensilità del canone di locazione. La norma appare volta a sanzionare il locatore che abbia abusivamente esercitato la facoltà di diniego della rinnovazione del contratto<sup>456</sup>. La penale dovuta dal conduttore, infatti, è imposta a prescindere da ogni prova relativa al danno eventualmente patito dal conduttore, avendo lo scopo di disincentivare l'utilizzo abusivo della facoltà di diniego di rinnovo del contratto, oltre ad avere un ammontare massimo normativamente previsto<sup>457</sup>.

Altra fattispecie rilevante in materia di penale di fonte legislativa è quella di cui all'art. 3 della Legge n.192 del 1998 in materia di subfornitura. Nel dettaglio la norma prevede che in caso di mancato rispetto dei termini di pagamento il committente deve al subfornitore, senza bisogno di costituzione in mora, un interesse determinato secondo una misura particolarmente elevata. In tal senso, l'esigibilità di tali interessi in misura cospicua, autonomamente dalla prova dell'esistenza e dell'ammontare di un danno sofferto in capo al subfornitore, rappresenta un probabile indicatore della funzione sanzionatoria del rimedio in esame, volto a tutelare la posizione del contraente debole, sanzionando l'inadempimento di quello forte<sup>458</sup>. Sulla base di tali considerazioni, gli interessi di cui alla legge del 1998 integrano una penale di fonte legislativa, commisurata in misura predeterminata ma

---

<sup>454</sup> V.M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit. 158;

<sup>455</sup> A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., 284.

<sup>456</sup> G. PONZANELLI, voce *Pena privata*, cit. p. 5.

<sup>457</sup> S. MAZZARESE, *La clausola penale*, cit., 317. In senso analogo sembra di poter interpretare la sanzione prevista dall'art. 3 della legge n. 431 del 1998, in materia di immobili urbani ad uso abitativo, la quale prevede a carico del locatore che abbia illegittimamente esercitato la facoltà di disdetta, e ottenuto il rilascio dell'immobile, l'obbligo di corrispondere al conduttore un risarcimento non inferiore a trentasei mensilità.

<sup>458</sup> A. BERTELOTTI, *Il contratto di subfornitura*, Torino, 2000, 100.

non inferiore al danno patito dal subfornitore, e volta a proteggere lo stesso, sanzionando l'inadempimento del committente<sup>459</sup>.

Ed ancora, occorre fare riferimento alle penali previste dagli artt. 3, 4 e 5 del D.Lgs. n. 231 del 2002 (attuativo della direttiva 2000/35/CE) in tema di ritardo nell'adempimento delle transazioni commerciali. Le disposizioni anzidette prevedono, infatti, in caso di inosservanza dei termini di pagamento, fissati dai contraenti convenzionalmente oppure indicati dalla legge, il debitore è automaticamente costituito in mora ed è obbligato a corrispondere alla controparte interessi ad un saggio particolarmente gravoso, pari, in particolare, a quello applicato dalla BCE alla più recente principale operazione di rifinanziamento, maggiorato di sette punti percentuali<sup>460</sup>. Ne consegue che l'obbligo di corresponsione di interessi in misura così elevata, indipendente dalla prova di un danno per il creditore, è un valido argomento per sostenere la funzione punitiva di tali interessi, volti a dissuadere e sanzionare l'inadempimento del debitore a tutela del creditore.

In ultimo, secondo una parte della dottrina l'indegnità, cioè l'esclusione del chiamato dalla successione quando sia responsabile di uno dei comportamenti previsti dall'art. 463 cod. civ., sarebbe una sorta di pena privata<sup>461</sup> anche se poi è tutto da verificare se in questi casi si possa parlare di pena legale o di pena giudiziale, in quanto la soluzione dipende dal modo in cui si ritenga che operino le cause di indegnità: cioè se automaticamente ovvero se – come preferibilmente è da ritenere – soltanto in forza di una sentenza passata in giudicato<sup>462</sup>. Del pari, è stato

---

<sup>459</sup> M.G. BARATELLA, *Le pene private*, cit., 75.

<sup>460</sup> Sull'argomento v. G. DE NOVA, *I ritardi di pagamento nei contratti commerciali*, Milano, 2003.

<sup>461</sup> La tesi risale addirittura a R.J. POTHIER, *Trattato delle successioni*, in *Opere contenenti i trattati del diritto francese* (II ed. it.), III, Livorno, 1841, art. IV, § 2, 305, ed è tutt'ora accolta da una gran parte della dottrina italiana e straniera non solo nelle opere generali sulle successioni a causa di morte, ma nella stessa manualistica. Per quest'ultima v., ad esempio, nella dottrina francese H., L., J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, IV, t. 2, A. BRETON (a cura di), *Successions, Libéralités*, s.d., ma Paris, 1982, n. 717, 54. Tra i contributi *ex professo* sulle successioni v. sempre nella dottrina francese F. TERRÈ – Y. LEQUETTE, *Droit civil. Le successions. Le libéralités*, Paris, 1997, 45; M. GRIMALDI, *Droit civil. Successions*, s.d., ma Paris, 2001, 93. È questo l'orientamento anche della giurisprudenza francese: Cass., 18 dicembre 1984, in *Gazz. Pal.*, 1985, II, 221, con osservazioni di M. GRIMALDI. Per la dottrina v. T. KIPP – H. GOING, *Erbrecht. Ein Lehrbuch*, s.d., ma Tübingen, 1990, 473; HEIN. LANGE – K. KUCHINKE, *Erbrecht. Ein Lehrbuch*, München, 2001, 155-156, ove alla nota 20 ulteriore bibliografia. Nella dottrina italiana successiva al codice vigente v., tra gli altri, L. BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, Milano, 1947, 57-59; tra gli autori più recenti v. L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni*, in *Commentario Scailoja-Branca, Libro secondo, Delle successioni* (Art. 456-511), Bologna-Roma, 1997, sub Art. 463, 182; C.M. BIANCA, *Diritto civile, II, La famiglia – Le successioni*, Milano, 2001, 482. Sulle ragioni addotte in dottrina a sostegno della riconduzione dell'indegnità alle pene private v., per tutti, E. MOSCATI, voce *Pena (dir. priv.)*, cit., 778. In senso critico di fronte all'opinione dominante v. E. MOSCATI, *Pena privata e autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1985, 538-539; E. MOSCATI, *L'indegnità*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato, V, Successioni*, t. 1, s.d., ma Torino, 1997, 85 ss., *ivi* alle pp. 90-93, ove alle note 15-23 ulteriori riferimenti (ripubblicato, con aggiornamenti, in *Studi di diritto successorio*, Torino, 2013, 103 ss., *ivi* alle pp. 110-113, testo e note 15-23).

<sup>462</sup> È questo il vero problema di fondo dell'istituto dell'indegnità, il quale da sempre divide la dottrina, soprattutto quella francese e italiana, dalla cui soluzione dipende se l'indegno sia un soggetto incapace di succedere ovvero se la sua esclusione dall'eredità o dal legato sia la conseguenza dell'intervento del giudice. Questa seconda tesi è quella che riscuote i maggiori consensi in dottrina ed è addirittura plebiscitaria nella giurisprudenza italiana (tra le decisioni più recenti v. Trib. Macerata, 26 marzo 2003, in *Riv. not.*, 2003, 1293, in motivazione, 1295-1296). Tale tesi risale anch'essa a R.J. POTHIER, *ult. loc. cit.*, ed è stata accolta dalla dottrina francese dell'Ottocento (ad esempio, C. DEMOLOMBE, *Trattato delle successioni*, trad. it. di G. PUGLISI,

detto che sarebbe una pena privata di fonte legale l'irripetibilità della prestazione immorale quando l'immoralità dello scopo sia comune a entrambe le parti (art. 2035 cod. civ.)<sup>463</sup>. Altra parte della dottrina ricostruisce alla stregua di una pena legale anche la revocazione delle donazioni per ingratitudine del donatario (art. 801 cod. civ.)<sup>464</sup> e la decadenza del chiamato dal beneficio di inventario (artt. 485, comma 2 e 3; 487, comma 2; 488, comma 1, cod. civ.)<sup>465</sup>.

Di fronte a questo catalogo, che è soltanto esemplificativo ma che appare già comprensivo di ipotesi estremamente diverse ed eterogenee tra loro, non è agevole pervenire alla costruzione di una categoria giuridica unitaria. Ciononostante, può affermarsi l'esistenza di una potestà punitiva in capo ai privati, la quale, tuttavia, non dovrà essere arbitraria ed illimitata ma soggetta a precisi limiti: da un lato, la tutela del creditore, dall'altro, sia la tutela dei diritti inviolabili sia i doveri inderogabili riconosciuti dall'ordinamento che trovano fondamento primario nell'art. 2 Cost., evitando così forme di abuso<sup>466</sup>. Tale potestà, come detto, presuppone l'adesione

---

Palermo, 1865, 101) e, nella sua scia, anche dalla nostra dottrina all'epoca del codice civile previgente (v., tra gli altri, L. COVIELLO SR., *Diritto successorio*, Bari, 1962, 165-167). Nella dottrina più recente e nella manualistica v. S. MONOSI, *L'indegnità a succedere*, in P. RESCIGNO (diretto da), M. IEVA (coordinato da), *Trattato breve delle successioni e donazioni*, I, s.d., ma Padova, 2010, 195 ss., *ivi* alle pp. 200 e 217; G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, s.d., ma Torino, 2006, 46. La contraria tesi dell'operatività *ipso iure* delle cause di indegnità è sostenuta con altrettanta autorevolezza: v., ad esempio, G. GROSSO – A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, in F. VASSALLI (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, s.d., ma Torino, 1977, 128; L. FERRI, *ult. loc. cit.*, 176-177; C.M. BIANCA, *ult. loc. cit.*, 483-484. Nella dottrina francese v. H., L., J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, cit., 57; F. TERRÈ – Y. LEQUETTE, *ult. loc. cit.*, 48-49; M. GRIMALDI, *ult. loc. cit.*, 96. In argomento si rinvia alla chiara ricostruzione di E. MOSCATI, *L'indegnità*, cit., 106-109, ora in *Studi di diritto successorio*, cit., 114 ss., il quale evidenzia come l'affermazione dell'operatività *ope iudicis* dell'indegnità sia sorretta da motivazioni di natura essenzialmente pratica (*Studi di diritto successorio*, cit., 120).

<sup>463</sup> Così, da noi, R. SCOGNAMIGLIO, *Illecito (diritto vigente)*, cit., 173. Ma si tratta di una tesi divenuta minoritaria nella stessa dottrina tedesca ove era stata formulata in riferimento al secondo comma del § 817 *BGB* (*condictio ob turpem vel iniustam causam*) dopo le decise riserve di W. FLUME, *Das Rechtsgeschäft*, cit., 390, testo e nota 81. La tesi era stata proposta da P. HECK, *Die Ausbehnung des § 817, S. 2, auf alle Bereicherungsansprüche*, in *Arch. Für civ.*, *Praxis*, 1925, 1 ss., *ivi* alla p. 17. Sulle ragioni che avrebbero indotto la nostra dottrina a ricondurre l'irripetibilità della prestazione immorale a pena privata v. E. MOSCATI, voce *Pena (dir. priv.)*, cit., 779, ove alle note 81-82 ulteriori riferimenti. Per una critica a questa ricostruzione dell'art. 2035 cod. civ. vedasi anche E. MOSCATI, *Pena privata e autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1985, 539, ove alla nota 99 si rinviengono indicazioni di altri autori tedeschi che seguono la tesi di P. Heck.

<sup>464</sup> Questa tesi è stata sostenuta da alcuni autori italiani e francesi tra i quali v., presso di noi, F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, V, Milano, 1958, 649; R. SCOGNAMIGLIO, *Illecito (diritto vigente)*, cit., 170. Nella dottrina francese, accanto al contributo ormai datato di R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, I, *Sources des Obligations*, IV, Paris, 1924, 192, v. più di recente nelle opere generali di carattere manualistico in questo senso H., L., J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, cit., IV, t. 2, 729. L'accostamento di questa fattispecie alle pene private è ricordato anche da F.D. BUSNELLI, *Verso una riscoperta delle «pene private»?*, cit., 6.

<sup>465</sup> Anche questa tesi è stata sostenuta da alcuni autori italiani e francesi tra i quali si ricordano: R. DEMOGUE, *ult. loc. cit.*, 191; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1957, 198; H., L., J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, cit., 412-413. L'accostamento di questa fattispecie alle pene private è ricordato anche da F.D. BUSNELLI, *ult. loc. cit.* Altra parte della dottrina è però decisamente contraria: in senso negativo si pone, soprattutto, lo stesso difensore più convinto della pena privata nella dottrina francese (v. L. HUGUENEY, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, cit., 129); presso di noi, cfr. V.M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., 143, nota 4, e 147-148.

<sup>466</sup> A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., 256.

volontaria del destinatario della sanzione, in cui si ravvisa la caratteristica di bilateralità propria della validità della potestà punitiva<sup>467</sup>.

#### 4. – *La clausola penale nella prospettiva sanzionatoria*

Nell'ambito della pena privata non v'è dubbio che la disciplina della clausola penale (artt. 1382-1384 cod. civ.) assuma un'importanza decisiva. In realtà, resta da appurare se il modello offerto dalla clausola penale rappresenti il punto di partenza, ovvero il limite stesso dell'indagine in atto. In un certo senso, si potrebbe dire che «clausola penale» e «pena privata» hanno avuto vite parallele, finendo per condizionarsi reciprocamente, tant'è vero che il rinnovato interesse per lo schema della clausola penale ha coinciso con il rilancio del tema della pena privata<sup>468</sup>. Epperò, per le perduranti incertezze sulla stessa funzione dell'istituto, il riferimento alla clausola penale ha assunto un significato ambiguo. Principalmente, si è visto nel potere del giudice di ridurre la pena, qualora l'ammontare sia manifestamente eccessivo o se la prestazione principale sia stata in parte adempiuta (art. 1384 cod. civ.)<sup>469</sup>, la conferma dell'atteggiamento di contrarietà del legislatore nei confronti di una funzione penale degli atti di autonomia privata<sup>470</sup>. Ma, una simile conclusione appare alquanto semplicistica. Infatti, la riduzione della penale, lungi dall'essere il sintomo di un disfavore legislativo, è soltanto una delle normali tecniche attraverso

---

<sup>467</sup> M.G. BARATELLA, *Le pene private*, cit., 82.

<sup>468</sup> Il rilievo è di E. MOSCATI, *Pena privata e autonomia privata*, in F.D. BUSNELLI – G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, cit., 236.

<sup>469</sup> In questo senso specialmente A. DE CUPIS, *Tradizione e rinnovamento nella responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, II, 230. L'A. in un successivo lavoro specifica che il potere riduttivo del giudice si risolverebbe in un semplice "correttivo" nell'ipotesi in cui «è superata la funzione risarcitoria e subentra la funzione penale» (v. ID., *Sulla riduzione della penale*, in *Giust. civ.*, 1983, II, 236).

<sup>470</sup> Questa tesi risale, addirittura, alla dottrina anteriore alla codificazione francese ed è dovuta a R.J. POTHIER, *Trattato delle obbligazioni* (trad. it.), II, Napoli, 1832, n. 342, 45. La tesi di Pothier è stata ripresa dalla dottrina francese all'inizio del Novecento che ne ha dato una compiuta formulazione (v., ad esempio, C.A. AUBRY – G. CH. RAU, *Cours de droit français d'après la méthode de Zacharie*, IV, Paris, 1902, § 309, 189; M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, II, Paris, 1909, n. 253, 93). Questa funzione della clausola penale era stata accolta all'epoca del codice civile del 1865 anche da quegli autori che propendevano per una duplice funzione, di coazione e risarcitoria, della clausola penale (tra gli altri V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma, 1915, 610 e 622-623; L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa. Contributo alla teoria delle obbligazioni*, II, Napoli, 1934, 116). Il codice civile del 1942 sembra avere accolto la tesi di una funzione unitaria della clausola penale, che sarebbe quella risarcitoria anziché quella penale, almeno stando a quanto risulta da un passo della *Relazione al Codice. Libro delle obbligazioni*, Roma, 1941, n. 95, 32, secondo cui «il valore giuridico dato alla clausola penale (...) è quello di limitare il danno», che però sembra contraddetto da successivi passi della stessa Relazione ove si accenna ad una «funzione coercitiva (...) indirettamente esercitata dalla penale» e ad una «coazione all'adempimento» che discende dall'obbligo di risarcimento «di cui la clausola agevola l'esecuzione (...) evitando la prova del danno». Di fronte a queste ambiguità della Relazione non può destare meraviglia che tutt'ora anche nella manualistica si continui a parlare di «un carattere sanzionatorio» della clausola penale che si aggiunge a quello «risarcitorio» (così A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, a cura di G. TRABUCCHI, s.d., ma Padova, 2013, 833). La tesi della funzione di liquidazione preventiva del danno continua ad avere larga eco in dottrina (v., per tutti, R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in G. GROSSO – F. SANTORO PASSARELLI (diretto da), *Trattato di diritto civile*, s.d., ma Milano, 1972, 150-151) e in giurisprudenza. Per una decisa critica alla tesi della funzione afflittiva della clausola penale v. D. RUSSO, *Il patto penale tra funzione novativa e principio di equità*, s.d., ma Napoli, 2010, 83-117, il quale sottolinea a p 85 che la funzione di liquidazione preventiva del danno «risulta (...) la più lineare».

le quali si realizza il controllo che la legge ha voluto riservarsi su tutti gli atti di autonomia privata<sup>471</sup>; con la precisazione, però, che qui il parametro di riferimento non è lo stesso dell'art. 1322, ultimo comma, cod. civ., in quanto non si tratta di sindacare la liceità e la meritevolezza di una funzione punitiva dei privati nell'area del contratto; essendo la clausola penale uno schema legale tipico, liceità e meritevolezza sono, infatti, da considerarsi *in re ipsa*. Piuttosto, l'esigenza di tutela è ben diversa: la legge ha voluto riservarsi la possibilità di un intervento *a posteriori* per evitare che una sanzione non proporzionata alla gravità della violazione commessa dal contraente inadempiente venisse a compromettere quella posizione di sostanziale equilibrio tra le parti, che costituisce una delle direttive dell'ordinamento in materia di contratti (ad es., artt. 1450, 1467-1468). Ne consegue che solo nei limiti in cui la penale vada oltre questo interesse del creditore può prospettarsi un discorso di «meritevolezza»<sup>472</sup>. Nondimeno, il fatto che la legge abbia previsto soltanto la possibilità di una riduzione della penale, e non già la nullità della clausola, è la dimostrazione che il legislatore ha ritenuto di dover far salva la funzione punitiva dei privati anche in tali casi<sup>473</sup>. Peraltro, l'intervento del giudice non vale a trasformare la clausola penale in una tecnica di tipo risarcitorio, dal momento che la riduzione della penale avviene solo in via equitativa, escludendosi il ripristino di una rigida correlazione tra riparazione e danno effettivamente subito dal creditore.

In altre parole, la specifica previsione di un potere riduttivo da parte del giudice non significa affatto che la legge abbia voluto sottrarre la clausola penale ai normali limiti di ogni atto di autonomia privata, sebbene evidenzia l'opportunità di un controllo incisivo su un modello che per sua natura si presenta «aperto» e, pertanto, dotato di una capacità espansiva enorme. Si può dire anzi che, per l'intrinseca natura di modello 'aperto', la disciplina della clausola penale costituisca il punto di partenza ideale per un'indagine sulla pena privata<sup>474</sup>. È innegabile, per esempio, che lo sviluppo della penale, durante l'*ancien droit*, abbia avuto un'influenza significativa, anche se non decisiva, sulla codificazione francese<sup>475</sup>. In quest'ambito, peraltro, un ruolo fondamentale va certamente assegnato all'opera di Pothier, da cui il legislatore francese ha ricavato molto del materiale definitivo utilizzato nella redazione del codice civile<sup>476</sup>. Ed infatti, la stessa definizione della *clause pénale* dettata dall'art. 1229 del *code civil*<sup>477</sup> è ricavata quasi letteralmente da una formulazione di

---

<sup>471</sup> Cfr. E. MOSCATI, *Pena privata e autonomia privata*, cit., 238.

<sup>472</sup> Non è infrequente che attraverso il rafforzamento della prestazione principale le parti tendano ad un risultato che va oltre la funzione istituzionale della clausola penale. Un esempio paradigmatico e sufficientemente noto è quello della clausola penale che accede ad un dovere morale o sociale (*ex art. 2034 c.c.*): è il caso del debito di giuoco rafforzato dalla stipulazione di una clausola penale a favore del vincitore. Cfr., sul punto, E. MOSCATI, *Pena privata e autonomia privata*, cit., 239.

<sup>473</sup> Cfr. E. MOSCATI, *Pena privata e autonomia privata*, cit., 238.

<sup>474</sup> In senso conforme, E. MOSCATI, *Pena privata e autonomia privata*, in *Le pene private*, cit., 239.

<sup>475</sup> Cfr., sul punto, A. ZOPPINI, *ult. op. cit.*, 58.

<sup>476</sup> Cfr. C. MAURANI, *La clause pénale*, diss., Paris, 1936, 47 ss.

<sup>477</sup> Art. 1229 *code*: «*La clause pénale est la compensation des dommages et des intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale*».



Pothier<sup>478</sup>. Questi, sulla scorta dell'elaborazione del canonista-civilista Dumoulin, che ritiene ammissibile la pena solo in relazione all'*eo quod interest*, pone al centro dell'istituto la funzione risarcitoria, di cui fornisce la seguente definizione: «*La peine est stipulée dans l'intention de dédommager le créancier de l'inexécution de l'obligation principale. Elle est par conséquent compensatrice des dommages et des intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale*»<sup>479</sup>. Alla dottrina di Pothier si riallaccia, altresì, l'art. 1226 del *code civil*, in cui emerge l'aspetto funzionale del patto: «*La clause pénale est celle par laquelle une personne pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution*». Come si può notare, in questa norma è evidente l'influenza del diritto romano, tanto che si è intravisto in essa una reminiscenza della *stipulatio poenae*<sup>480</sup>, in considerazione della natura risarcitoria del patto. Per converso, il codice Napoleone non accolse l'altro caposaldo della teoria di Pothier: quello della riducibilità giudiziale della clausola eccessiva. Pothier, sulla scorta dei rilievi mossi dalla canonistica, aveva evidenziato come una penale eccessiva fosse contraria all'equità in quanto comprometterebbe l'equilibrio delle prestazioni; donde, la necessità di evitare lo sfruttamento dello stato di bisogno del debitore attraverso il riequilibrio dell'obbligazione<sup>481</sup>. Per inciso, si deve dare atto che nella concezione di Pothier, come anche in quella di Dumoulin, la clausola penale svolgeva una funzione assimilabile a quella di un patto di inversione dell'onere della prova, poiché il creditore aveva il diritto di chiedere l'aumento della penale quando essa fosse inferiore al danno effettivamente patito; viceversa, il debitore ne poteva domandare la riduzione nel caso fosse eccessiva<sup>482</sup>.

<sup>478</sup> Il rilievo è di A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., 59.

<sup>479</sup> J.R. POTHIER, *Trattato delle obbligazioni*, vol. II, Venezia, 1834, nr. 342; per ulteriori informazioni sull'influenza della canonistica su Pothier, cfr. A. FLINIAUX, *L'évolution du concept de la clause pénale chez les canonistes du Moyen-Age, (origine des art. 1152, 1226 et ss. du Code Civil français)*, cit., 223 ss. Secondo M.E. ROUJOU DE BOUBE'É, *Essai sur la notion de réparation*, Paris, 1974, 71, in Pothier ogni reminiscenza sanzionatoria sarebbe scomparsa, in quanto l'A. sostiene la natura risarcitoria della clausola penale che considera tra i patti finalizzati ad operare una presunzione convenzionale del danno.

<sup>480</sup> Cfr., in tal senso, G. RIPERT – J. BOULANGER, *Traité de droit civil, d'après le traité de Planiol*, vol. II, Paris, 1959, n. 837; H., L., J. MAZEUD – F. CHABAS, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, vol. III, Paris, 1983, n. 2627.

<sup>481</sup> In effetti, il principio della riducibilità della penale eccessiva, prima della codificazione, trovava applicazione nei tribunali per il tramite dell'autorità dei giuristi francesi. Come attesta R. SECRETAN, *Etude sur la clause pénale en droit suisse*, diss., Lausanne, 1917, 43; in questo senso, v. anche F. MAULER, *De la nature de la clause pénale*, Neuchâtel, 1898, 33.

<sup>482</sup> J.R. POTHIER, *Trattato delle obbligazioni*, cit., nr. 345. Mettono in rilievo questo punto A. FLINIAUX, *L'évolution du concept de la clause pénale chez les canonistes du Moyen-Age*, cit., 14 ss.; nonché F. MAULER, *De la nature de la clause pénale*, cit., 32 ss.; cfr. pure G. MARTY – P. RAYNAUD, *Les obligations*, vol. I, *Les sources*, Paris, 1988, 777. A ben vedere, il codice civile francese opera, sotto questo profilo specifico, una svolta netta che trova la sua giustificazione ideologica nel rispetto quasi superstizioso della volontà individuale espressa attraverso l'accordo contrattuale, il quale impedirebbe qualsiasi intervento esterno perturbatore dell'equilibrio raggiunto, considerato di per sé ottimale<sup>482</sup>. In altri termini, all'equilibrio delle prestazioni, come idea guida del sistema, e alla rilevanza dell'equità, come criterio di giudizio, si contrappone il principio dell'intangibilità della volontà individuale<sup>482</sup>, poggiante sull'idea che gli accordi tra le parti «*tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*» e, pertanto, «*ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel*» (arg. ex art. 1134 *code*). Il rilievo è di A. ZOPPINI, v. nota precedente.

Orbene, occorre accertare se la funzione punitiva e di coazione all'adempimento che la clausola penale viene concretamente a svolgere sia compatibile con quella formalmente risarcitoria attribuita all'istituto dal legislatore. Giova segnalare, in proposito, come la pratica abbia evidenziato che la clausola penale non svolga un ruolo esclusivamente risarcitorio, come sostenuto da coloro che ritengono che nel diritto continentale sussista un netto rifiuto della concezione sanzionatoria dell'istituto. Al contrario, essa si rivela un efficacissimo strumento di stimolo all'adempimento. Si è addirittura rilevato che, a fronte dell'affermato carattere risarcitorio, si abbiano clausole *draconiennes*<sup>483</sup>. Il fenomeno ha progressivamente assunto dimensioni tali da rimettere in discussione il sistema ultra-liberale del codice Napoleone<sup>484</sup>, assistendo a «*tentatives de tous ordres pour permettre au juge de modifier la peine lorsqu'il l'estime inadaptée*»<sup>485</sup>. Per sostenere l'invalidità della penale, o in alternativa la riducibilità, si è insistito sul concetto di «abuso del diritto»<sup>486</sup> e di «frode alla legge». Nel primo caso, infatti, può facilmente cogliersi come una penale eccessiva possa violare i principi equitativi emergenti dal sistema. In tal senso, bisogna rammentare che, seppur con diversità di argomenti, era già stata affermata la possibile natura vessatoria della clausola<sup>487</sup>. Nel segnalare una possibile frode alla legge si è, invece, messo in rilievo il tentativo di conseguire risultati altrimenti vietati dalla legge, arginando ad esempio la proibizione dell'usura<sup>488</sup>. Si è sostenuto, conseguentemente, che una clausola penale che abbia un effetto sanzionatorio – in questo consiste la pena privata – dovrebbe essere annullata per illiceità di causa<sup>489</sup>.

Il dibattito dottrinale e giurisprudenziale susseguitosi negli anni ha condotto il legislatore francese ad un ripensamento della disciplina della clausola penale, che si è tradotto nella legge di riforma n. 597 del 9 luglio 1975. Va subito detto, però, che tale intervento legislativo non ha costituito uno stravolgimento dell'istituto, dal momento che il legislatore francese ha ritenuto opportuno non ripudiare il principio

---

<sup>483</sup> In questo senso H., L., J. MAZEUD – F. CHABAS, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, vol. III, Paris, 1983, 165; così anche G. VINEY, *La responsabilité civile*, in *Le Code civil 1804-2004. Livre du Bicentenaire*, Paris, 2004, 321; J. THIMANY, *Fonctions et révisibilité des clauses pénales en droit comparé*, in *Rev. Int. Dr. Comp.*, 1980, 29, il quale parla di «*formes de terrorisme contractuelles*».

<sup>484</sup> Cfr. G. VINEY, *La responsabilité civile*, cit., 321, testo e ntt. 27 e 28. Sull'evoluzione del dibattito v. pure A. NEGRI, *La legge francese sulla clausola penale*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, 440 ss.

<sup>485</sup> H., L., J. MAZEUD – F. CHABAS, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, cit., 164.

<sup>486</sup> Sul concetto di abuso del diritto si rinvia, nella dottrina francese, all'opera di J. GHESTIN – G. GOUBEAUX, *Introduction générale*, in *Traité de droit civil*, vol. I, Paris, 1982, 612 ss.; nella dottrina italiana, v. P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 205 ss.; nonché il recente studio di F. PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, in *Europa e diritto privato*, 2013 (1), 75-173.

<sup>487</sup> G. CORNU, *Chronique de jurisprudence: de l'énormité des peines stipule en cas d'inexécution partielle du contrat de crédit-bail*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1971, 170.

<sup>488</sup> J.L. EVADE, *La réduction des clauses pénales excessives*, in *Gaz. Pal.*, 1976, 450; H., L., J. MAZEUD – F. CHABAS, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, cit., 159 ss.

<sup>489</sup> Alcune notazioni sul dibattito che ha accompagnato la riforma della clausola penale e riferimenti bibliografici possono essere reperiti in A. ZOPPINI, *op. cit.*, 69 ss. In argomento, vedasi anche A. TUNC, *La pena privata nel diritto francese*, in *Le pene private*, cit., 349.

della entità forfettaria della penale, né introdurre il principio della riduzione come adattatore tra la somma pattuita ed il danno effettivamente verificatosi<sup>490</sup>.

Ora, se è indubbio che la riforma sia stata il prodotto di una maturazione giurisprudenziale, parte della dottrina non ha mancato di stigmatizzare questo intervento legislativo. In particolare, la dottrina ha ritenuto che fosse stato inferto un grave colpo alla certezza del diritto, assumendo che, nel contempo, ne fosse derivato un pesante restringimento del principio dell'autonomia della volontà privata. È stato osservato, in proposito, che la «morte» della clausola penale assurga a conferma del declino ormai irreversibile del principio dell'autonomia privata<sup>491</sup>. Nell'ottica cennata si è avvertito che la previsione della modificabilità, in aumento o in diminuzione, della penale potesse in qualche modo segnare uno snaturamento dell'istituto, in quanto perso il carattere sanzionatorio esso sarebbe stato privato anche della sua forza di stimolo, sicché il debitore inadempiente avrebbe sempre potuto sperare nella riduzione<sup>492</sup>. In verità, sembra più giusto affermare che la *clause pénale* non abbia subito una mutazione genetica, vale a dire uno snaturamento della sua funzione, poiché il legislatore francese ha inteso per lo più completare il testo dell'art. 1152 *code*, vietando gli eventuali abusi mediante il controllo da parte del giudice. Ma, tale rimedio si pone in linea con la funzione comminatoria e dissuasiva che costituisce la ragion d'essere dell'istituto stesso, configurandosi per lo più come una reazione eccezionale rispetto ad accordi iniqui<sup>493</sup>.

---

<sup>490</sup> Precisamente, il nuovo testo dell'art. 1152 del *code* recita: «*Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera un certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus fort, ni moindre.*

*Néanmoins le juge peut modérer la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite.*

Dalla formulazione della norma si ricava agevolmente che, nell'ordinamento francese, la riduzione della penale opera come uno strumento finalizzato ad evitare gli abusi, sia nella forma delle penali eccessive, che saranno ridotte, sia di quelle irrisorie, che potranno essere aumentate.

<sup>491</sup> In questi termini, A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., 72-73, che rinvia a B. BOUBLI, *La mort de la clause pénale ou le déclin du principe d'autonomie de la volonté*, in *J. Not.*, 1976, 945. Il tema della «morte» dell'autonomia privata e dello strumento attraverso cui in primo luogo essa si estrinseca, il contratto, è stato oggetto di attente riflessioni nella letteratura giuridica degli ultimi decenni del XX secolo: scontato il riferimento a G. GILMORE, *The Death of Contract*, Ohio, 1974, *passim*, un libro in cui, però, a dispetto del titolo, «più che della morte, si parla della vita del contratto» (così G. ALPA, *Recensione a G.G., Morte del contratto*, Milano, 1988, trad. A. FUSARO, in *Quadrimestre*, 1987, 219. Sul tema, v. pure F. SANTORO PASSARELLI, *Variazioni sul contratto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1970, 1 ss. a cui il contratto appare «eterno, come eterna è la necessità di un'intesa tra gli uomini»; sul tema delle trasformazioni del contratto nella società contemporanea cfr. anche E. ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 1977, 265 ss.; nonché i saggi su *Pluralismo, ruolo dei privati, autonomie collettive* di P. RESCIGNO, in *Persona e comunità: saggi di diritto privato*, II, Padova, 1999, 357 ss.

<sup>492</sup> Tale obiezione era stata mossa, ancor prima della riforma, da J. BEGUIN, *L'adage «nul se peut faire justice à soi même» en droit français*, in *Travaux de l'Association H. Capitant*, vol. XVIII, Paris, 1969, 78.

<sup>493</sup> S. SANZ, *La consécration du pouvoir judiciaire par la loi du 9 juillet 1975 et ses incidences sur la théorie générale de la clause pénale*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1977, 289. Cfr., anche, J. MESTRE, *Les conditions de la révision judiciaire dans le cadre de l'article 1152 du code civil de la peine convenue entre le parties*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1986, 103; G. VINEY, *La responsabilité civile*, cit., 349 ss. Merita un particolare cenno, nel quadro dell'esposizione del sistema francese, la vicenda dell'ordinamento belga, che pure ha adottato il codice Napoleone. Ma, mentre la Cassazione francese prima della riforma era orientata a mantenere immutato l'impegno preso dalle parti e a non consentire un intervento giudiziale sul punto; al contrario, la Suprema Corte belga, con due importanti *arrêts* (il primo del 17 aprile 1970, il secondo del 24 novembre 1972), in materia, ha ritenuto che dall'art. 1152 *code civil* sia possibile dedurre esclusivamente la previsione e la tutela di un'unica funzione della clausola penale, quella attinente alla determinazione anticipata e forfettaria del risarcimento del danno dovuto al

È opportuno, a questo punto, dare brevemente conto del carattere che la clausola penale spiega nell'ordinamento tedesco. Sotto un profilo storico, non v'è dubbio che abbia avuto una sicura rilevanza il codice prussiano del 1794 – considerato un codice di «diritto naturale»<sup>494</sup> – ove si rinviene una concezione della clausola essenzialmente risarcitoria<sup>495</sup>. Ciò emerge dalla stessa definizione dettata al § 292 dell'*Allgemeines Landrecht* (ALR): «*Das Interesse, welches ein Kontrahent dem Anderen, bei nicht gehörig geleisteter Erfüllung des Vertrages, zu vergüten hat, kann durch Verabreden einer Strafe im Voraus bestimmt werden*».

Diversamente dall'ordinamento francese, il diritto tedesco, da sempre, ha positivamente ammesso la possibilità di ottenere la riduzione della penale eccessiva (§ 301 ALR), nei casi in cui l'ammontare pattuito superasse il doppio del risarcimento effettivamente spettante al creditore, onde conseguiva che il giudice dovesse ridurre la penale fino a quella entità. Viceversa, la riduzione non era ammessa laddove non fosse possibile valutare il danno in misura certa<sup>496</sup>.

Merita un cenno, inoltre, l'*Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch* (ADHGB), entrato in vigore nel 1861, il quale regolava la *Konventionalstrafe* all'art. 284: tale norma sanciva una concezione della penale quale strumento finalizzato essenzialmente a stimolare il debitore all'adempimento e, pertanto, non suscettibile di moderazione da parte del giudice; peraltro, era riconosciuta al creditore la possibilità di ottenere la liquidazione del danno quando fosse superiore all'ammontare convenzionalmente pattuito<sup>497</sup>.

---

creditore in caso di inadempimento; conseguentemente, in caso di penale eccessiva o, comunque, sproporzionata rispetto al danno che poteva derivare dall'inadempimento, il giudice di merito ne può dichiarare la nullità per contrarietà all'ordine pubblico e per illiceità della causa. Si tratta di un orientamento confermato da pronunce ulteriori e ad esso si è uniformata, in modo quasi unanime, la giurisprudenza di merito. Cfr. Cass. 17 aprile 1970, in *R.C.J.B.*, 1972, 454 ss. con nota di I. MOREAU-MAGREVE; Cass. 24 novembre 1972, in *R.C.J.B.*, 1973, 302 ss. con nota di I. MOREAU-MAGREVE. Per una visione d'insieme v. J. THILMANY, *Fonctions et révisibilité*, cit., 23 ss.; ID., *La clause pénale en droit belge*, in *DPCI*, 1982, 447 ss.

<sup>494</sup> Cfr., per un'analisi attinente ai sistemi normativi in vigore negli Stati tedeschi prima dell'entrata in vigore del BGB, D. FISCHER, *Vertragsstrafe und vertragliche Schadensersatzpauschalierung*, Frankfurt am M., 1981, 21 ss.

<sup>495</sup> Cfr., in tal senso, F. FOSTER, *Preußisches Privatrecht*, vol. I, Berlin, 1896, 732 ss. *Contra*, H. DERNBURG, *Das Obligationenrecht Preußens und des Reichs*, vol. II, Berlin, 1897, 95, secondo cui la clausola penale possiederebbe ancora in alcuni aspetti il suo carattere di pena vera e propria.

<sup>496</sup> Cfr. D. FISCHER, *Vertragsstrafe*, cit., 23. La prova dell'ammontare del danno incombeva, beninteso, sul debitore (cfr. F. FOSTER, *Preußisches Privatrecht*, cit., 733). Nel § 301 ALR si è avvertita la reminiscenza della *lex unica* giustiniana (su cui vedi *supra* § 2), vedi V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma, 1914, 624; ma di diversa opinione D. FISCHER, *op. cit.*, 22, nt. 26. Su posizioni radicalmente diverse il diritto comune, che aveva vigore negli Stati in cui era assente una codificazione o che, comunque, non avevano adottato il codice Napoleone: in esso, infatti, prevale decisamente il carattere afflittivo e di stimolo all'adempimento, in quanto la penale non era soggetta a nessuna limitazione di carattere legale o giudiziale. Cfr. A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., 82. Vedi anche D. FISCHER, *Vertragsstrafe*, cit., 24 ss., con notizie anche sull'applicazione del codice civile francese nella Renania e Palatino e nel Baden. Per una breve illustrazione dei principi di *bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen (§§ 1428-1435)* v. F. MAULER, *De la nature de la clause pénale*, cit., 42. Sull'ambito di applicazione del diritto comune vedi F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, 1967, 443.

<sup>497</sup> Cfr. D. FISCHER, *Vertragsstrafe*, cit., 25, con ulteriori notazioni riguardo al rapporto tra il codice di commercio e la normativa incompatibile delle altre legislazioni, in particolare del codice prussiano.

Si tenga conto, tra l'altro, che sul diritto tedesco ha avuto grande ascendenza la scuola storica tedesca, la quale ha visto nella clausola penale un istituto finalizzato sì a risarcire convenzionalmente il danno, ma soprattutto ad esercitare una forma di coazione sul debitore<sup>498</sup>. E questo, in termini sistematici, si è tradotto nello spostamento della materia della clausola penale dall'ambito del risarcimento e della liquidazione del danno a quello degli strumenti per rafforzare il rapporto obbligatorio<sup>499</sup>.

Tornando al BGB, esso regola l'istituto della clausola penale ai §§ 339-345, senza fornire tuttavia una definizione, ma limitandosi a descriverne i suoi aspetti funzionali<sup>500</sup>. Nel dettaglio, il § 339 recita: «*Verspricht der Schuldner dem Gläubiger für den Fall, dass er seine Verbindlichkeit nicht oder nicht in gehöriger Weise erfüllt, die Zahlung einer Geldsumme als Strafe, so ist die Strafe verwirkt, wenn er in Verzug kommt. Besteht die geschuldete Leistung in einem Unterlassen, so tritt die Verwirkung mit der Zuwiderhandlung ein*». Dunque, nella descrizione dell'istituto emergono reminiscenze che rimandano alla pena privata vera e propria,

---

<sup>498</sup> Sottolineano il ruolo della scuola storica tedesca W.F. LINDACHER, *Phänomenologie der 'Vertragsstrafe'*, *Vertragsstrafe, Schadensersatzpauschalierung und schlichter Schadensbeweisvertrag*, Frankfurt a.M., 1972, 53 ss.; D. FISCHER, *Vertragsstrafe*, cit., *passim*.

<sup>499</sup> Così A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., 83. Riassume questa concezione una significativa espressione di Savigny (vedi F.C. SAVIGNY, *Le obbligazioni*, cit., 246 ss.), secondo cui la pena convenzionale sarebbe una «*durch Privatwillkür begründete Criminalanstalt im Kleinen*», che Pacchioni traduce in «un istituto penale in piccolo, fondato sulla volontà privata». A questo passo fanno riferimento pure W.F. LINDACHER, *Phänomenologie der 'Vertragsstrafe'*, cit., 63; D. FISCHER, *Vertragsstrafe*, cit., 24, nt. 36. Per converso, l'AGBG detta un divieto assoluto della clausola penale con particolare riguardo a quattro ipotesi tipicamente indicare al § 11, n. 6: «*Nelle condizioni generali di contratto è inefficace una clausola mediante la quale viene promesso all'utilizzatore il pagamento di una penale per il caso di rifiuto o di accettazione tardiva di una prestazione, di mora nel pagamento, o per il caso in cui l'altra parte si sciogla dal contratto*». Viceversa, il codice si mostra più tollerante avuto riguardo alla liquidazione anticipata del danno, per la quale prevede comunque due condizioni di validità, rilevanti in via congiunta (§ 11, n. 5): la liquidazione è, in ogni caso, nulla se supera il danno prevedibile, valutato alla stregua di un criterio di normalità; è nulla, inoltre, se «*viene preclusa all'altra parte la possibilità di provare che un danno o una diminuzione di valore non si siano affatto verificati o siano di gran lunga inferiori alla somma forfettizzata*»<sup>499</sup>. Analogamente, il § 10, n. 7 afferma la nullità delle clausole di recesso nel caso in cui prevedano un corrispettivo o un indennizzo troppo elevato. Per alcuni significativi spunti cfr. A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., 92 -93; a seguire, l'A. accenna altresì ad alcune convenzioni internazionali riguardanti la clausola penale.

<sup>500</sup> Tra gli studi a carattere monografico e con ampio corredo di bibliografia vedasi, in particolare, W.F. LINDACHER, *Phänomenologie der 'Vertragsstrafe'*, cit. (su cui la recensione di P. SCHLECHTRIEM, 334 ss.) e D. FISCHER, *Vertragsstrafe*, cit.; in argomento, cfr. anche F. VAN LOOK, *Vereinsstrafen als Vertragsstrafen. Ein Beitrag zum inneren Vereinsrecht*, Berlin, 1990, *passim*. Su specifici profili cfr. V. BEUTHIEN, *Pauschalierter Schadensersatz und Vertragsstrafe*, in *Festschrift für K. Larenz*, München, 1973, 495 ss.; E. BOTTICHER, *Wesen und Arten der Vertragsstrafe sowie deren Kontrolle*, in *ZfA*, 1970, 3 ss.; H. HORSCHITZ, *Atypischen Vertragsstrafen*, in *NJW*, 1973, 1958 ss.; R. KNUTEL, *Verfallsvereinbarung, nachträglicher Verfall und Unmöglichkeit bei der Vertragsstrafe*, in *AcP*, n. 175 (1975), 44 ss.; P. SCHLECHTRIEM, *Richterliche Kontrolle von Schadensersatzpauschalierungen und Vertragsstrafen*, in H.G. LESER – W.F. MARSHALL VON BIEBERSTEIN (a cura di), *Das Haager Einheitsliche Kaufgesetz und das deutsche Schuldrecht*, Karlsruhe, 1973, 51 ss.; H. WEITNAUER, *Vereinsstrafe, Vertragsstrafe und Betriebsstrafe*, in *Festschrift für R. Reinhardt*, Köln, 1972, 179 ss. Con riguardo ai commentari, si consigliano principalmente A. SOLLNER, *Münchener Kommentar zum B.G.B.*, vol. II, *Schuldrecht*, zu § 339-345, München, 2007, 959 ss.; H. KADUK, *Staudinger Kommentar zum BGB*, §§ 339-345, Berlin, 1985, 168 ss. Nella manualistica, in particolare, vedi L. ENNECERUS – H. LEHMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, Tübingen, 1958, 159 ss.; J. ESSER – E. SCHIMIDT, *Schuldrecht*, vol. I, *Allgemeiner Teil*, Heidelberg-Karlsruhe, 1984, 235 ss.; K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. I, *Allgemeiner Teil*, München, 1987, 376 ss.; J. GERNHUBER, *Das Schulverhältnis*, Tübingen, 1989, 755 ss.

in linea con la tradizione del diritto comune e del diritto romano<sup>501</sup>, che considerano la clausola penale nella sua doppia funzione di stimolo all'adempimento e risarcitoria<sup>502</sup>. Con l'inadempimento del debitore, beninteso, termina la fase di stimolo, o se vogliamo di coazione, e si apre quella risarcitoria: cosicché la penale viene a configurarsi come il risarcimento minimo (*Mindestschadensersatz*) dovuto dal debitore<sup>503</sup>.

Per quel che qui interessa, va rilevato che, nell'ambito dell'acceso dibattito dottrinale sulla funzione della *Vertragsstrafe*, una parte della dottrina tedesca ha sostenuto la piena identificazione della clausola penale con la pena privata, in quanto essa rappresenterebbe lo strumento attraverso il quale si realizzerebbe la «vendetta» sul debitore e l'appagamento 'morale' del creditore<sup>504</sup>. Eppure, l'istituto sembra essere non solo funzionalmente caratterizzato dalla idoneità a realizzare uno strumento di coercizione sul debitore, ma anche determinativo di una prestazione a carattere risarcitorio<sup>505</sup>. Un risultato pratico del riconoscimento di questa duplice funzione si ricava nel campo del danno morale. Qui, la giurisprudenza tedesca sostiene costantemente che l'obbligo del risarcimento abbia una duplice funzione: da un lato, serve a reintegrare le perdite del danneggiato; dall'altro, si assicura una soddisfazione («*Genugtuung*») al danneggiato nei confronti del danneggiante<sup>506</sup>. Il

---

<sup>501</sup> Come avverte R. KNÜTEL, *Verfallsbereinigung*, cit., 47.

<sup>502</sup> Cfr. W.F. LINDACHER, *Phänomenologie der 'Vertragsstrafe'*, cit., 55 ss.; D. FISCHER, *Vertragsstrafe*, cit., 30. Da questa impostazione si è derivato che un patto caratterizzato da una funzione esclusivamente risarcitoria non debba essere considerato come clausola penale.

<sup>503</sup> D. FISCHER, *Vertragsstrafe*, cit., 31. Ne consegue che al creditore non è preclusa la possibilità di ottenere l'interezza del risarcimento qualora esso sia superiore rispetto al *quantum* pattuito di penale. Peraltro, la dottrina maggioritaria ritiene che la norma abbia natura dispositiva, ben potendo le parti convenire che la pena pattuita concorra con il risarcimento del danno (cfr. K. LARENZ *Lehrbuch des Schuldrechts*, cit., 380 testo e nt. 63; *contra* W.F. LINDACHER, *Phänomenologie der 'Vertragsstrafe'*, cit., 188 ss.). In buona sostanza, la *Vertragsstrafe* si configura come una prestazione, generalmente a carattere patrimoniale – ma il § 342 prevede espressamente il caso in cui sia promessa una prestazione diversa dal denaro –, dovuta a seguito dell'inadempimento dell'obbligazione: essa, pertanto, ha carattere eventuale ed accessorio, potendo essere richiesta solo se il rapporto principale è valido (arg. ex § 344) e se l'inadempimento è imputabile al debitore. Tale clausola, peraltro, può essere inserita sia per l'ipotesi di inadempimento totale o definitivo, sia per l'adempimento parziale o inesatto (arg. ex § 341). Infine, come detto, il BGB prevede per la penale *unverhältnismäßig hoch* al § 343 la possibilità che il giudice ne riduca l'ammontare. Al riguardo, v. i rilievi di J. GERNHUBER, *Das Schulverhältnis*, cit., 779 ss. Cfr., pure, K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, cit., 378 ss. Si tenga presente che il diritto di riduzione giudiziale è, invece, escluso a norma dei §§ 348 e 351 HGB per le penali pattuite da un imprenditore nell'ambito dell'esercizio della propria attività; ma il codice di commercio tedesco non deroga al § 340, 2 co., BGB che consente al creditore di ottenere sempre l'interezza del risarcimento del danno qualora risulti un ammontare superiore alla penale pattuita.

<sup>504</sup> In questo senso, vedi K. COSAK – H. MITTEIS, *Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts*, vol. I, *Allgemeiner Teil und Schuldrecht*, Jena, 1927, 404; carattere ancora più accentuato è dato da H. REICHEL, *Die Vertragsstrafe als Strafe*, in *öst. JBL.*, 1929, 174 ss. Su una posizione opposta si pone H. KREB, *Lehrbuch des allgemeinen Schuldrecht*, München, 1929, 355 ss. che evidenzia invece la natura essenzialmente risarcitoria della clausola penale, distinguendo concettualmente la penale vera e propria dagli accordi destinati a liquidare anticipatamente il danno, anche se il dato differenziale non emerge in modo convincente.

<sup>505</sup> Cfr. P. SCHLECHTRIEM, *Richterliche Kontrolle*, cit., *loc. cit.*, il quale effettua la sua analisi dell'istituto con un taglio comparatistico; R. BELKE, *Die Schadenspauschalierung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, in *DB*, 1969, 559 ss. e 603 ss. Per converso, attribuisce alla clausola penale esclusivamente la funzione di garantire l'esatto adempimento, negando ad essa qualsivoglia funzione risarcitoria, W.F. LINDACHER, *Phänomenologie der 'Vertragsstrafe'*, cit., *passim*.

<sup>506</sup> Si legga, in proposito, il contributo di W. GRUNSKY, *Il concetto della pena privata nel diritto del risarcimento dei danni nell'ordinamento tedesco*, in *Le pene private*, cit., 365 ss., spec. 368 ss.

che dimostra chiaramente come, in certi casi, il risarcimento non venga inteso come una mera reintegrazione dei diritti violati, ma anche come una sanzione con un certo carattere soddisfattivo. A ciò va aggiunto che, in caso di colpa grave, la giurisprudenza tedesca riconosce la necessità di una pena in veste dell'obbligo di indennizzo. Del resto, basti considerare che, se si fanno differenze tra danni causati da colpa leggera e danni causati da colpa grave, l'unica spiegazione ipotizzabile sembra essere che in caso di colpa grave si senta il bisogno di infliggere al danneggiante un tipo di pena privata o, perlomeno, si mescoli la funzione restitutoria con quella penale.

Orbene, terminata l'analisi comparatistica, occorre soffermarsi sulla funzione che assolve la clausola penale nel nostro ordinamento. La dottrina tradizionale, muovendo da una lettura dall'art. 1382 cod. civ. secondo quanto previsto dal vecchio art. 1212 del Codice Pisanelli<sup>507</sup>, assegna alla stessa una funzione prettamente risarcitoria, attribuendole il fine di compensare i danni patiti dal creditore per effetto dell'inadempimento<sup>508</sup>. In realtà, seguendo il disposto normativo, si riscontra una soluzione opposta: da un lato, il secondo comma del 1382 cod. civ. affranca dalla prova del danno subito e, conseguentemente, dal danno stesso, rendendo la clausola esigibile anche in difetto di un pregiudizio al creditore; dall'altro, il dettato di cui all'art. 1384 cod. civ. legando la valutazione della riduzione della penale all'interesse che aveva il creditore all'adempimento, dimostra l'irrilevanza del danno sofferto da quest'ultimo. A ciò si aggiunge l'ulteriore considerazione secondo la quale la funzione risarcitoria della clausola penale non potrebbe giustificare l'obbligazione derivante dalla stessa nel caso in cui fosse superiore al danno sofferto dal creditore, con conseguente nullità della stessa, in quanto comportante un ingiustificato arricchimento<sup>509</sup>. La funzione risarcitoria della clausola penale, inoltre, fondata sulla intrinseca dannosità dell'inadempimento, erroneamente non distingue, considerando inscindibili, l'interesse del creditore e il danno risarcibile. Ed infatti, un conto è l'interesse del creditore al ricevimento della prestazione, altro è il danno risarcibile, sicché alla frustrazione del primo non consegue necessariamente il secondo. Parzialmente difforme dalla funzione risarcitoria dell'istituto in esame risulta essere quella di preventiva e forfettaria determinazione del danno. In particolare, secondo tale definizione, le parti attraverso la determinazione della clausola quantificherebbero in via preventiva i danni da inadempimento della prestazione, sfuggendo così al lungo e insidioso esito del processo civile<sup>510</sup>. La clausola penale,

---

<sup>507</sup> La norma *de qua* recita testualmente: «la clausola penale è la compensazione dei danni che soffre il creditore per l'inadempimento dell'obbligazione principale».

<sup>508</sup> Cfr. A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, cit. 520; L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1964; F. GERBO, *Clausola penale e danno*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, 206; A. DONATI, *Danno non patrimoniale e solidarietà*, Padova, 2004, 208.

<sup>509</sup> G.M. PELLEGRINI, *Clausola penale, autonomia privata e poteri di controllo del giudice*, nota a Cass. 27-2-1996, n. 1541, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 801.

<sup>510</sup> in tal senso cfr. G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, *Lineamenti generali*, Milano, 1954, spec. 242; A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, cit. 520; C.M. BIANCA, *Diritto civile. V. La responsabilità*, cit., , 222.

in tal modo, oltre a soddisfare le superiori esigenze di certezza nell'esecuzione dei rapporti giuridici, opererebbe nei confronti di entrambi i paciscenti, facendo conoscere agli stessi quanto l'uno potrebbe ricevere dall'altro e quanto l'altro dovrà corrispondere in caso di inadempimento.

In verità, la superiore concezione non risulta immune da critiche in quanto, contrariamente al disposto normativo, subordina il funzionamento della clausola penale all'esistenza di un pregiudizio del creditore, fornendo al debitore la possibilità di liberarsi della clausola dimostrando la mancanza del pregiudizio stesso<sup>511</sup>.

Su altro versante rispetto alla funzione risarcitoria, si colloca la funzione sanzionatoria della clausola penale. Più nel dettaglio, larga parte della dottrina, disapprovando la teoria risarcitoria, ha conferito alla clausola in esame una funzione prettamente coercitiva, intendendola come rafforzativa del vincolo contrattuale<sup>512</sup>. In tale ottica, la clausola penale viene intesa come forma di assicurazione del rischio di inadempimento della prestazione, qualificando il debitore quale garante del proprio adempimento e ritenendo l'assunzione del rischio compensata dall'aumento dei costi per il creditore<sup>513</sup>. Secondo tale accezione esclusivamente punitiva, la clausola penale si coordinerebbe perfettamente con il potere del giudice di ridurre la stessa, così come previsto dall'art. 1384 cod. civ., inteso quale forma di controllo dell'ordinamento sugli atti di autonomia negoziale<sup>514</sup>. Tale potere, infatti, risulta essere a presidio dell'adeguatezza della sanzione di natura negoziale, con lo scopo di garantire il corretto esercizio della potestà punitiva privata<sup>515</sup>. In altri termini, il potere d'ufficio del giudice di riduzione della clausola penale, anche in difetto di un'istanza di parte, risulta essere funzionale per l'adeguatezza e proporzionalità della

---

<sup>511</sup> A. MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984, 11.

<sup>512</sup> In tal senso, A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., 163.

<sup>513</sup> U. MATTEI, *Analisi economica e comparata delle clausole penali nel diritto dei contratti*, in *Riv. crit. Dir. priv.*, 1996, 603; R. PARDOLESI, *Tutela specifica e tutela per equivalente nella prospettiva dell'analisi economica del diritto*, Napoli, 1989, 522.

<sup>514</sup> E. MOSCATI, *Pena privata e autonomia privata*, cit., 785.

<sup>515</sup> Sul punto, le Sezioni unite hanno affermato che «il potere di riduzione ad equità, attribuito al giudice dall'art. 1384 c.c. a tutela dell'interesse generale dell'ordinamento, può essere esercitato d'ufficio per ricondurre l'autonomia contrattuale nei limiti in cui essa appare meritevole di tutela, e ciò sia con riferimento alla penale manifestamente eccessiva, sia con riferimento all'ipotesi in cui la riduzione avvenga perché l'obbligazione principale è stata in parte eseguita, giacché in quest'ultimo caso la mancata previsione da parte dei contraenti di una riduzione della penale in caso di adempimento di parte dell'obbligazione si traduce comunque in una eccessività della penale se rapportata alla sola parte rimasta inadempita. [...] Non è privo di significato il fatto che la giurisprudenza, pur affermando la tesi della necessità della domanda o eccezione della parte al fine di sollecitare il potere di riduzione affidato al giudice, non ha potuto tuttavia non riconoscere (come del resto la quasi unanime dottrina) la natura inderogabile della disposizione di cui all'art. 1384 cod. civ., attribuita al giudice del potere di ridurre la penale, riconoscendo che essa è posta principalmente a salvaguardia dell'interesse generale, per impedire sconfinamenti oltre determinati limiti di equilibrio contrattuale. (v. in tal senso Cass. 4 febbraio 1960 n. 163 e successivamente, in modo conforme circa la natura inderogabile della norma, Cass. sez. un. 5 dicembre 1977 n. 5261; Cass. 7 agosto 1992 n. 9366; Cass. 29 marzo 1996 n. 2909; Cass. 5 novembre 2002 n. 15497 - queste ultime tre in motivazione), in tale modo riconoscendo l'esistenza dei presupposti per un intervento officioso del giudice, non tanto per la tutela di interessi individuali, ma piuttosto per una funzione correttiva di riequilibrio contrattuale (se si vuole privilegiare la tesi della natura risarcitoria della penale) ovvero di adeguatezza della sanzione (se si vuole privilegiare la tesi della funzione sanzionatoria)». Per un approfondimento della problematica si veda Cass., S.U., 13.9.2005, n. 18128, in *Obbl. e contr.*, 2006, 415 ss., con nota di V. PESCATORE, *Riduzione d'ufficio della penale e ordine pubblico economico*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, 728.



sanzione, intesi quale forma di equo contemperamento di interessi contrapposti, ed espressione del dovere costituzionale di solidarietà nei rapporti intersoggettivi.

Avverso la funzione unicamente punitiva della clausola è stato obiettato che la stessa lederebbe il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. tramite una previsione negoziale di natura sanzionatoria, la quale comporterebbe un sorta di abuso di potere di una parte sull'altra<sup>516</sup>. Per vero, tale assunto non tiene conto della natura bilaterale della clausola in esame, liberamente negoziata ed accettata dalle parti non imposta unilateralmente dal creditore o dal debitore. Ad ogni modo, un elemento certamente insuperabile è infatti quello del carattere alternativo della sanzione penale rispetto a quella risarcitoria di cui all'art. 1382 cod. civ.. Ed infatti, la disposizione anzidetta che in rubrica si riferisce proprio agli «effetti della clausola penale», incide direttamente sulla configurazione strutturale e funzionale della stessa clausola. Più nel dettaglio, all'interno di una struttura dichiaratamente convenzionale, sono presenti due dati fondamentali: il primo relativo al contenuto della clausola, consistente nella previsione di una obbligazione «penale» a carico del debitore; il secondo concernente il rapporto tra le vicende dell'obbligazione principale e l'efficacia della penale. La disposizione in commento, nel sancire l'effetto limitativo del risarcimento alla prestazione accordata, tratteggia quello che è il rapporto intercorrente tra l'obbligazione penale e quella risarcitoria; sicché entrambe le prestazioni appaiono collegate da un nesso di alternatività: la pattuizione di una clausola penale esclude, in modo inderogabile, la possibilità di ottenere il risarcimento dei danni provocati da inadempimento o da ritardo<sup>517</sup>. In tale ottica, la limitazione del risarcimento e l'alternatività caratterizzante la relazione tra la sanzione penale e quella risarcitoria tendono ad evitare un ingiusto aggravamento della posizione del debitore. Per tale ragione, posto che è ridicibile la penale eccessiva, appare iniquo e vessatorio il cumulo di due rimedi diversi, riconoscendo all'autonomia privata solo la scelta della sanzione più idonea a reprimere in concreto l'illecito e a rafforzare, indirettamente, il vincolo obbligatorio<sup>518</sup>. La clausola penale rappresenta, quindi, un rimedio idoneo a garantire una giusta misura risarcitoria nei limiti in cui l'obbligazione penale riesce a colmare del tutto o in parte i danni derivanti dall'inadempimento, ed, al contempo, una giusta eccedenza sanzionatoria, la cui giustificazione normativa è da ricondurre al meccanismo della riducibilità<sup>519</sup>. La funzione punitiva risulta, quindi, centrale nel modello pattizio della clausola penale, ma non ne costituisce l'effetto esclusivo. È evidente come tale funzione sia congenita a tale istituto, ma, al tempo stesso, non ne determina la validità se le parti ne orientino il risultato ad una ragione di sostanziale ristoro dei danni patrimoniali prevedibili, magari facendo salva la risarcibilità dei danni ulteriori; sicché appare

---

<sup>516</sup> F. GERBO, *Clausola penale e danno*, cit., 212.

<sup>517</sup> Cfr. E. GABRIELLI, *Clausola penale e sanzioni private nell'autonomia contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, 928; A. MARINI, *Clausola penale*, cit., 5; A. GIOVATI, *Divieto di cumulo tra azione di adempimento e penale*, in *Contratti*, 1993, 663 s., 665.

<sup>518</sup> A. MARININI, *La clausola penale*, cit., 163 s.

<sup>519</sup> Cfr. S. D'AVINO, *Clausola penale: profilo strutturale e operativo*, in *Vita notarile*, 2/1997, 1047.

evidente che le due finalità suesposte si atteggiavano in maniera differente a seconda della volontà delle parti, conferendo, a seconda dei casi, alla clausola penale un effetto più o meno intensamente afflittivo, o più o meno intensamente satisfattivo<sup>520</sup>. La funzione sanzionatoria della clausola in esame, dunque, colloca la stessa entro un sistema di sanzioni concrete realizzabili dalle parti e governate da una disciplina in parte imperativa ed in parte dispositiva. In tal modo, la funzione penale potrà essere intesa in una duplice accezione: sia in senso risarcitorio, sia in senso meramente afflittivo, in relazione così al comune interesse delle parti, come alla natura delle obbligazioni sostenute.

In definitiva, la clausola penale costituisce diretta espressione di un modello sanzionatorio in grado di cambiare in relazione alle diverse vicende del rapporto obbligatorio principale, nel quale si realizza la sintesi del giusto equilibrio tra autonomia contrattuale e controllo ordinamentale. In altri termini, la clausola penale costituisce un accordo sanzionatorio volto a preservare gli interessi del creditore, attraverso la previsione convenzionale di un rimedio punitivo in caso di inadempimento del debitore<sup>521</sup>. In tale prospettiva, la clausola in esame assurge a rimedio sanzionatorio normativamente disciplinato, mutuando la sua cogenza dalla volontà dei privati, i quali sono liberi di determinarne il contenuto più confacente al perseguimento dei propri interessi.

##### 5. – *Il modello dell'astreinte*

Nei paragrafi precedenti è stata illustrata l'elasticità del modello della clausola penale in cui i privati, nei limiti posti dall'ordinamento, possono liberamente delineare le modalità sanzionatorie più convenienti al perseguimento dei propri interessi. In tale ottica, viene in rilievo lo schema dell'*astreinte*, già particolarmente diffuso nella contrattualistica europea ed internazionale<sup>522</sup>. Si tratta di una clausola, analoga a quella penale, che prevede il pagamento di una somma di denaro, di ammontare fisso o progressivo, per ogni giorno di ritardo nell'ottemperare ad un comando del giudice<sup>523</sup>. Più nel dettaglio, l'*astreinte* prevede una condanna pecuniaria accessoria ed eventuale, determinata per ogni giorno di ritardo, che si cumula alla condanna principale nel caso in cui essa non sia eseguita entro il termine prescritto dal giudice, tesa ad ottenere quindi dal debitore l'esecuzione in natura di

---

<sup>520</sup> A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., 167.

<sup>521</sup> M.G. BARATELLA, *Le pene private*, cit., 39.

<sup>522</sup> Più in particolare, le *astreintes* trovano applicazione in Francia in materia di responsabilità contrattuale, nel diritto di famiglia, nonché in quello industriale e fallimentare. Inoltre le *astreintes* sono state introdotte, seppure con alcune variazioni, anche nei Paesi in Belgio, Olanda e Lussemburgo.

<sup>523</sup> Cfr. E. MOSCATI, *Fonti legali e fonti «Private» delle obbligazioni*, cit., 382.

una obbligazione che presuppone un suo *facere* o non *facere*, attraverso la minaccia di un aumento progressivo del suo debito<sup>524</sup>.

L'istituto di matrice francese è stato 'creato' dalla *Cour de Cassation* al fine di prevedere una condanna accessoria e strumentale rispetto all'esecuzione di una condanna principale, il cui ammontare viene determinato dal giudice in maniera discrezionale anche in misura superiore rispetto al reale danno subito dalla parte vittoriosa nel processo<sup>525</sup>. È opportuno evidenziare che l'*astreinte* è uno strumento di costrizione da tenere in maniera distinta dal risarcimento del danno, in quanto è uno strumento che garantisce l'esecuzione della condanna, non avendo come fine la compensazione del danno scaturito dal ritardo nell'adempimento; lo stesso inoltre viene liquidato in base alla gravità della colpa del debitore inadempiente e alle sue possibilità patrimoniali<sup>526</sup>. Sulla base di tali considerazioni è possibile poter attribuire allo schema delle *astreintes* una funzione punitiva, finalizzata a disincentivare ogni condotta contraria al precetto giudiziale attraverso la prospettazione di una sanzione ulteriore rispetto allo stesso risarcimento previsto del provvedimento giurisdizionale. Le *astreintes*, infatti, non costituiscono una forma riparatoria del danno, che ricadrebbe nel campo della funzione risarcitoria, ma realizzano una funzione sanzionatoria per la mancata ottemperanza spontanea all'ordine giudiziale, e di coercizione indiretta affinché quella prestazione venga effettivamente adempiuta.

Volgendo ora lo sguardo al nostro ordinamento occorre domandarsi se siano ammissibili talune fattispecie riconducibili al modello di cui all'istituto in esame. Preliminarmente, occorre rimarcare che il nostro ordinamento è sprovvisto di una disciplina generale in materia di penali per la violazione di provvedimenti giudiziali, nonostante non siano mancate, in passato, proposte legislative in tal senso<sup>527</sup>.

La più significativa fattispecie assimilabile al modello di *astreinte* è probabilmente quella prevista dal nuovo art. 614-*bis* del cod. proc. civ., introdotto

---

<sup>524</sup> In argomento A. DONDI, *L'astreinte endoprocedurale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1981, 524; A. FRIGNANI, *La penalità di mora e le astreintes nei diritti che si ispirano al modello francese*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, 506.

<sup>525</sup> Per un approfondimento in ordine al diritto francese v. A. ESMEIN, *L'origine ed la logique de la jurisprudence en matier d'astreinte*, in *Rev. Trim. droit civ.*, 1903, 5; F. CHABAS, *Astreinte*, in *Encyclopédie Juridique Dalloz*, cit., 150 ss.; J. BORÈ, voce *Astreinte*, in *Encyclopédie Juridique Dalloz*, civil, II, 1996, 2 ss.; ID., *La collaboration du juge et du législateur dans l'astreinte judiciaire*, in *Aspects nouveaux de la pensée juridique: recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, cit., 273 ss.; L. BORK, *La liquidation del l'astreinte comminatoire*, in *Recueil Dalloz Sivey*, 1966, *Chronique*, 159 ss.

<sup>526</sup> L'ordinamento francese distingue le *astreintes* provvisorie (*comminatoire*) qualora l'importo dovuto possa essere modificato successivamente dal giudice che le ha emesse, e l'*astreintes* definitive, che costituiscono una condanna al pagamento di una somma già determinata in via definitiva all'atto della pronuncia giudiziale. La funzione punitiva dell'*astreinte* risulta essere accentuata con l'art.6 della legge 72-626 del 6 luglio 1972, a tenore della quale appare evidente la netta separazione dai *dommages-intérêts* (sul punto cfr. A. TUNC, *La pena privata nel diritto francese*, in *Le pene private*, cit., 349.).

<sup>527</sup> A tal riguardo, occorre fare riferimento ai progetti di riforma del processo civile del 1975 e del 1981, approvato dal Consiglio dei Ministri nella seduta dell'8 maggio, in cui vi era traccia dell'*astreinte* endoprocedimentale, sebbene tale riferimento concerna la destinazione delle penalità all'avente diritto alla prestazione di fare o non fare rimasta inadempita (cfr. A. FRIGNANI, *La penalità di mora e le astreintes nei diritti che si ispirano al modello francese*, in *riv. dir. civ.*, 1981, 673). Inoltre occorre menzionare il Progetto Liebman sul processo civile di cognizione in cui figura l'art. 223, sulle penalità di mora giudiziali (per un approfondimento v. A. DONDI, *L'astreinte endoprocedurale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1981, 545).

dalla novella legislativa n. 69 del 18 giugno del 2009<sup>528</sup>. La norma de *qua* inserisce all'interno del processo esecutivo uno strumento di coercizione indiretta per l'adempimento degli obblighi di fare infungibili o di non fare, rafforzando l'effettività della tutela giurisdizionale di cui all'art. 24 Cost.. Più nel dettaglio, la norma in commento, rubricata "*attuazione degli obblighi di fare infungibile e di non fare*", demanda al giudice il potere di fissare, su istanza di parte e salvo che lo ritenga manifestamente iniquo, la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni sua violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento di condanna ad un obbligo di fare infungibile o di non fare<sup>529</sup>.

Appare evidente come la disciplina di cui all'art. 614-*bis* c.p.c. presenti notevoli affinità con le *astreintes* francesi, in quanto la somma dovuta dalla parte soccombente che risulti inadempiente all'ordine del giudice è finalizzata proprio a rafforzare la cogenza dello stesso, e ciò a prescindere dall'entità del pregiudizio sofferto dal creditore. In tal senso, l'ultimo comma della norma in commento, prevede che il giudice possa determinare l'ammontare della somma tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile. In sede di determinazione della somma dovuta, quindi, il danno quantificato e prevedibile rappresenta solo una delle variabili che il giudice deve considerare ai fini del calcolo della sanzione, sicché la norma introduce una sanzione di natura anche punitiva, ovvero in tutti quei casi in cui il ritardo nell'adempimento non procuri alcun danno nella sfera del creditore.

Altra fattispecie presente nel codice di procedura civile che si accomuna all'*astreinte* si può rinvenire nell'art. art. 96, comma 3 c.p.c.. Tratto caratteristico di tale disposizione va colto nella sua spiccata funzione sanzionatoria, diretta a scoraggiare l'abuso del processo e a colpire iniziative processuali strumentali e pretestuose<sup>530</sup>. Tale caratteristica può essere rinvenuta da alcuni dati presenti nella disposizione in esame quali la natura officiosa della pronuncia giudiziale, la mancata previsione dell'onere di allegazione e di prova del danno, oltre che l'assenza di qualunque riferimento all'elemento soggettivo o ad indici di cui dovrebbe tenere conto il giudice sia in merito all'*an* che al *quantum* della condanna, i quali peraltro non figurano nei commi precedenti.

---

<sup>528</sup> In argomento v. S. MAZZAMUTO, *La comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. ed il concetto di infungibilità processuale*, in *Eur e dir. priv.*, 2009, 947; ID., *L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. nella giurisprudenza di merito*, in *Giur. it.*, 2010, 3; C. CONSOLO, *Una buona novella al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360 bis e 614 bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, in *Corr. giur.*, 2009, 740; E. MERLIN, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella l. 69/2009*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1546; F. DE STEFANO, *Note a prima lettura della riforma del 2009 delle norme sul processo esecutivo ed in particolare dell'art. 614 bis c.p.c.*, in *Esecuz. forzata*, 2009, 4.

<sup>529</sup> Sull'esempio dell'*astreint* prevista all'art. 614 bis c.p.c. per il processo civile, con riguardo alle sentenze aventi per oggetto obblighi di fare infungibile o di non fare, anche l'art. 114, comma 4, lettera e) del codice del processo amministrativo ha introdotto, un istituto del tutto simile, attraverso il quale si induce la p.a., nel giudizio di ottemperanza, ad adempiere all'obbligazione sancita a suo carico dall'ordine del giudice.

<sup>530</sup> Cfr. F.D. BUSNELLI, *L'enigmatico ultimo comma dell'art. 96 c.p.c.: responsabilità aggravata o "condanna punitiva"?*, in *Danno e resp.*, 2012, 585 ss.; T. DALLA MASSARA, *Terzo comma dell'art. 96 c.p.c.: quando, quanto e perché?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 55 ss.

In realtà, la giurisprudenza ritiene che, sebbene il rimedio contemplato al terzo comma dell'art. 96 non sia prettamente riparatorio, non si possa per tale motivo qualificare automaticamente come un rimedio punitivo, sibbene dovrebbe essere qualificato *recte* come un pena privata, per la mancanza di una necessaria corrispondenza tra il vantaggio pecuniario conseguito dal soggetto leso e il danno effettivamente patito<sup>531</sup>.

Ulteriore fattispecie che viene in rilievo per il tema che ci occupa è l'art. 709-ter c.p.c, a tenore del quale, avanti all'inottemperanza ai doveri di ordine familiare, il giudice può applicare per il genitore inottemperante, oltre all'ammonimento ed al risarcimento dei danni, anche una sanzione pecuniaria la quale costituisce una misura coercitiva indiretta, secondo lo schema delle *astreintes*<sup>532</sup>. Più nel dettaglio, la disposizione anzidetta introduce una serie di progressive misure coercitive volte a garantire l'osservanza di quei provvedimenti giudiziali che, avendo ad oggetto, per lo più, comportamenti infungibili non sono suscettibili di esecuzione forzata in forma specifica<sup>533</sup>.

Secondo tale assunto, scopo principale della norma in esame sarebbe quello di punire le condotte illecite, garantendo l'attuazione del provvedimento giudiziale indipendentemente dal prodursi di qualsivoglia conseguenza pregiudizievole in capo al minore o all'altro coniuge; inoltre, qualora si propendesse per una lettura in senso risarcitorio della norma, l'intero procedimento ex art. 709-ter c.p.c. risulterebbe notevolmente appesantito, dovendosi accertare l'esistenza e l'ammontare di un danno difficile da dimostrare<sup>534</sup>.

La misura in parola proprio per la riconosciuta natura sanzionatoria e non riparatoria potrà essere liquidata dal giudice per effetto del semplice inadempimento del coniuge obbligato e senza che la controparte sia tenuta a dimostrare l'integrazione di un effettivo danno, rafforzando la cogenza delle statuizioni giudiziali per mezzo della minaccia di una sanzione ulteriore in capo al soccombente, comminabile in caso di suo successivo inadempimento. In tal senso, l'art. 709-ter, secondo comma, al punto 4) parla espressamente di "*condannare il genitore inadempiente al pagamento di una sanzione*", dimostrando, dunque, la volontà di configurare tale tipo di misura come una vera e propria *astreint*, con l'unica particolarità che la somma liquidata a tale titolo non andrà a beneficio del minore o

---

<sup>531</sup> Cfr. Trib. Bari 28.4.2011, in *Foro it.*, 2011, I, 2171; Trib. Varese 30.10.2009, in *Nuova giur. civ.*, 2010, 488; Cass. 30.7.2010 n. 17902, in *Foro it.*, 2011, I, 3134.

<sup>532</sup> In argomento v. F. DANOVI, *Le misure sanzionatorie a tutela dell'affidamento (art. 709 ter c.p.c.)*, in *Riv. Dir. proc.* 2008, 603; I. ZINGALES, *Misure sanzionatorie e processo civile: osservazioni a margine dell'art 709 ter c.p.c.*, in *Il dir. famiglia*, 2009, 404.

<sup>533</sup> Legge n. 54 del 2006, che ha portato all'introduzione dell'art. 709 ter c.p.c., ha accolto quell'indirizzo di pensiero secondo cui le misure coercitive trovano il loro naturale campo di applicazione per l'adempimento di quegli obblighi di natura infungibile che si collocano all'interno dei doveri familiari, il cui inadempimento difficilmente potrebbe essere adeguatamente compensato da un risarcimento monetario per equivalente.

<sup>534</sup> In tal senso, A. GRAZIOSI, *I profili processuali della L.n. 54 del 2006 sul c.d. affidamento condiviso dei figli*, in *Diritto di Famiglia*, 2006, 1856. *Contra* F. DANOVI, *Le misure sanzionatorie a tutela dell'affidamento (art. 709 ter c.p.c.)*, cit., 605, secondo il quale la norma avrebbe funzione risarcitoria, avendo le stessa una portata innovativa ridotta, in quanto si limiterebbe a recepire l'ingresso della tutela risarcitoria all'interno del diritto di famiglia.

dell'altro coniuge, ma della Cassa delle ammende. In tale prospettiva, l'istituto in esame tutela un interesse pubblicistico che si sostanzia sia nel rispetto della pronuncia giudiziale, oltre all'esigenza di assicurare l'adempimento di obbligazioni che sono poste a tutela di precisi interessi generali della collettività.

Meritano particolare attenzione in materia consumeristica anche gli artt. 27 e 140, settimo comma, del Codice del consumo (decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206). La prima attribuisce all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato la competenza ad emanare provvedimenti d'urgenza ed inibitori alla continuazione di pratiche commerciali scorrette ed alla eliminazione dei loro effetti, individuandone contestualmente le conseguenze dell'eventuale loro inottemperanza, nel senso di prevedere, oltre ad una sanzione amministrativa pecuniaria che sostituisce la sanzione penale precedentemente prevista, anche e soprattutto, una “*pena per l'inosservanza ed il mancato rispetto degli impegni*”. Si tratta di una misura in funzione evidentemente, oltre che sanzionatoria, anche coercitiva.

Di altro spessore è senz'altro l'art. 140, settimo comma, che dispone una misura coercitiva di portata generale prevista in funzione dell'ottemperanza alle sentenze inibitorie in senso ampio, e che ordina obblighi di cessazione di comportamenti illegittimi o di astensione caratterizzati dall'infungibilità<sup>535</sup>.

Oggi l'azione inibitoria di cui all'art. 140 suddetto è certamente uno strumento di tutela preventiva che accorda alle associazioni di categoria iscritte nell'elenco di cui all'art. 137 cod. cons. la legittimazione ad esperire un'azione al fine di inibire gli atti e comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori e degli utenti. L'inibitoria esplica pertanto un'attitudine sia repressiva e sia preventiva, in quanto, in primo luogo, reagisce contro la lesività attuale di una condotta lesiva del diritto dei consumatori, e, contestualmente, mira per il futuro a prevenirne la continuazione o la reiterazione<sup>536</sup>.

Nell'ambito del rimedio inibitorio collettivo della categoria dei consumatori, il 7° comma prevede, in particolare, la possibilità di applicare la condanna al pagamento di una somma di danaro per ogni inadempimento o giorno di ritardo nell'inadempimento. In tale ottica, l'art. 140 cod. cons., reintegra l'interesse sostanziale violato garantendo l'esercizio del diritto stesso, prevedendo altresì l'applicazione di un *astreinte* che vada a rafforzare l'incisività dell'ordine impartito.

---

<sup>535</sup> In particolare, la norma prevede che “*con il provvedimento che definisce il giudizio il giudice fissa un termine per l'adempimento degli obblighi stabiliti e, anche su domanda della parte che ha agito in giudizio, dispone, in caso di inadempimento, il pagamento di una somma di danaro da 516 euro a 1.032 euro, per ogni inadempimento ovvero giorno di ritardo rapportati alla gravità del fatto*”.

<sup>536</sup> Sul tema cfr. A. MOTTO, *L'azione di classe dell'art.140 bis c. cons.*, in *NLCC* 6/2010; A. BELLELLI, *Dall'azione inibitoria all'azione collettiva risarcitoria*, in *NGCC* 2009; A. CALMIERI, *La class action da danno finanziario*, in *Danno e resp.* 4/2009, 377 ss; G. ALPA, *L'art.140 bis del codice del consumo nella prospettiva del diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc.civ.*, 2, 2010; V. VIGORITI, *L'azione risarcitoria di classe: sollecitazioni europee, resistenze italiane*, in *Contr. impr. Europa*, 2, 2009; F. SCAGLIONE, *Azione di classe e nuove forme risarcitorie*, in *Riv. dir. priv.* 4/2010; F.R. FANTETTI, *La “nuova” class action*, in *La resp.civ.* 12, 2009; S. CHIARLONI, *Il nuovo art.140 bis del codice del consumo: azione di classe o azione collettiva?*, in *AGE*, 2008.

Infine, deve menzionarsi l'art. 11, comma 3, del d.lgs. n. 28 del 2010 in materia di procedimento di mediazione, secondo il quale l'accordo raggiunto dalle parti in sede del procedimento in esame, anche a seguito della proposta formulata dal mediatore, può prevedere il pagamento di una somma di denaro per ogni violazione o inosservanza degli obblighi stabiliti ovvero per il ritardo nel loro adempimento. A tal proposito, la disposizione in esame evocherebbe chiaramente le misure coercitive di cui al nuovo art. 614-*bis* c.p.c., il che consentirebbe di riconoscere funzione sanzionatoria alla misura prevista nella norma in commento, trattandosi di una vera e propria *astreinte*<sup>537</sup>.

In tale ottica, una questione rilevante concerne se il verbale di accordo omologato contenente un obbligo di pagamento di una *astreinte* possa o meno avere efficacia esecutiva. La dottrina generalmente risponde in senso negativo: sebbene la mediazione segna certamente un passaggio di primaria importanza verso il recupero di spazio all'autonomia privata nella gestione dei conflitti, il solo consenso e la negoziazione paritaria, non potrebbero comunque conferire all'accordo anche un'efficacia esecutiva, che può promanare solo da un provvedimento di natura giurisdizionale<sup>538</sup>. Ad ogni modo, sembra comunque non contestabile la funzione sanzionatorio-deterrente della disposizione in esame, finalizzata ad estendere il regime di tutela approntato dall'art. 614-*bis* c.p.c. all'interno della mediazione civile.

Conclusivamente, le *astreintes* costituiscono una condanna punitiva a carattere eccezionale, prevedendo un danno implicito in re *ipsa*, rescindendo della prova in concreto della sua verifica. Proprio perché misure a carattere sanzionatorio, nelle *astreintes* il danno viene semplicemente ricollegato alle inadempienze dell'obligato all'ordine del giudice, senza che debbano essere provati o allegati sufficienti indici per rilevare un pregiudizio effettivo subito dalla controparte ed il rapporto eziologico tra questo e la condotta dell'inadempiente. Venendo ad assumere la natura di pena privata giudiziale ed avendo carattere prettamente sanzionatorio, le *astreintes* costituiscono, pertanto, delle eccezioni, che dovranno essere demandate all'espressa previsione di legge. Risulta evidente, allora, come l'ammissibilità di una tale fattispecie, in quanto ipotesi eccezionale non apparentemente suscettibile di applicazione analogica, rimanga circoscritta nel nostro ordinamento dalla necessità di un'esplicita previsione legislativa.

## 6. – *La frontiera del danno punitivo*

La riflessione in ordine ai profili sanzionatori della responsabilità civile non può concludersi senza l'osservazione dei c.d. danni punitivi, la quale, beninteso, non può

---

<sup>537</sup> Cfr. I. PAGNI, *Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali: risoluzione negoziale delle liti e tutela giudiziale dei diritti*, in *Soc.*, 2010, 619; A. PROTO PISANI, *Appunti sulla mediazione e conciliazione*, in *Foro it.*, 2010, V, 142. *Contra* M. FABIANI, *Profili critici del rapporto tra mediazione e processo*, in *Soc.*, 2010, 1142

<sup>538</sup> A. PROTO PISANI, *Appunti sulla mediazione e conciliazione*, cit., 143.

prescindere, a sua volta, dall'analisi di quei sistemi in cui, da lungo tempo, trovano larga applicazione le sanzioni civili punitive. A tal fine, è opportuno esaminare i *punitive damages*, tipici dei sistemi di *common law* e, in particolare, del sistema giuridico americano, in quanto, ormai, la loro rilevanza in quello inglese è stata praticamente esclusa da una serie di decisioni della *House of Lords* che li hanno limitati a fattispecie estremamente circoscritte<sup>539</sup>.

Negli ordinamenti di lingua inglese il ricorso alla pena privata consente, infatti, di giustificare l'introduzione di un obbligo, ulteriore al risarcimento del danno, proprio attraverso il meccanismo dei danni punitivi<sup>540</sup>. Il fascinioso fenomeno giuridico dei *punitive damages*, tra l'altro, ha di recente attirato l'attenzione del legislatore cinese. Ed infatti, la nuova legge in materia di responsabilità civile, adottata dal legislatore cinese nel dicembre del 2009 ed entrata in vigore il 1 luglio 2010, non soltanto dichiara tra i suoi scopi la punizione e la prevenzione degli illeciti ma, all'art. 47, introduce il rimedio del danno punitivo nel contesto della responsabilità da prodotti<sup>541</sup>.

In generale, si può dire che i *punitive damages* sono una misura sanzionatoria di carattere pecuniario, sorta in Inghilterra verso la fine del XVIII secolo<sup>542</sup>, concessa a

---

<sup>539</sup> I contributi dottrinali stranieri in materia di danni punitivi sono copiosi. Si vedano, in particolare: C. MORRIS, *Punitive damages in tort cases*, 44 *Harv. L. Rev.* 1173 (1931); C. T. MC CORMICK, *On the law of damages*, St. Paul, Minnesota, 1935; D. OWEN, *Punitive damages in products liability litigation*, 74 *Mich. L. Rev.* 1257 (1976); V.P. BOROWSKY, *punitive damages in California*, 17 *U.F.F.L. Rev.* 147 (1983); M. E. WHEELER, *The constitutional case for reforming punitive damages*, 69 *Va. L. rev.* 269 (1983); R. AUSNESS, *Retribution and deterrence: the role of punitive damages*, 74 *Kentucky Law Journal* 1 (1986); J.C. JEFFRIES, *A comment on the constitutionality of the punitive damages*, 72 *Virg. L. Rev.* 139 (1986); J.K. IVEY, *Punitive damages in mass product liability cases: hope for reform?*, 6 *Rev. Litg.* 69 (1987); D. HARRIS, *Remedies in contract and tort*, London, 1988; G. PRIEST, *Insurability and punitive damages*, 40 *Alabama L. Rev.* 1009 (1989); C. MORRIS, *Theory of punitive damages*, in 44 *Harv. L. Rev.* 1173 (1998); J. EDELMAN, *Gain-based damages. Contract, tort, equity and intellectual property*, Oxford e a., 2002, 5 ss.; S. BARKER, *Punitive damages for breach of contracts*, 6 *US Law Review and Journal* 1822 (2003); A. BEEVER *The structure of aggravated and exemplary damages*, 23 *Oxford Journal of Legal Studies* 87 (2003); A. J. SEBOK, *Introduction: What does it mean to say that a remedy punishes?*, in *Symposium: Private law, punishment, and disgorgement*, 78 *Chi.-Kent. L. Rev.* 3 (2003); A. KULL, *Restitution's outlaws*, *ibid.*, 18; A.S. EDLIN – A. SCHWARTZ, *Optimal penalties in contracts*, *ibid.*, 33; E.J. WEINRIB, *Punishment and disgorgement as contract remedies*, *ibid.*, 55; V. BEHR, *Punitive damages in American and German law - tendencies towards approximation of apparently irreconcilable concepts*, *ibid.*, 109; S.W. WALER, *The incoherence of punishment in antitrust*, *ibid.*, 207; e M.H. OGILVIE, *After Whiten: Punitive damages for breach contract in Canada*, [2004] *J. B. L.* 549; A.B. KLASS, *Punitive damages and valuing harm*, disponibile sul sito [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com). Per un approccio giureeconomico ai *punitive damages* v., per tutti, S. SHAVELL, *Economic analysis of accident law*, Cambridge, 1987; T.C. GALLIGAN, *Augmented awards: the efficient evolution of punitive damages*, 51 *Louisiana L. Rev.* 3 (1990); A.M. POLINSKY – S. SHAVELL, *Punitive damages: an economic analysis*, 111 *Harv. L. Rev.* 86 (1998); R.C. CRASWELL, *Deterrence and damages: the multiplier principle and its alternatives*, 97 *Michigan Law Review* 2183 (1999).

<sup>540</sup> A tal riguardo, cfr. P. CENDON, *Pena privata e diffamazione*, cit., 153.

<sup>541</sup> Sul punto, v. L.E. ASCHER, *Punitive damages under the new chinese tort liability law*, *China European Law Journal*, 2013, 185 ss.

<sup>542</sup> Il primo caso riportato di *punitive damages* è *Huckle v. Money* (1763), 95 *Eng. Rep.*, 768. La citazione è ricavata da V. ZENO-ZENCOVICH, *Pena privata e punitive damages nei recenti orientamenti dottrinali americani*, in *Le pene private*, cit., 375. Nella fattispecie, vennero liquidati i danni punitivi a favore del presunto tipografo di un giornale, illegittimamente trattenuto in carcere per circa sei ore e destinatario di una illegale perquisizione presso la sua abitazione, in quanto «entrare nella casa di una persona con un mandato in bianco al



seguito di una condotta socialmente riprovevole<sup>543</sup> (evidenziata dal dolo o dalla particolare negligenza del soggetto attivo), volta ad affliggere il trasgressore, inducendolo a non commettere atti simili<sup>544</sup>. A ben vedere, si tratta di una forma di “risarcimento punitivo” che va ad aggiungersi al risarcimento liquidato a titolo compensativo. In tal senso, ben si comprende l’affermazione secondo cui i *punitive damages* costituiscono una forma di “*civil fine*”, cioè di sanzione punitiva civile, nel senso di pena amministrata nell’ambito di un’azione civile<sup>545</sup>, ma che è volta a servire l’interesse della società, consistente nella punizione del convenuto per il proprio comportamento antisociale e nella realizzazione di obiettivi di deterrenza speciale o generale. Sulla base di una tale ricostruzione, la circostanza che a beneficiare del risarcimento sia l’attore è una semplice conseguenza di carattere incidentale rispetto allo scopo principale del rimedio punitivo e diviene, al contempo, incentivo alla persecuzione su base privata dei comportamenti socialmente indesiderati<sup>546</sup>.

---

*fine di assicurare delle prove, è cosa peggiore dell’inquisizione spagnola; ... si è trattato di una flagrante violazione della libertà personale»* (cfr. M.G. BARATELLA, *Le pene private*, cit., 202).

<sup>543</sup> Cfr., al riguardo, D. OWEN, *The moral foundations of punitive damages*, in *Alabama Law Review*, 1989, 705; D.D. ELLIS, *Fairness and efficiency in the law of punitive damages*, in *S. Cal. L. Rev.*, 1982-1983, 2; B. CHAPMAN – M. TREBILCOCK, *Punitive damages: divergence in search of a rationale*, in *Alabama Law Review*, 1989, 742.

<sup>544</sup> Invero, somme di danaro con funzione sanzionatoria erano già note al sistema anglosassone *sub specie* di *multiple damages*, previsti da una legge del 1275 contro i responsabili del c.d. *tort di trespass* (da intendersi quale illecito da sconfinamento). Al riguardo, v. G.T. WASHINGTON, *Damages in contract at Common Law*, in 47 (1931) *Law Quarterly Review*, 345; G. PONZANELLI, *I punitive damages nell’esperienza nordamericana*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, spec. 436. Cfr., inoltre, la definizione offerta dal § 908 del *Restatement (Second) of Torts* a mente del quale:

«(1) *Punitive damages are damages, other than compensatory or nominal damages, awarded against a person to punish him for his outrageous conduct and to deter him and others like him from similar conduct in the future.*

(2) *Punitive damages may be awarded for conduct that is for conduct that is outrageous, because of the defendant’s evil motive or his reckless indifference to the rights of others, in assessing punitive damages, the trier of fact can properly consider the character of the defendant’s act, the nature and extent of the harm to the plaintiff that the defendant caused or intended to cause and the wealth of the defendant»*; conforme la classica definizione offerta nell’ordinamento inglese da Lord Devlin nel *leading case* *Rookes v Barnard and Others*, [1964] A.C. 1129: «*exemplary damages are essentially different from ordinary damages. The object of damages in the usual sense of the term is to compensate. The object of exemplary damages is to punish and deter*»; cfr. anche la definizione offerta dal C.J. Knox nel caso australiano *Whitfield v De Lauret & Co. Ltd.*, (1920) 29 CLR 71: «*damages may be either compensatory or exemplary. Compensatory damages are awarded as compensation for and are measured by the material loss suffered by the plaintiffs. Exemplary damages are given only in cases of conscious wrongdoing in contumelious disregard of another’s rights*»; per il diritto canadese si veda il caso *Whiten v. Pilot Insurance Co.*, [2002] S.C.J. No. 19, ove il giudice Binnie afferma: «*punitive damages are awarded against a defendant in exceptional cases for “malicious, oppressive and high-handed” misconduct that “offends the court’s sense of decency”: ... the test thus limits the award to misconduct that represents a marked departure from ordinary standards of decent behaviour. Because their objective is to punish the defendant rather than compensate a plaintiff (whose just compensation will already have been assessed), punitive damages straddle the frontier between civil law (compensation) and criminal law (punishment)*».

<sup>545</sup> Sotto un profilo squisitamente processuale, l’istituto trova applicazione nell’ambito di un’azione civile, qualificandosi come una voce risarcitoria che, a certe condizioni, può essere liquidata in favore dell’attore. Considerata la natura del processo, non si applicano le garanzie tipiche del processo penale (come, ad esempio, l’elevato *standard* probatorio dell’“al di là di ogni ragionevole dubbio”, tipico del processo penale; o il privilegio contro l’autoincriminazione). Resta fermo, però, che le finalità della misura *de qua* sono quelle considerate tradizionalmente proprie del diritto penale.

<sup>546</sup> Coglie il punto C. ZIPURSKY, *A theory of punitive damages*, in 84 *Tex. L. Rev.*, 2005, 105 ss., laddove afferma, con specifico riferimento al contesto statunitense, che quello dei *punitive damages* è un argomento critico perché essi convogliano una doppia identità; ed infatti, pur essendo profondamente radicati nel diritto

Orbene, antesignani di queste misure furono gli *exemplary damages*<sup>547</sup> che punivano i responsabili di talune illecite persecuzioni, siccome lesive della libertà personale. Tali misure, volte ad infliggere una punizione esemplare al danneggiante, anche fungendo da monito per la collettività, venivano concesse a fronte di illeciti particolarmente riprovevoli, connotati da efferatezza, crudeltà o intento fraudolento<sup>548</sup>. Oggi, come si è detto, l'operatività degli *exemplary damages* è alquanto limitata in Inghilterra, al punto che la *House of Lords* ne ha circoscritto la irrogabilità, oltre che nei casi espressamente previsti dalla legge, unicamente alle ipotesi di violazione dei diritti fondamentali da parte della Pubblica Amministrazione, nonché agli illeciti idonei a procurare ingenti introiti al danneggiante<sup>549</sup>. A dire il vero, i *punitive damages* trovano applicazione soprattutto nel campo dei *torts* (illeciti civili), sebbene, in modo crescente, si è visto come anche in caso di inadempimento contrattuale (regolato dalla *law of contracts*) essi trovino applicazione<sup>550</sup>.

Oltreoceano, invece, i *punitive damages* costituiscono un rimedio giustapposto ai *compensatory damages*. Questi ultimi, divisi, a loro volta, in *special* e *general*<sup>551</sup>, svolgono una funzione di reintegrazione delle situazioni soggettive lese, risultando strettamente connesse al danno provocato. Al contrario, i *punitive damages* costituiscono una sanzione essenzialmente di tipo 'penale' o punitivo, con funzione deterrente, che nel corso del secolo scorso si è andata progressivamente estendendo dal campo degli illeciti extracontrattuali alle ipotesi di responsabilità oggettiva (in particolare, da prodotto difettoso), per giungere infine in ambito contrattuale. Tale

---

civile, col tempo ne è cresciuta in misura notevole la caratterizzazione penalistica, pur mantenendo essi formalmente l'etichetta di rimedio civilistico. L'A. rinviene nella circostanza che nominalmente l'istituto appartenga al diritto civile, la ragione per cui per così lungo tempo, fino agli anni novanta, esso abbia potuto rimanere immune da qualsiasi forma di scrutinio costituzionale: dato sorprendente per un sistema giuridico che ha sempre dimostrato particolare sensibilità nei confronti dei pericoli che si celano nel privilegiare la forma sulla sostanza. Così l'A. riassume efficacemente interrogativi e criticità riconnessi alla natura ibrida del risarcimento punitivo: «*Why are punitive damages part of tort law at all? Isn't tort law about compensation, making victims whole, or corrective justice? Even from an economic point of view, isn't it about deterrence by cost-internalization, or about insurance? Why is this criminal-seeming treatment found within our private law, our tort system?*».

<sup>547</sup> Invero, nell'ordinamento inglese è rimasta prevalentemente in uso la locuzione "*exemplary damages*", mentre altrove è prevalsa la denominazione "*punitive damages*".

<sup>548</sup> Cfr. M.G. BARATELLA, *Le pene private*, cit., 202.

<sup>549</sup> Cfr. *Rookes v. Bernard*, A.C. 1129 (1964) 1 *All. E.R.*, concernente un'ipotesi di diffamazione. Sul punto v. M. SANTARONI, *Appunti in tema di lesione dell'onore e della riservatezza in Inghilterra*, in *Resp. civ. prev.*, 1981, 3; nonché il *Report of the Committee on Defamation*, London, 1975, in part. §§ 351/360 e, sulla proposta abolizione dei *punitive damages*, § 384. In argomento, vedi pure R. URSO, *Recenti sviluppi nella giurisprudenza statunitense e inglese in materia di punitive damages: i casi TXO production Corporation v. alliance resources corporation e AB v. south west water services Ltd*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, spec. 144 ss.

<sup>550</sup> In proposito, cfr. Note, *Punitive Damages in Contract Action: Are the Exceptions Swallowing the Rule?* 20 *Washburn L. J.* 86 (1980); E.H. SHALLER, *Availability of Punitive Damages in Breach of Contract under Section 301 of the Labor Management Relations Act*, 50 *Geo. Washington L. Rev.* 250 (1982); Note, *Moral Damages for Breach of Contract: The Effect on Recovery of an Obligor's Bad Faith*, 42 *La. L. Rev.* 282 (1981).

<sup>551</sup> I primi sono liquidabili unicamente ove richiesti e provati dal danneggiato e idonei a ristorare il danno economico patito da quest'ultimo (danno emergente e lucro cessante); i secondi sono irrogabili anche in difetto di una specifica istanza del danneggiato, siccome presunti (è il caso, ad esempio, dei *damages for pain and suffering*, equiparabili al danno morale soggettivo dei sistemi di *civil law*).

percorso si è attuato gradualmente, avendo le Corti liquidato i danni punitivi<sup>552</sup>, dapprima, in ipotesi di rottura del contratto (*breach of contract*) o di promessa di matrimonio (che nei paesi di *common law* è considerato un vero e proprio contratto, sebbene assoggettato ad una disciplina specifica); successivamente, anche in caso di inadempimento degli obblighi contrattuali da parte di una società esercente un pubblico servizio, integrante abuso del potere di supremazia nei confronti dell'utente-consumatore; ed infine, ogniqualvolta il contraente in posizione di superiorità assuma una condotta fraudolenta (*oppressive or malicious*) nei confronti dell'altro<sup>553</sup>.

Da quanto suesposto emerge, dunque, che i danni punitivi rappresentano ormai un rimedio di portata generale, idoneo a prevenire e sanzionare la commissione di illeciti o di inadempimenti di particolare gravità. Stante la funzione deterrente, ben si comprende l'opinione di chi ritiene che la soddisfazione del danneggiato assurga a «forma di rivincita del corpo sociale unitariamente considerato nei confronti di una violazione del suo ordine particolarmente grave»<sup>554</sup>.

Orbene, la critica più severa mossa ai *punitive damages* è che essi, mancando di regole precise sulla determinazione dell'*an* e del *quantum*, creano una situazione di

---

<sup>552</sup> Sul piano traduttologico, va precisato che, nonostante sia più diffusa nella nostra letteratura la locuzione «danni punitivi», essa rischia di suscitare equivoci qualora non si tenga conto che il termine “*damages*” nel linguaggio giuridico di *common law* designa il risarcimento e non il danno; sicché risulterebbe più appropriato tradurla in risarcimento punitivo o sanzionatorio. Nondimeno, nella presente trattazione, verrà utilizzata l'espressione “danni punitivi”, non essendosi ritenuto opportuno l'abbandono della stessa.

Per i rilievi in questione, cfr. C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, 318; Id., *Il risarcimento punitivo che risarcimento non è*, in P. CERAMI – M. SERIO (a cura di), *Scritti di Comparazione e Storia Giuridica*, Torino, 2011, 100. Similmente rileva F.D. BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in *Eur. e dir. priv.*, 2009, 909 ss., il quale afferma a tal proposito: «... rileva, qui, la criptica anfibia della terminologia del termine «danni», che meglio si evidenzia nella dichiarata ambivalenza del termine «*damages*»: il quale vale a designare, al tempo stesso, i pregiudizi e i «remedies». Orbene di rimedi, *rectius* di sanzioni civili, si intende discutere quando si parla di danni *stricto sensu* punitivi: «danni» (in senso lato) che non sono qualificabili come pregiudizi sofferti dalla vittima dell'illecito, ma che rilevano in quanto addossati all'agente allo scopo di punire la sua condotta riprovevole: di qui la giustificazione della loro qualificazione come «pene private» ...»

<sup>553</sup> Sul punto, con ampi riferimenti giurisprudenziali, v. M.G. BARATELLA, *Le pene private*, cit., 203 ss., spec. note 7, 8,9. In argomento, cfr. pure G. PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, cit., 470 ss., spec. 486, il quale riscontra una “crisi di identità” dei danni punitivi nel settore della responsabilità del produttore (*products liability*); V. ZENO-ZENCOVICH, *Il problema della pena privata nell'ordinamento italiano: un approccio comparatistico ai “punitive damages” di “common law”*, in *Giur. it.*, 1985, I, 4, spec. 12; G. PONZANELLI, *Il quantum dei punitive damages nei mass disasters*, in *Le pene private*, cit., 389 ss.; P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996, 18. Con riferimento agli Stati Uniti d'America, è d'uopo ricordare la decisione della Corte del 151° *Judicial District* del Texas, che comminò la somma di tre miliardi di dollari (ridotti, poi, dalla Corte d'Appello del Texas alla somma di un miliardo di dollari) a fronte di un *tortious interference*. Al riguardo, cfr. Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, 6 aprile 1987, in *Foro it.*, 1987, IV, 297; P. PARDOLESI, *Per un pugno di (miliardi di) dollari*, *ivi*, 1987, IV, 297; G. PONZANELLI, *I punitive damages, il caso Texaco e il diritto italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, 405; U. DRAETTA, *Criteri redazionali di lettere di intento alla luce dei casi Pennzoil e Sme*, in *Dir. comm. inter.*, 1987, 239; A. MARINI, *La responsabilità da induzione all'inadempimento (il caso Pennzoil-Texaco)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 849.

<sup>554</sup> Cfr. G. PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, cit., 442. Analogamente, A. SARAVALLE, *I punitive damages nelle sentenze delle Corti europee e dei tribunali arbitrali*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1993, spec. 871, il quale considera il danneggiato alla stregua di un «sostituto del Pubblico Ministero, in quanto ancorché esso agisca nel proprio interesse economico, persegue fini di interesse generale».

incertezza nel diritto, colmata dall'arbitrio incontrollato delle giurie<sup>555</sup>. Problema senz'altro delicatissimo ed importantissimo, ma che va al di là della mera concessione di una sanzione civile punitiva. Infatti, ancorché l'ammontare dei *punitive damages* venga deciso dalla giuria, tale decisione non è vincolante per il giudice togato, il quale può applicare il principio del *remittitur*, riducendo la somma concessa, o disattenderla del tutto, emettendo una sentenza contraria secondo la formula del *non obstante veredicto*<sup>556</sup>. E, nella realtà, ciò avviene nella gran parte dei casi in cui sono concessi *punitive damages* di notevole entità<sup>557</sup>.

Più seria appare, invece, la previsione di un «*limited fund*» per i danni punitivi (soprattutto, con riferimento alle ipotesi di c.d. *mass disasters*): con tale accorgimento, infatti, ben si potrebbero conciliare le finalità punitive e di prevenzione dei *punitive damages* con determinati rischi di tipo economico (come, ad esempio, un possibile fallimento delle imprese cui vengono inflitti danni punitivi di ingente ammontare; ovvero, un'ingiustificata differenziazione tra i soggetti danneggiati). La necessità della predisposizione di un tetto soglia può ricavarsi dalla constatazione che le pretese degli attori siano considerevolmente superiori alla consistenza patrimoniale della società produttrice del bene rivelatosi difettoso e, quindi, sia in atto una fondata minaccia di fallimento della società<sup>558</sup>. Beninteso, questo «*limited fund*» può essere stabilito, ad esempio, dalla Corte adita da una *class action* di consumatori danneggiati dall'uso di un determinato prodotto. La sussistenza di ambedue le esigenze suesposte conducono, di tutto punto, alla necessità di predisporre un tetto. Ancora una volta, il raffronto con l'esperienza statunitense presenta un particolare interesse, in quanto è possibile scorgere una tendenza verso criteri generali di responsabilità da sempre adottati nei paesi di *civil law*.

Su altro versante, invero, appare il nostro sistema giuridico, caratterizzato da posizioni non sempre univoche della giurisprudenza in ordine all'ammissibilità dei danni punitivi. In realtà, il quadro sistematico appare molto complesso. Ed infatti, a dispetto di una sostanziale volontà di introdurre per legge strumenti rimediali innovativi volti a colpire il profitto che sia frutto di una condotta *contra legem*<sup>559</sup>,

---

<sup>555</sup> Sul punto, V.P. BOROWSKY, *Punitive Damages in California: The Integrity of Jury Verdicts*, in 17 *U.S.F. L. Rev.*, 147, 1983.

<sup>556</sup> Cfr. l'analisi di V. ZENO-ZENCOVICH, *Pena privata e punitive damages nei recenti orientamenti dottrinari americani*, in *Le pene private*, cit., 379.

<sup>557</sup> *Ibidem*.

<sup>558</sup> Così G. PONZANELLI, *Il quantum dei punitive damages nei mass disasters*, in *Le pene private*, cit., 392, con precisi riferimenti giurisprudenziali.

<sup>559</sup> A tal proposito, cfr. P. PARDOLESI, *Contratto e nuove frontiere rimediali*. *Disgorgement v. punitive damages*, Bari, 2012, 129 ss. Si vedano inoltre le riflessioni riguardanti gli istituti dell'arricchimento ingiustificato v. P. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962, 54; O. TROIANO, *La tutela del diritto di autore attraverso la disciplina dell'arricchimento ingiustificato*, in *AIDA*, 2000, 207; C. CASTRONOVO, *La violazione della proprietà industriale come lesione del potere di disposizione. Dal danno all'arricchimento*, in *Dir. ind.*, 2003, 7, 15; della gestione d'affari altrui v. P. SIRENA, *La gestione di affari altrui - Ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, Torino, 2000; G. GUGLIEMMETTI, *La gestione di affari e la riversione degli utili*, in *AIDA*, 2000, 174; R. SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959, 114 ss.; della restituzione dei frutti v. P. BARCELLONA, *Frutti e profitto d'impresa*,

supportata da larga parte della dottrinale, permane la concezione per il sistema rimediabile previsto dal nostro legislatore assuma prevalentemente una funzione riparatorio-compensativa.

Con particolare riferimento al formante giurisprudenziale, la Suprema Corte già nel 2007 aveva negato la delibazione di una sentenza pronunciata dalla Corte distrettuale della contea di Jefferson nella quale veniva richiesto un risarcimento per danni puntivi di un milione di dollari nei confronti del produttore italiano<sup>560</sup>, affermando che la finalità punitivo-sanzionatoria di un siffatto risarcimento si poneva in palese contrasto con l'ordine pubblico, posto che i principi regolatori del nostro sistema civilistico in tema di responsabilità civile da illecito aquiliano configurano il risarcimento dovuto al danneggiante quale riparazione del pregiudizio arrecato al danneggiato<sup>561</sup>. Per vero, la decisione in esame aveva sollevato non poche perplessità, per il fatto che non solo ignorava gli indici normativi di segno contrario, ma escludeva la possibilità di valorizzare, in chiave punitivo-sanzionatoria, il nostro sistema rimediabile<sup>562</sup>. Difatti, sebbene la ricorrente, ponendo in rilievo la natura punitiva sottesa alla clausola penale e al risarcimento del danno morale, avesse rivendicato l'assenza di contrasto con l'ordine pubblico interno, il giudice di legittimità rigettava l'argomentazione osservando come, non avendo natura e finalità sanzionatoria, essa assolvesse esclusivamente la funzione di rafforzare il vincolo contrattuale e di liquidare preventivamente la prestazione risarcitoria; tant'è che, quando l'ammontare pattuito venga a configurare, secondo l'apprezzamento discrezionale del giudice, un abuso o sconfinamento dell'autonomia privata oltre determinati limiti di equilibrio contrattuale, può essere equamente ridotto. Pertanto, se la somma prevista a titolo di penale è dovuta indipendentemente dalla prova del danno subito e da una rigida correlazione con la sua entità, è in ogni caso da escludere che la clausola in esame possa essere ricondotta all'istituto dei *punitive damages*, proprio del diritto nordamericano: istituto che non solo si collega per la sua funzione alla condotta dell'autore dell'illecito e non al tipo di lesione del

---

Milano, 1970, 80; G. GITTI, *Il "possesso di beni immateriali" e la riversione dei frutti*, in *AIDA*, 2000, 152; P. BARCELLONA, *La lesione della proprietà intellettuale come conflitto non aquiliano*, relazione tenuta a Palermo, il giorno 7 febbraio 2002, nell'ambito del corso di diritto privato generale.

<sup>560</sup> Il quale era produttore di una marca di caschi protettivi che nel momento della collisione, per un difetto di progettazione e costruzione della fibbia di chiusura, si era staccato dal capo della vittima.

<sup>561</sup> Più in particolare, il Supremo Collegio osserva che: « *nel vigente ordinamento l'idea della punizione e della sanzione è estranea al risarcimento del danno, così come è indifferente la condotta del danneggiante. Alla responsabilità civile è assegnato il compito precipuo di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, mediante il pagamento di una somma di denaro che tenda ad eliminare le conseguenze del danno arrecato. E ciò vale per qualsiasi danno, compreso il danno non patrimoniale o morale, per il cui risarcimento, proprio perché non possono ad esso riconoscersi finalità punitive, non solo sono irrilevanti lo stato di bisogno del danneggiato e la capacità patrimoniale dell'obbligato, ma occorre altresì la prova dell'esistenza della sofferenza determinata dall'illecito, mediante l'allegazione di concrete circostanze di fatto da cui presumerlo, restando escluso che tale prova possa considerarsi in re ipsa*» Per un approfondimento di Cass. 19 gennaio 2007 n. 1183, in *Foro it.*, 2007, I, 1460, si rinvia a P. PARDOLESI, *Danni punitivi all'indice*, in *Danno e resp.*, 2007, 1125; P. FAVA, *Punitive damages e ordine pubblico: la Cassazione blocca lo sbarco*, in *Corr. Gir.*, 2007, 4, 497; A. GIUSSANI, *Resistenze al riconoscimento delle condanne al pagamento dei punitive damages: antichi dogmi e nuove realtà*, in *Giust. civ.*, 2008, 395; G. MIOTTO, *La funzione del risarcimento dei danni non patrimoniali nel sistema della responsabilità civile*, in *Resp. civ.*, 2008, 188.

<sup>562</sup> Molto critico avverso la pronuncia è G. PONZANELLI, *Danni punitivi: no grazie*, in *Foro it.* 2007, 1461.

danneggiato, ma che si caratterizza per una ingiustificata sproporzione tra l'importo liquidato e il danno effettivamente subito.

Nonostante le considerazioni di cui sopra, afferenti al nostro modello di responsabilità civile, che poggerebbe su posizioni esclusivamente compensative, la giurisprudenza, con due decisioni ravvicinate nel tempo, si è resa protagonista di un inaspettato cambio di rotta. Con la prima pronuncia, in tema di illecito sfruttamento del diritto d'immagine<sup>563</sup>, la Cassazione ha osservato che, in caso di risarcimento del danno da illecito sfruttamento dell'immagine, la liquidazione avrebbe potuto essere determinata con riferimento agli utili presumibilmente conseguiti dall'autore dell'illecito, optando per l'applicazione dello strumento della retroversione degli utili in un'accezione sanzionatoria in grado di ricalcare le orme dello strumento dei *disgorgement damages*. La Corte, pertanto, applicando le modifiche introdotte dall'art. 5 del decreto *enforcement* all'art. 158 l.a.<sup>564</sup>, ha statuito che alla vittima la quale aveva subito la condotta illecita, al di là dalle tradizionali tecniche di quantificazione (quali il prezzo del consenso, i danni morali), potesse essere offerta l'opportunità di ottenere un risarcimento idoneo ad assicurare, da un lato, una semplificazione delle criticità connesse alla determinazione del ristoro e, dall'altro, il superamento dei rischi sottesi all'idea tradizionale in forza del quale l'autore dell'illecito è obbligato esclusivamente a compensare la vittima per il danno arrecato. L'orientamento anzidetto è stato confermato pochi mesi più tardi allorché i giudici di legittimità, affrontando una controversia in tema di quantificazione del danno da violazione del diritto d'autore, sono tornati a pronunciarsi in favore dell'impiego della retroversione degli utili, rimarcando, per la prima volta, l'applicabilità secondo un'accezione marcatamente sanzionatoria, in aperto contrasto alla concezione tradizionale della nostra responsabilità civile; avvicinando tale strumento rimediale ai tratti dei *punitive* e dei *disgorgement damages*<sup>565</sup>. Nella pronuncia in esame, l'istituto del risarcimento dei danni sembra assolvere ad una funzione in parte sanzionatoria, più che ripristinatoria di effettive perdite patrimoniali, perseguendo l'obiettivo di evitare che l'utilizzatore abusivo si possa avvantaggiare del suo comportamento illecito, trattenendone gli utili, in luogo di chi avrebbe avuto il legittimo diritto di appropriazione.

Purtuttavia, nel 2012 perviene l'ennesimo cambio di orientamento da parte della giurisprudenza, lasciando trasparire un'aperta ostilità nei confronti di figure di

---

<sup>563</sup> Cass. 11 maggio 2010, n. 11353, in *Foro it.*, 2011, I, 540.

<sup>564</sup> Così come novellato dall'art. 5 del decreto legislativo del 16 marzo 2006, n. 140, recante il recepimento della direttiva 2004/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, che nel secondo comma dispone come il risarcimento dei danni conseguenti alla lesione dei diritti di utilizzazione economica debba essere quantificato «(...) *ai sensi dell'art. 2056 c.c., comma 2, c.c. anche tenuto conto degli utili realizzati in violazione del diritto (...) sulla base quanto meno dell'importo dei diritti che avrebbero dovuto essere riconosciuti, qualora l'autore della violazione avesse chiesto al titolare l'autorizzazione per l'utilizzazione del diritto*».

<sup>565</sup> Cfr. Cass. 15 aprile 2011 n. 8730, in *Foro it.*, 2011, I, 3073, con nota di P. PARDOLESI, *Violazione del diritto d'autore e risarcimento punitivo/sanzionatorio*.

risarcimento non riparatorie<sup>566</sup>. Difatti, nonostante le decisioni prima accennate inducessero a presagire una possibile apertura verso il riconoscimento di una natura polifunzionale della responsabilità civile, i giudici di legittimità hanno statuito, in contrasto a quanto affermato dal giudice di secondo grado ed a prescindere dalla mancanza di qualunque riferimento alla figura dei danni punitivi, che la concessione di una somma sproporzionata è estranea all'ordinamento giuridico italiano; inoltre, osserva la Corte, l'assenza di ogni indicazione circa i criteri adottati per raggiungere il risarcimento concesso nella decisione nordamericana impedisce di verificare se la sentenza possa o meno dare ingresso a voci di danno non ammesse dal sistema italiano. Più nel dettaglio, la Suprema Corte innalza oltremodo la soglia necessaria alla concessione della delibazione, considerando sempre come punitivi, e quindi contrari all'ordine pubblico, tutti i risarcimenti che si allontanano dal modello riparatorio, dilatando fortemente il perimetro di controllo del sindacato del giudice nei confronti delle decisioni straniere<sup>567</sup>.

Ad oggi la questione in ordine all'ammissibilità dei danni punitivi è attualmente al vaglio delle Sezioni Unite. In particolare, con l'ordinanza del 16 maggio 2016 n. 9978, la Prima Sezione aveva rimesso al Primo Presidente, per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, la questione, ritenuta di massima di particolare importanza, della riconoscibilità o meno, per contrasto con l'ordine pubblico, delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi<sup>568</sup>. L'ordinanza, invero, si pone in una posizione di sostanziale discontinuità con i precedenti arresti in tema di danni punitivi, sebbene sia in linea con la decisione della Cassazione dell'aprile 2015 ove, in tema di *astreintes*, erano stati usati argomenti di grande apertura verso le finalità non riparatorie<sup>569</sup>.

---

<sup>566</sup> Cass. 8 febbraio 2012, n. 178, in *Corriere Giur.*, 2012, 9, 1068. Più in particolare, la Corte viene adita per negare l'*exequatur* di una sentenza pronunciata dalla Corte Suprema del Massachusetts (nella quale veniva richiesto un risarcimento di ben cinque milioni di dollari - lievitato fin oltre gli otto milioni di dollari in virtù di un tasso di interesse assai elevato - nei confronti di una società italiana produttrice di un macchinario difettoso per i danni arrecati ad un lavoratore), che aveva trovato il parere favorevole della Corte di Appello di Torino sulla scorta di un triplice rilievo: nella decisione nordamericana, per molti versi carente di motivazione, non veniva indicato il titolo per la concessione di questa somma risarcitoria, che superava di gran lunga (quasi di venti volte) quanto richiesto dalla parte danneggiata; nessun riferimento veniva poi fatto, direttamente o indirettamente, alla figura dei danni punitivi, che avrebbe potuto giustificare il risarcimento concesso; la somma concessa aveva sicuramente «tenuto conto dell'oggettiva gravità del fatto rappresentato dall'infortunio sul lavoro», subito da un lavoratore che all'epoca del sinistro aveva solo trentasette anni: «sicché il maggior importo riconosciuto dal giudice statunitense avrebbe potuto trovare ragionevole giustificazione, pur in assenza di richiamo al danno punitivo, nella considerazione di altre componenti personali di danno, insite nella giovane età del soggetto, nella consistente e permanente diminuzione della sua capacità lavorativa, nel pregiudizio di tipo biologico e di relazione sociale».

<sup>567</sup> Cfr. G. PONZANELLI, *La Cassazione bloccata da un risarcimento non riparatorio*, in *Danno e resp.*, 2012, 609, 613.

<sup>568</sup> Cass. 16 maggio 2016, n. 9978, in *Foro it.* 2016, 6, I, 1973.

<sup>569</sup> Cass. 15 aprile 2015, n. 7613, in *Danno e Resp.*, 2015, 1155, con nota di G. CORSI, *Il sì della Suprema Corte all'astreinte straniera*. Nello stesso senso, F. BENATTI, *Dall'astreinte ai danni punitivi: un passo ormai obbligato*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, II, 679 ss.; N. SCIARRATTA, *La Cassazione su astreinte, danni punitivi e (funzione della) responsabilità civile*, in *Dir. civ. cont.*, luglio/settembre 2015; A. MONDINI, *"Astreintes", ordine pubblico interno e danni punitivi*, in *Foro it.*, 2015, 3966; A. VENCHIARUTTI, *Le astreintes sono compatibili con l'ordine pubblico interno. E i punitive damages?*, in *Resp. Civ. prev.*, 2105, 1899.

Il provvedimento in rassegna è particolarmente interessante, perché oltre ad offrire una nuova lettura della nozione di ordine pubblico, pone diversi interrogativi sulle finalità della responsabilità civile, chiedendosi se il risarcimento possa presentare un'identità diversa da quella riparatoria.

Per quanto riguarda il concetto di ordine pubblico, esso viene richiamato solo in relazione al contenuto del giudizio di costituzionalità<sup>570</sup>. In sostanza, la norma straniera, che è alla base della decisione di cui si chiede la delibabilità, non solo non deve essere vista in contrasto con la Costituzione, ma deve esistere una precisa preclusione affinché il legislatore possa introdurre un'ipotetica norma analoga a quella straniera, in quanto incompatibile con i valori costituzionali primari. Pertanto, occorre considerare una nozione di ordine pubblico molto più duttile di quella sperimentata in precedenza, che dovrà essere applicata sempre tenendo in mente che nel caso di riconoscimento si discute di sentenze e non di norme. Il concetto in esame esprime, quindi, non tanto una barriera all'ingresso delle stesse, quanto un mezzo di ampliamento dei diritti fondamentali comuni ai diversi ordinamenti e desumibili, innanzi tutto, dai sistemi di tutela approntati a livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria. Sulla base di tale assunto, il giudice avrà un orizzonte discrezionale più o meno vasto, che si pone certamente in competizione con la classica discrezionalità legislativa. In tale prospettiva, i principi classici quali l'uguaglianza, la solidarietà o il prevalente interesse del minore non solo assumono connotazione diversa, ma tale diversità deve essere messa pienamente a frutto dal giudice in chiave ermeneutica, in questo modo competendo con il legislatore in vista di una conformazione assiologica dell'ordinamento<sup>571</sup>. Tale giudizio, osserva la Corte, è simile a quello di costituzionalità, ma preventivo e virtuale, dovendosi ammettere il contrasto con l'ordine pubblico soltanto nel caso in cui al legislatore ordinario sia precluso di introdurre, nell'ordinamento interno, una ipotetica norma analoga a quella straniera in quanto incompatibile con i valori costituzionali primari.

Venendo adesso alla seconda questione, da anni la letteratura giuridica ha indagato come il risarcimento non dovrebbe presentare una sola identità riparatoria. Tali considerazioni crescevano mano a mano che il perimetro del danno risarcibile veniva allargato in una prospettiva sempre più ampia, con il paventato rischio di stravolgere gli equilibri del sistema. Il rapporto danneggiante/danneggiato esige, infatti, che sia presa in considerazione anche la posizione del danneggiante, sebbene la norma generale, fissando la sostanziale equivalenza tra dolo e colpa, sembri non escludere questi perimetri. In altre parole, il risarcimento dovrà, da un lato, riparare il danneggiato, ma, dall'altro, incidere sulla condotta del danneggiante. A tal

---

<sup>570</sup> In argomento v. C. IRTI, *Digressioni attorno al mutevole "concetto" di ordine pubblico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, 481 ss., 489-49). La Corte dà conto di un'evoluzione ancora in atto, nel senso che l'ordine pubblico si è progressivamente trasformato da strumento di chiusura dell'ordinamento verso l'esterno a strumento di apertura, con tutto ciò che può derivare, soprattutto in termini di conseguenze non intenzionali, dalla circostanza che una fattispecie che l'ordinamento nazionale continua a ignorare può però in esso comunque penetrare *ope iudicis*, così incidendo inevitabilmente sull'istituto generale di riferimento.

<sup>571</sup> A tal proposito, A. DI MARTINO, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali. Uno studio comparativo*, Napoli, 2016.



proposito, occorre quindi alzare il livello dell'integrale riparazione del danno perché possa essere efficacemente realizzata l'obiettivo di deterrenza, tendendo in particolare considerazione: le situazioni concrete che possono legittimare l'applicazione di un rimedio ultracompensativo; il concreto divario rispetto all'integrale riparazione. Le scelte nell'ordinamento italiano, tuttavia, sono diverse da quelle proprie di quello americano, dove il ruolo decisivo spetta alla giuria, sebbene la cui incondizionata libertà è stata però sempre più progressivamente limitata dagli interventi della Corte Suprema<sup>572</sup>. Nel nostro ordinamento, infatti, le misure non riparatorie non possono essere fissate dal giudice secondo il suo esclusivo e incondizionato apprezzamento equitativo, essendo necessaria un'operazione legislativa<sup>573</sup>. In tal senso, la linea più favorevole alla delibabilità delle decisioni straniere, aventi ad oggetto condanne ai danni punitivi, prende le mosse dagli interventi legislativi, che negli ultimi dieci anni hanno previsto misure non riparatorie a maggiore presidio dell'effettività di alcuni diritti o per contrastare comportamenti abusivi e ostruzionistici, e proprio l'esistenza di tali misure conduce a ritenere non in contrasto con l'ordine pubblico la decisione straniera di condanna ai danni punitivi.

Sulla base di tali considerazioni, può dirsi che il tema dei danni punitivi ha il merito di fare emergere il discorso sulle funzioni della responsabilità civile, questione che oggi merita di essere ripresa e ripensata, se non altro in ragione della espansione del danno non patrimoniale, il cui perimetro della risarcibilità non può essere disgiunto da una trasparente presa di posizione circa la componente sanzionatoria del rimedio. Spetterà in ogni caso al legislatore fissarne i settori e le situazioni, mentre, per ciò che riguarda la determinazione del danno, il potere rimarrà nelle mani del giudice che lo eserciterà secondo il suo apprezzamento discrezionale.

---

<sup>572</sup> In argomento v. F. BENATTI, *Correggere e punire. Dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, Milano, 2008.

<sup>573</sup> In tal senso, G. PONZANELLI, *Novità per i danni esemplari?*, in *Contratto e impresa*, 2015, 1195.

## CAPITOLO TERZO

### IL CARATTERE SANZIONATORIO DEL DANNO NON PATRIMONIALE DA INADEMPIMENTO: ALCUNI CASI ESEMPLARI

SOMMARIO: 1. Verso la categorizzazione del danno non patrimoniale da inadempimento. – 2. Segue: i limiti di risarcibilità del danno non patrimoniale contrattuale. – 3. La funzione sanzionatoria del danno non patrimoniale contrattuale. – 4. Il danno da mancato consenso informato. – 5. Il danno da vacanza rovinata. – 6. Il danno da *mobbing*. – 7. Il danno da mancato recepimento di direttive europee *non self-executing*. – 8. Il danno da irragionevole durata del processo. – 9. Il danno da detenzione disumana.

#### 1. – Verso la categorizzazione del danno non patrimoniale da inadempimento

Una delle questioni più interessanti e dibattute nell'ambito della riflessione sulla struttura complessa del rapporto obbligatorio e, più in particolare, sul contenuto e sulle funzioni degli obblighi di protezione consiste, senza alcun dubbio, sulla natura dell'interesse, patrimoniale e non, presidiato, per l'appunto, mediante il dispositivo formale degli obblighi di protezione<sup>574</sup>. Già Stoll si era soffermato sul punto, precisando che i valori salvaguardati dagli obblighi di protezione coincidono con quelli che attengono alla persona e al patrimonio dell'altra parte del rapporto obbligatorio e che, al di fuori del rapporto obbligatorio, godrebbero della tutela aquiliana<sup>575</sup>. Ma, una volta istituita la connessione con gli obblighi di protezione, l'interrogativo da sciogliere è se il danno non patrimoniale da inadempimento si identifichi soltanto con quello che scaturisce dalla violazione di tali obblighi o se ne sia prospettabile quale ulteriore fonte. La lettura più restrittiva propende per il primo corno dell'alternativa ed esclude che di danno non patrimoniale da inadempimento si possa discorrere quanto la realizzazione o la preservazione dei valori della persona sia inclusa nella prestazione, ossia integri il *Leistungsinteresse*, e ciò in quanto il danno non patrimoniale propriamente inteso sorge dalla lesione di un interesse distinto ed autonomo rispetto a quello alla cui realizzazione mira la prestazione<sup>576</sup>. La ragione di una così netta chiusura risiede nel timore di un'«abnorme dilatazione dei confini» della prestazione o comunque dell'accreditamento più o meno consapevole della «bizzarra idea che il danno non patrimoniale procede affiancato nell'ombra da un “doppio” non patrimoniale»; il che implicherebbe di riconnettere

---

<sup>574</sup> F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, 206.

<sup>575</sup> H. STOLL, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzungen*, cit., 298-299.

<sup>576</sup> L. NIVARRA, *La contrattualizzazione del danno non patrimoniale: un'incompiuta*, cit., 497. Per la distinzione tra danno da inadempimento come conseguenza della violazione di una *Schutzpflicht* e danno non patrimoniale come conseguenza della mancata o inesatta attuazione della prestazione principale cfr. M.R. MARELLA, *Le conseguenze «non patrimoniali» dell'inadempimento. Una tassonomia*, cit., 175 ss.; ID., *Struttura dell'obbligazione e analisi rimediabile nei danni non patrimoniali da inadempimento*, cit., 465.

all'inadempimento un duplice riflesso risarcitorio che investe tanto il danno patrimoniale quanto il danno non patrimoniale<sup>577</sup>. Che ciò accada non è certo scandaloso e, ad esempio, si verifica nella fattispecie del danno da vacanza rovinata sancito dall'art. 47 cod. tur.<sup>578</sup>, nell'ambito della disciplina dei pacchetti turistici<sup>579</sup>, ma anche nell'ingiustificatamente trascurato art. 36, comma 2, lett. a), cod. cons., che fulmina di nullità di protezione la clausola che escluda o limiti la responsabilità del professionista per morte o danno alla persona del consumatore<sup>580</sup>. A tal fine occorre, però, un'espressa previsione del legislatore, mentre un tale doppio non si può avallare per regola generale, per lo meno fino a quando non vi sarà una chiara apertura in questo senso<sup>581</sup>. In altri termini, la contrattualizzazione del danno non patrimoniale non può essere affidata ad una nozione di inadempimento dilatata quasi fino alla deformazione, ma necessita di un fondamento autonomo che non può che essere offerto da un'apposita *Schutzpflicht*<sup>582</sup>.

---

<sup>577</sup> L. NIVARRA, *La contrattualizzazione del danno non patrimoniale: un'incompiuta*, cit., 491-492, di qui la conclusione che «l'unica via attraverso la quale è possibile, sensatamente, postulare la contrattualità di un danno non patrimoniale 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*».

<sup>578</sup> Sul punto cfr. S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., 449 ss., in part. 479 ss.; F. ROMEO, *Il "nuovo" danno da vacanza rovinata: primi rilievi sull'art. 47 del codice del turismo*, in *La resp. civ.*, 2011, 565 ss.; ID., *Il contratto di viaggio. Tutele specifiche e risarcimento del danno*, Padova, 2011, 205 ss.; A. ROSSI, *Tutela del turista: conferme e novità*, in *Danno e resp.*, 2011, 989 ss.; S. TOMMASI, *Note a margine della codificazione del danno da vacanza rovinata*, in *Contr. impr.*, 2013, 32 ss. Per la chiusura nei confronti dei danni c.d. esistenziali da inadempimento di portata bagattellare cfr. D. FARACE, *Danno esistenziale da vacanza rovinata?*, in *Danno e resp.*, 2006, 432 ss.

<sup>579</sup> Cfr. L. NIVARRA, *La contrattualizzazione del danno non patrimoniale: un'incompiuta*, cit., 498, il quale suggerisce di non enfatizzare la portata dell'art. 47 cod. tur., che a N. appare collocato a metà strada tra la versione civilistica dell'art. 185 c.p. e il danno punitivo. La *ratio* della disposizione andrebbe rintracciata, infatti, nella scelta di politica del diritto di rafforzare la posizione del turista-consumatore penalizzando l'inadempimento della prestazione turistica da parte dell'organizzatore del pacchetto o dell'intermediario, tramite l'inclusione nel risarcimento di una somma con funzione riparatoria della frustrazione da sconvolgimento della vacanza, che, però, imprime al danno contrattuale una torsione al limite dell'effetto sanzionatorio. N. ritiene che così si scongiuri il rischio di un'ulteriore allungamento del già ricco catalogo dei diritti della persona costituzionalmente garantiti. In senso critico sulla lettura in chiave sanzionatoria v. F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., 215, nt. 306.

<sup>580</sup> L'accento su tale disposizione è posto da S. MAZZAMUTO, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, cit., 453-454. L. NIVARRA, *La contrattualizzazione del danno non patrimoniale: un'incompiuta*, cit., 498, nt. 16 sembra invece ricondurre l'art. 36, comma 2, lett. a), cod. cons. nell'alveo del danno non patrimoniale da violazione di obblighi di protezione, ravvisando in tale disposizione la medesima *ratio* degli artt. 1681, 2087 c.c. e dell'art. 44, comma 1, cod. tur. Quelli che certamente rivestono natura di obblighi di protezione sono invece gli artt. 4, n. 5, d. lgs. 9 luglio 2003, n. 215 e 4, n. 6, d. lgs. 9 luglio 2003, n. 216, dettati in materia di contrasto alle discriminazioni nei rapporti di lavoro; e 3, comma 3, l. 1° marzo 2006, n. 67, in materia di discriminazione delle persone con disabilità.

<sup>581</sup> L. NIVARRA, *La contrattualizzazione del danno non patrimoniale: un'incompiuta*, cit., 499 e nt. 33, il quale sottolinea l'opzione per il "doppio" che caratterizza le codificazioni private: v. l'art. 7.4.2 dei *Principi Unidroit*; l'art. 9:501 dei *Principles of European Contract Law* e l'art. 3:701 del *Draft Common Frame of Reference*. L'A. stigmatizza questa penalizzazione generalizzata dell'inadempimento provocata dal costante affiancamento del danno non patrimoniale a quello patrimoniale quale conseguenza della violazione dell'obbligo primario di prestazione poiché la scelta appare «estranea alla logica dell'obbligazione» e sintomo, anche su questo terreno, del «fuorviante primato del paradigma aquiliano».

<sup>582</sup> L. NIVARRA, *La contrattualizzazione del danno non patrimoniale: un'incompiuta*, cit., 495 e 496, il quale parla di «abbraccio mortale dell'inadempimento» e segnala come la logica della *Schutzpflicht* costituisca «l'unica in grado (...) di tradurre in una costruzione dogmaticamente 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».

Nell'opzione concettuale che connette il danno non patrimoniale da inadempimento con gli obblighi di protezione c'è un indiscutibile nocciolo di verità: se si vuole fondare in maniera piena e autonoma la liquidazione del danno alla persona secondo le regole della responsabilità contrattuale, non si può fare altro che ricorrere agli obblighi di protezione<sup>583</sup>, i quali sono di applicazione generalizzata, prescindono dalla inclusione o meno nella causa o nell'oggetto del contratto di profili personalistici e, pertanto, costituiscono l'unica figura dogmatica capace di attribuire rilevanza alla persona in sé in quanto implicata nell'attuazione del rapporto obbligatorio, anche nei casi in cui l'orizzonte di quest'ultimo risulti interamente dominato da valori patrimonialistici<sup>584</sup>. In altri termini, la tutela offerta dagli obblighi di protezione discende direttamente dall'intrinseca giuridicità della persona, la quale innesca la buona fede in funzione integrativa, esaltando in tal modo la dimensione del rapporto<sup>585</sup>.

A questo punto, non resta che individuare il dispositivo tecnico a cui affidare la rilevanza della persona (in sé) in seno al *Leistungsinteresse*. Beninteso, tale dispositivo non può essere rintracciato nell'interesse non patrimoniale menzionato dall'art. 1174 c.c., poiché il senso di tale disposizione è un altro e coincide con il riconoscimento dell'attitudine di uno strumento patrimonialistico come obbligazione a realizzare anche bisogni non economici<sup>586</sup>. La disciplina generale dell'obbligazione e l'apparato categoriale erettopi intorno non conoscono in effetti altro strumento di rilevanza del danno non patrimoniale oltre gli obblighi di protezione e, quindi, nel cerchio chiuso dell'obbligazione, non ha affatto torto l'opinione che non ravvisa il

---

<sup>583</sup> Lo riconosce anche S. MAZZAMUTO, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, cit., 449-450, il quale osserva che «si deve convenire sull'affermazione che gli obblighi di protezione sono preordinati a rimuovere proprio quel danno non patrimoniale che, se originatosi al di fuori del rapporto obbligatorio, ricadrebbe sotto l'egida della responsabilità aquiliana».

<sup>584</sup> Il danno non patrimoniale si produce, in effetti, nelle ipotesi in cui l'oggetto dell'obbligazione o la sfera di protezione da essa delineata non si limitino a sfiorare un mero interesse personalistico ma conferiscano proprio rilevanza alla sofferenza o ad altri profili della personalità umana in sé considerati. Cfr., sul punto, S. MAZZAMUTO, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, cit., 452 e 454, il quale perviene alla conclusione che «il danno non patrimoniale prodotto dall'inadempimento è risarcibile alla stregua delle norme sulla responsabilità contrattuale ogni qualvolta gli interessi non patrimoniali assumano rilievo all'interno del piano delle obbligazioni contrattuali o perché la singola obbligazione è specificatamente preordinata al loro soddisfacimento o perché tali interessi rientrano, comunque, nell'area di protezione offerta dal contratto grazie alla figura degli obblighi integrativi di cui all'art. 1175 c.c., anche facendo leva sulla presupposizione e sulla causa, intesa come funzione economico-individuale». D'altro canto, è indubitabile che l'accentuazione della sensibilità per i danno non patrimoniali da inadempimento discenda dall'espansione del mercato, il quale tende ad insediarsi in ambiti in passato sottratti alla regolazione contrattuale, e in specie di quella attuata tramite i contratti di scambio, che mirano a realizzare anche esigenze culturali, di svago, di divertimento, di benessere psico-fisico, ecc. Cfr., in proposito, M.R. MARELLA, *Struttura dell'obbligazione e analisi rimediale nei danni non patrimoniali da inadempimento*, cit., 459-460, 474-475, 478-479, la quale sottolinea, inoltre, l'ulteriore fenomeno della privatizzazione dei servizi sociali imposta dal declino del *welfare state*, di cui sono conferma la contrattualizzazione delle cure mediche, anche quanto prestate dal settore pubblico, la *commodification* della cura della persona (*carework*) e la penetrazione del contratto nelle materie dei rapporti di famiglia e della procreazione.

<sup>585</sup> F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., 215.

<sup>586</sup> L'art. 1174 c.c. sancisce che la natura patrimoniale dell'obbligazione dipende dal carattere economico dei mezzi impiegati per realizzare il fine dovuto, mentre è del tutto indifferente se il risultato su cui ruota il credito abbia o meno consistenza patrimoniale. Cfr., in tal senso, F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 618 ss. Per una diversa lettura v. B. IZZI, *Il rapporto giuridico non patrimoniale*, Milano, 2012, *passim*, in part. 85 ss.

danno non patrimoniale al di fuori dello *Schutzinteresse* presidiato dalla *Schutzpflicht*<sup>587</sup>. Ciò però non preclude la rilevanza della persona in sé nell'ambito del *Leistungsinteresse*<sup>588</sup>, soltanto che il congegno di una tale rilevanza va rintracciato nella disciplina generale del contratto<sup>589</sup> – il che ovviamente circoscrive l'ambito di questa forma di danno non patrimoniale alle sole obbligazioni *ex contractu* – e la ragione risiede nei limiti strutturali dell'obbligazione, che è pur sempre soltanto un effetto, ancorché assai articolato, la cui essenza è quella di una norma di azione in funzione di un fine, che si limita, quindi, ad istituire la relazione mezzi-risultato<sup>590</sup>. La struttura dell'obbligazione non è, dunque, in grado di definire anche i contorni di tale risultato e meno che meno di renderne le sfumature. Per tutto ciò è imprescindibile risalire alla cornice regolamentare, allo strumento di programmazione delle condotte e degli effetti, nel quale la singola obbligazione – e non solo il suo risultato ma anche la connessa prestazione – acquista pienezza di senso. Il filtro dell'implicazione della persona in sé o del suo benessere nella prestazione è affidato, quindi, al regolamento contrattuale, ossia al contenuto del contratto<sup>591</sup> e, specialmente, alla causa<sup>592</sup>. Quest'ultima attua quella selezione

---

<sup>587</sup> Un discorso a parte va fatto se si discute non già di criteri di rilevanza del danno non patrimoniale ma di strumenti di selezione: qui la disciplina delle obbligazioni conosce un filtro ulteriore rispetto agli obblighi di protezione costituito dal requisito della prevedibilità del danno di cui all'art. 1225 c.c. Cfr., al riguardo, C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, cit., 477.

<sup>588</sup> Così anche A. DI MAJO, *Giustizia e «materializzazione» nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole di) fattispecie e (regole di) procedura*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 3, 818, il quale parla di una «ri-definizione dello stesso interesse “alla prestazione”, così da renderlo comprensivo, *sub specie damni*, anche di interessi diversi e “materiali”, che alla prestazione strettamente si ricollegano».

<sup>589</sup> Appare eccessiva, quindi, la posizione di D. MESSINETTI, *Considerazioni sul danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale*, cit., 342-343, per il quale «dal diritto dei contratti, *id est* dal diritto degli affari, sembra doversi continuare a tenere fuori ciò che non può avere una propria, predefinita, connotazione economico-patrimoniale».

<sup>590</sup> F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., 216.

<sup>591</sup> La necessità di distinguere il contenuto dall'oggetto del contratto è avvertita dalla dottrina più sensibile, evitando la facile identificazione dei due concetti spesso operata in dottrina nella sostanziale indifferenza della giurisprudenza. Cfr., in tema, A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1974, *passim*; ID., *I contratti. Parte generale*<sup>4</sup>, Torino, 2014, 33-34, per il quale «oggetto del contratto è, quindi, non la regola dettata, che del contratto costituisce il contenuto, ma il comportamento che la regola impone o il risultato che alla stessa immediatamente consegue: dati esterni alla struttura del contratto, designati genericamente come prestazioni. Il bene al quale la regola ha riguardo non è l'oggetto del contratto ma, piuttosto, l'oggetto della prestazione»; E. GABRIELLI, *Storia e dogma dell'oggetto del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 339 ss., il quale ritiene che «l'oggetto del contratto, come termine esterno allo stesso, quale entità materialmente percepibile, rimane quindi un elemento estraneo al contenuto, al regolamento, del quale invece entra a far parte – mediante l'impiego del segno grafico o del simbolo identificante – la descrittiva negoziale dei caratteri dell'oggetto». Quest'ultima riveste natura regolamentare, al pari della componente dispositiva del contenuto del contratto, e assolve ad una funzione tecnica che consiste nel fungere da «punto di riferimento necessario per instaurare il processo di produzione in concreto degli effetti giuridici». E, pertanto, «le parti con la descrizione negoziale operano dunque la determinazione e l'individuazione dell'oggetto del contratto fra tutti quelli già presenti nel mondo materiale, quando esso preesista alla formazione del contratto, oppure lo designano, attraverso la enunciazione delle sue note caratterizzanti ed identificatrici, quando questo sia oggetto di un obbligo di fare, o di un obbligo di dare, da individuare, proprio tramite la descrizione, successivamente alla conclusione del contratto». G. lamenta, peraltro, la scarsa attenzione riservata all'analisi dogmatica del contenuto del contratto, sotto il duplice profilo della sua portata dispositiva e di quella descrittiva, in connessione con l'oggetto del contratto: sul punto v. E. GABRIELLI, *L'oggetto del contratto*, in *Il Cod. Civ. Comm.*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 2001, 42, ma v. anche il recente ritorno sul tema in ID., *Il contratto e il suo oggetto nel diritto italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 23 ss. Per una reinterpretazione dell'oggetto del contratto alla luce del regolamento contrattuale,

necessaria a sventare il pericolo che prenda piede la convinzione che all'inadempimento si associ in ogni caso un doppio ordine di perdite: quelle patrimoniali, connesse alla mancata acquisizione o all'acquisizione non piena dei valori economici in cui si può tradurre la prestazione o che da quest'ultima sono ulteriormente ricavabili, e quelle non patrimoniali, legate alla sofferenza che l'inadempimento può generare ogniqualvolta esso scompagini un determinato programma di vita<sup>593</sup>. Il riferimento alla causa assolve proprio a una tale funzione di contenimento, giacché la specificità del requisito causale, sin dalle prime elaborazioni concettuali, risiede proprio nell'impedire l'affermarsi del principio "solus consensus obligat", subordinando il riconoscimento della vincolatività giuridica dell'accordo negoziale alla sussistenza di un elemento ulteriore rispetto alla pura volontà di obbligarsi, che può essere identificato, in maniera assai sintetica, nella riconoscibilità sociale della razionalità dell'operazione economica attuata mediante il contratto<sup>594</sup>.

La conclusione che se ne può trarre suggerisce un duplice canale di rilevanza della persona in sé all'interno del rapporto obbligatorio e, più in generale, del contratto. Ciò vale, beninteso, anche per il danno non patrimoniale, correlato alla lesione degli interessi della persona. Sicché, un primo canale è costituito dagli obblighi di protezione tramite i quali la rilevanza assegnata alla persona dall'ordinamento penetra nel rapporto obbligatorio, ma anche rielaborata e nelle forme di tutela proprie del rapporto obbligatorio, con l'inevitabile intensificazione della salvaguardia determinata dall'adozione della situazione soggettiva dell'obbligo e con la sottoposizione ad un test di coerenza con il piano dell'obbligazione e con la *lex contractus* che la *Drittwirkung*<sup>595</sup> non garantirebbe, a differenza del vaglio della buona fede<sup>596</sup>. Il secondo canale è rappresentato, invece, dal regolamento

---

e dunque in termini latissimi che includono anche la dimensione finalistica del contratto, cfr. M. GIROLAMI, *L'artificio della causa contractus*, Padova, 2012, 212 ss.

<sup>592</sup> Così C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, cit., 469; S. MAZZAMUTO, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, cit., 454, 457; S. DELLE MONACHE, *Interesse non patrimoniale e danno da inadempimento*, in *I Contratti*, 2010, 725.

<sup>593</sup> F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., 217, il quale soggiunge che il conferimento di rilevanza giuridica degli interessi della persona in seno alla causa del contratto non implica, necessariamente, l'assoggettamento del loro valore all'esclusiva logica del mercato.

<sup>594</sup> In argomento, cfr. ora la recente e ricchissima analisi di M. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Padova, 2015, *passim* sul quale hanno chiosato S. MAZZAMUTO, *A proposito del libro di Mario Barcellona "Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza"*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, 469 ss.; nonché G. GRISI, *Spigolando su causa, derivati, informazione e nullità*, in *Persona e mercato*, 2015, 4, 137 ss. Sul tema si rinvia, altresì, a F. PIRAINO, *Riflessioni su dogmatica e autonomia privata: il concetto di causa del contratto*, in G. BOMBELLI – B. MONTANARI (a cura di), *Ragionare per decidere*, Torino, 2015, 35 ss.

<sup>595</sup> Auspicata, invece, da E. NAVARRETTA, *Il danno non patrimoniale contrattuale: profili sistematici di una nuova disciplina*, in *I Contratti*, 2010, 732-733, la quale reputa, infatti, impeccabile il passaggio della motivazione delle Sezioni Unite – da cui si sono prese le mosse – incentrato sui diritti inviolabili della persona.

<sup>596</sup> S. MAZZAMUTO, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, cit., 460: «La via dell'integrazione alla luce del criterio della correttezza/buona fede offre delle garanzie che l'ascesa alla Costituzione per attingere direttamente alla tavola dei valori della persona non è in grado di assicurare: tali garanzie consistono nel test di coerenza dell'integrazione dei diritti costituzionali con il regolamento contrattuale predisposto dalle parti o con il piano dell'obbligazione che viene imposto dalla clausola generale della correttezza/buona fede, la quale si rivolge alle fonti eteronome ma con lo sguardo alla regolamentazione da completare anche alla stregua di un criterio di

contrattuale<sup>597</sup>, e in particolar modo dalla causa, grazie alla quale non ci si limita a proiettare nel rapporto contrattuale, sia pur nella riformulazione determinata dall'inserimento nelle strutture sue proprie, la rilevanza ordinamentale della persona, ma si può conferire all'individuo un rilievo autonomo, di fonte squisitamente convenzionale<sup>598</sup>. Per vero, il richiamo alla causa consente di svelare se, in termini oggettivi, la realizzazione del profilo della personalità, di cui si lamenta la frustrazione, assuma rilievo giuridico, nonostante la sua estraneità alla prestazione principale e, dunque, la sua alterità rispetto all'interesse primario dell'avente diritto<sup>599</sup>. Questo ulteriore canale di rilevanza del danno non patrimoniale autonomo esige, però, una strettissima vigilanza sul fronte dell'apprezzamento dei profili causali, così da evitare che un mero motivo soggettivo venga spacciato per uno degli elementi della causa del negozio<sup>600</sup>.

Una volta acclarato il duplice livello di rilevanza della persona in seno all'obbligazione e al contratto, è necessario spostare lo sguardo alle regole di responsabilità contrattuale e individuare la disposizione dalla quale far discendere la liquidazione del danno non patrimoniale da inadempimento. Le Sezioni Unite e una parte della dottrina<sup>601</sup> invocano l'art. 1223 c.c., sul presupposto che il riferimento alla "perdita subita" includa anche i pregiudizi non economici, ma una tale ipotesi non regge, se solo si considera l'origine storica e la formulazione dell'art. 1223 c.c., il quale è irrimediabilmente impiantato nel territorio della patrimonialità ed inoltre il suo fine regolamentare specifico consiste nel disciplinare la liquidazione del danno, individuando il più generale dei criteri selettivi dei danni risarcibili. La disposizione che fissa il dispositivo di ammissione del danno da inadempimento non è, quindi, l'art. 1223, bensì l'art. 1218<sup>602</sup>, il quale getta le fondamenta della responsabilità

---

ragionevolezza»; M.R. MARELLA, *Struttura dell'obbligazione e analisi rimediabile nei danni non patrimoniali da inadempimento*, cit., 467-472.

<sup>597</sup> Cfr., in proposito, S. MAZZAMUTO, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, cit., 455 ss.; M.R. MARELLA, *Struttura dell'obbligazione e analisi rimediabile nei danni non patrimoniali da inadempimento*, cit., 472-477.

<sup>598</sup> F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., 217. Sembra propensa all'insufficienza del rilievo causale dell'interesse non patrimoniale ai fini della configurabilità del danno non patrimoniale da inadempimento connesso al *Leistungsinteresse* E. NAVARRETTA, *Il danno non patrimoniale contrattuale: profili sistematici di una nuova disciplina*, 730.

<sup>599</sup> Il punto più controverso risiede nell'ammissibilità dell'ipotesi di danno non patrimoniale in forma autonoma, connesso all'interesse principale del creditore ma non identificabile con esso, come sembrerebbe accadere nella fattispecie del danno da vacanza rovinata. Nivarra ritiene tale danno non patrimoniale non risarcibile in termini generali e diffida da interpretazioni corrive dell'art. 1174 c.c. che potrebbero condurre proprio ad una "esplosione risarcitoria", riconoscendo solo al legislatore la previsione di un pregiudizio di tal fatta. Cfr., sul punto, L. NIVARRA, *La contrattualizzazione del danno non patrimoniale: un'incompiuta*, cit., 491-492, 497 ss.; in senso critico all'impostazione di N. si pone, invece, F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., 223, il quale ritiene che un recupero di questa forma di danno non patrimoniale autonomo possa essere realizzato nelle obbligazioni di fonte negoziale tramite il requisito della causa.

<sup>600</sup> F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., 224.

<sup>601</sup> La prima formulazione di tale ipotesi è di G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, cit., 227 ss.; F. TESCIONE, *Il danno non patrimoniale da contratto*, Napoli, 2008, 91, 113, 117 ss., 252 ss.; G. CONTE, *Considerazioni critiche sull'applicazione del paradigma risarcitorio ricavato dall'art. 2059 c.c. anche al danno non patrimoniale contrattuale*, cit., 712.

<sup>602</sup> L'opinione è stata autorevolmente sostenuta da S. MAZZAMUTO, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, cit., 461; nello stesso senso, ma con argomentazioni diverse, v. L. RIPA, *Il danno non patrimoniale*

contrattuale ed introduce espressamente il pregiudizio come elemento imprescindibile della fattispecie di responsabilità, ancorché nella forma di traduzione monetaria della mancata o inesatta prestazione o anche di ammanco ulteriore. Peraltro, il mutato quadro concettuale arricchisce di contenuti la pur tradizionale formulazione dell'art. 1218 c.c.<sup>603</sup> e consente di includere nell'area della responsabilità contrattuale anche i danni, patrimoniali e non, che scaturiscono dalla violazione degli obblighi di protezione o dalla lesione di interessi ulteriori resi rilevanti dalla causa del titolo negoziale dell'obbligazione, anche grazie alla nozione elastica di "esattezza della prestazione" e all'ulteriore categoria dogmatica della "violazione del contratto"<sup>604</sup>: la prima, un vero e proprio concetto valvola che permette di riprodurre nel giudizio di responsabilità l'ampiezza e la complessità di contenuti del rapporto obbligatorio; la seconda, una figura che prescinde dall'inadempimento di un'obbligazione in senso tecnico e che potrebbe conferire rilievo all'eventuale allargamento del perimetro degli interessi rilevanti provocato dalla fonte del rapporto obbligatorio<sup>605</sup>.

## 2. – Segue: i limiti di risarcibilità del danno non patrimoniale contrattuale

Posta l'autonoma risarcibilità del danno non patrimoniale contrattuale così come affermato dalle Sezioni Unite nel 2008, torna utile adesso ribadire i presupposti risarcitori<sup>606</sup>. Il disposto normativo a proposito del danno non patrimoniale mostra, da un lato, l'incontenibilità costituzionale del suo risarcimento e, dall'altro, la necessità di prendere atto dell'esaurimento della funzione selettiva dell'art. 2059 cod. civ., e ciò, a maggior ragione, laddove si faccia riferimento al danno non

---

da inadempimento, cit., 168 e M.M. FRANCISSETTI BROLIN, *Danno non patrimoniale e inadempimento*, cit., 187 ss.

<sup>603</sup> Sul rapporto tra l'art. 1218 c.c. e gli obblighi di protezione cfr. C. CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, cit., 706-707.

<sup>604</sup> Su tale concetto fondamentale, troppo trascurato in letteratura, si sofferma ora S. MAZZAMUTO, *Le nuove frontiere della responsabilità contrattuale*, cit., 726 ss.; ma v. anche A. LUMINOSO, *La vendita*, in *Tratt. dir. civ.*, già diretto da A. CICU – F. MESSINEO – L. MENGONI, continuato da P. SCHLESINGER, Milano, 2014, 361 ss., in part. 378 ss. La prima concettualizzazione della violazione del contratto, in Italia, si deve a L. MENGONI, *Profili di una revisione della garanzia per vizi nella vendita*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, I, 3 ss., ora in *Scritti. II. Obbligazioni e negozio*, a cura di C. CASTRONOVO – A. ALBANESE – A. NICOLUSSI, Milano, 2011, 385 ss.

<sup>605</sup> La ricostruzione è di F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., 224.

<sup>606</sup> In argomento v. E. NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali*, in *Foro it.*, 2009, cc. 139 ss.; AA.VV., *Il danno non patrimoniale. Guida commentata alle decisioni delle S.U. 11 novembre 2008 nn. 26972/3/4/5*, Milano, 2009; P. ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale: istruzioni per l'uso*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 98; 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*, in *Contr. e impr.*, 2009, 588 ss.; A. RICCIO, *Verso l'atipicità del danno non patrimoniale: il mancato rispetto dei vincoli derivanti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo solleva una nuova questione di costituzionalità dell'art. 2059 c.c.?*, *ibidem*, 277 ss. C. SCOGNAMIGLIO, *Il sistema del danno non patrimoniale dopo le Sezioni Unite*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 38 ss.; G. CITARELLA, *Danno non patrimoniale e contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 102 ss.; M. DI MARZIO, *Danno non patrimoniale: grande è la confusione sotto il cielo, la situazione non è eccellente*, in *Foro it.*, 2009, I, 120 ss.



patrimoniale di fonte contrattuale. Tale assunto, tuttavia, non implica che sia venuto meno ogni limite alla generale risarcibilità del danno alla persona, rimanendo fermi i limiti dettati dall'art. 2059 che dovranno essere combinati con gli altri principi sistemici dell'ordinamento.

Com'è noto, l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 cod. civ. istituisce una "ingiustizia costituzionalmente qualificata". L'ingiustizia, però, è un requisito deputato a discernere gli interessi, il rischio della cui lesione avrebbe dovuto indurre l'agente ad astenersi dal comportamento dannoso. In altre parole, si tratta di un criterio che esaurisce il suo compito proprio nell'operare come filtro di accesso di un bene/valore alla tutela aquiliana e che non investe, invece, la diversa questione della trasposizione della sua lesione nel relativo equivalente pecuniario<sup>607</sup>. Pertanto, secondo l'impostazione tradizionale, l'ingiustizia costituzionalmente qualificata dovrebbe operare limitando la risarcibilità del danno non patrimoniale a quelle fattispecie in cui un tal danno proviene da un fatto dannoso che si qualifichi ingiusto, perché incorpora la lesione di un diritto costituzionalmente protetto: in definitiva, il limite che l'art. 2059 pone alla trasposizione del pregiudizio personale in un equivalente pecuniario non opera solo quando la fattispecie aquiliana si associa alla lesione di un diritto costituzionalmente protetto. In realtà, non è questo il modo in cui l'art. 2059 cod. civ. – costituzionalmente interpretato – trova impiego, con particolare riguardo al danno non patrimoniale da inadempimento. Nella responsabilità contrattuale, infatti, il risarcimento del danno non è subordinato alla sua ingiustizia, sicché non si dà neanche un giudizio di ingiustizia che si possa volere costituzionalmente qualificata. A ciò occorre aggiungere che la disposizione in esame non sembra permettere effettivamente la chiusura del danno alla persona entro un regime di reale tipicità. In tal senso, viene in rilievo l'art. 2 Cost., il quale costituisce una clausola aperta, a cui va riconosciuta «natura generativa di nuovi infiniti diritti»: si tratta, quindi, di una disposizione talmente ampia ed elastica da ricomprendere qualsiasi ulteriore sviluppo della coscienza sociale.

Alla luce di tali considerazioni, possono ricavarsi due corollari: in primo luogo, l'ambito di rilevanza del danno non patrimoniale, quale ne sia l'origine (contrattuale o non), coincide tendenzialmente con l'intero raggio del pregiudizio alla sfera materiale e spirituale della persona; in secondo luogo, il superamento del limite dell'art. 2059 muove dal carattere intrinsecamente evolutivo del criterio della patrimonialità e dalla costitutiva deperibilità della barriera che esso istituisce.

Su altro versante, il formante legislativo registra nel maggio del 2010 la presentazione nel Consiglio dei Ministri di un disegno di legge che delega il Governo ad apportare alcune modifiche al codice civile<sup>608</sup>, introducendo, *inter alia*, proprio

---

<sup>607</sup> Così M. BARCELLONA, *Relazione al convegno su Funzione "normativa" della giurisprudenza di legittimità e commisurazione del danno non patrimoniale*, svoltosi a Roma il 23 maggio 2012 presso l'Aula Magna della Corte Suprema di Cassazione.

<sup>608</sup> Più in particolare, si tratta di un disegno di legge delega (Disegno di legge N. 2284, consultabile sul sito [www.senato.it](http://www.senato.it)) per le modifiche al codice civile in materia della disciplina della fiducia e del contratto autonomo di garanzia che, all'art. 4, prevede l'introduzione di un comma secondo al 1175 cod. civ., dove sono sanciti gli

una norma di espresso riconoscimento della ‘risarcibilità’ del danno non patrimoniale contrattuale, ma la questione è finita nel dimenticatoio. In realtà, prescindendo da un’espressa previsione legislativa, la questione circa l’astratta risarcibilità del danno non patrimoniale contrattuale è stata risolta in senso affermativo dall’elaborazione giurisprudenziale e dottrinale, rimanendo aperti i problemi – sui quali però non vi sono tracce di intervento normativo – afferenti alla prova e alla commisurazione del danno<sup>609</sup>. Non v’è dubbio poi che, dalla prospettiva del diritto privato europeo, la regola di irrisarcibilità del danno non patrimoniale contrattuale risulti, ormai, decisamente superata. Ed infatti, la soluzione favorevole alla risarcibilità del danno non patrimoniale – già enunciata senz’altro nell’art. 7.4.2. dei Principi Unidroit, alla stregua del quale “*il danno può essere di natura non pecuniaria e comprende, per esempio, la sofferenza fisica e morale*” – trova un’ancora più articolata esplicazione nella disposizione dell’art. 9:501 dei Principi di diritto europeo dei contratti, dove si afferma che “*2) il danno di cui può essere domandato il risarcimento comprende: a) il danno non patrimoniale; e b) il danno futuro che è ragionevolmente prevedibile*”<sup>610</sup>.

La società moderna presenta ormai bisogni che per il consumatore solo limitatamente attengono al piano degli interessi patrimoniali e che, sempre più spesso, si riferiscono, invece, all’area degli interessi non patrimoniali, che vanno dai bisogni culturali, ai bisogni di svago o ricreazione, e che trovano il proprio momento di giuridificazione proprio nell’ambito di contratti e comunque in relazione all’esistenza di un rapporto obbligatorio, cui sia riconducibile l’inadempimento all’origine del danno. In tale prospettiva, occorre sempre tenere presente il requisito della serietà della lesione dell’interesse dalla cui infrazione derivi il danno non patrimoniale contrattuale. Tale esigenza, avvertita dalla prevalente giurisprudenza, è posta al fine di evitare una tendenza incrementale secca del costo del danno da inadempimento dell’obbligazione contrattuale destinata, infine, a ripercuotersi sul consumatore finale<sup>611</sup>.

Sulla base di tali considerazioni, il danno non patrimoniale da inadempimento si presta ad essere inquadrato, fondamentalmente, secondo due prospettive. La prima concerne la possibilità di qualificarlo come il danno che consiste nella lesione di un diritto inviolabile quale conseguenza di una fattispecie di inadempimento, vale a dire

---

obblighi di protezione, e di un secondo comma all’art. 1223 cod. civ., dove il risarcimento è esteso anche ai danni non patrimoniali.

<sup>609</sup> In argomento v. le opere di F. TESCIONE, *Il danno non patrimoniale da contratto*, Napoli, 2008 e di V. TOMARCHIO, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Napoli, 2009.

<sup>610</sup> Cfr. C. CASTRONOVO, *Principi di diritto europeo dei contratti*, Milano, 2001, 490. Ancora più netta risulta, poi, la soluzione accreditata nel c.d. *Draft Common Frame of Reference*, e cioè nei *Principles Definitions and Model Rules of European private Law*, dove all’articolo 3:701, si afferma senz’altro, in sede di disciplina del *right to damages*, che “*loss includes economic and non - economic loss. Economic loss includes loss of income or profit, burdens incurred and reduction in the value of property. Non economic loss includes pain and suffering and impairment of the quality of life*”: formulazione che, ove fosse davvero destinata ad accreditarsi come regola del diritto privato europeo risolverebbe in un sol colpo tutti i problemi di risarcibilità, o meno, del danno non patrimoniale contrattuale.

<sup>611</sup> Sul punto cfr. Cass., Sez. Un., 18 febbraio 2010, n. 3947, con nota di da M. LOBUONO, *La natura giuridica della polizza fideiussoria: l’intervento delle Sezioni Unite*, in *Contratti*, 2010, 440.

se lo stesso debba essere inquadrato come il danno da mancata realizzazione di un (diverso) interesse non patrimoniale che il contratto serviva a soddisfare. Nel primo caso, assume particolare rilievo l'esperibilità dell'azione di cui all'art. 1218 cod. civ., come mezzo per ottenere la liquidazione del danno, che comunque è dovuta. La seconda prospettiva, invece, conduce a domandarsi se e in che limiti vadano risarcite anche le conseguenze non patrimoniali dell'inadempimento, intese come il pregiudizio a quegli interessi di natura non economica che il creditore, mediante il ricevimento della prestazione, intendeva realizzare. In quest'ultima ipotesi, a parte i casi coperti da una specifica previsione di legge, un ruolo determinante spetta certamente al potere di autonomia negoziale.

In via preliminare, occorre evidenziare che, secondo l'impostazione tradizionale, il profilo non patrimoniale dell'interesse creditorio può assumere un rilievo prevalente all'interno del singolo rapporto, determinando così la qualificazione della prestazione quale condotta al servizio di un bisogno della controparte di natura diversa da quella economica<sup>612</sup>. Oggi questo scenario è profondamente mutato: infatti, nel delineare il quadro della nuova prospettiva va, anzitutto, considerata l'evoluzione concettuale che ha riguardato il requisito della causa, intesa, ormai, non più quale funzione rigidamente desunta dagli elementi identificativi del tipo contrattuale, bensì quale sintesi degli interessi concreti che possono dirsi perseguiti attraverso il contratto alla stregua di una valutazione oggettiva. In tale prospettiva, l'interesse specifico coltivato dal creditore, il quale si sia assicurato *ex contractu* il diritto ad una data prestazione, si sposta dal piano dei motivi individuali a quello della causa<sup>613</sup>. In assenza di una norma di portata analoga a quella dell'art. 2059 cod. civ., ribaltando i termini della questione, sembrerebbe che nella responsabilità contrattuale tutti i danni non patrimoniali siano (anche se solo in astratto) suscettibili di riparazione. Su altro versante, la materia del danno non patrimoniale ha condotto ad un notevolissimo allargamento delle ipotesi in cui la misura risarcitoria è accordata alla vittima dell'altrui condotta lesiva; risvegliando così l'interrogativo se l'inadempimento del rapporto obbligatorio, a sua volta, possa porsi – ed entro che limiti – quale fonte di una pretesa al ristoro dei pregiudizi di natura non patrimoniale subiti dal creditore. Il tema del danno non patrimoniale da inadempimento, infatti, pone in rilievo, come proprio momento centrale, una questione che non attiene alla risarcibilità di determinati pregiudizi altrimenti destinati a rimanere irrilevanti. In tal senso, la qualifica in termini di inadempimento di una condotta, che sia sufficiente, già in sé, a generare la risarcibilità del danno non patrimoniale derivatone, conduce all'assorbimento della relativa azione nell'alveo della responsabilità contrattuale. Purtuttavia, occorre domandarsi se sia possibile ottenere da parte del creditore la liquidazione del danno non patrimoniale subito, nei casi in cui l'inadempimento si

---

<sup>612</sup> Cfr. E. NAVARRETTA – D. POLETTI, *I danni non patrimoniali nella responsabilità contrattuale*, in *I danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, a cura di E. NAVARRETTA, Milano, 2004, 59 ss.

<sup>613</sup> In argomento v. C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in *Trattato del contratto* diretto da V. ROPPO, II, Regolamento a cura di G. VETTORI, Milano, 2006, 83 ss.

concreti in una condotta già capace di assumere rilevanza – in ragione dell’evento prodotto – alla luce delle disposizioni di cui agli artt. 2043 e 2059 cod. civ. Come già anticipato nel primo capitolo, la risposta è positiva, evitando, in tal modo, l’irrazionalità di un cumulo di azioni per conseguire la riparazione integrale del danno derivato dalla mancata o inesatta attuazione del rapporto obbligatorio. Invero, tale problematica non presenta difficoltà, quando si sia al cospetto di una fattispecie contrattuale che pone a carico di una parte una prestazione diretta a preservare un bene dell’altra che, come la salute, è costituzionalmente tutelato come fondamentale attributo della persona: in tal caso, se l’obbligato pregiudica il bene che mediante il contratto doveva trovare protezione, la sua condotta assumerà le connotazioni di un inadempimento lesivo di un diritto inviolabile del creditore<sup>614</sup>. Altre volte, poi, è il legislatore stesso a preoccuparsi di risolvere il problema in esame, come accade esemplarmente nel contratto di trasporto di persone, a proposito del quale l’art. 1681 cod. civ., al comma 1, prevede che la responsabilità del vettore, oltre al ritardo e alla mancata esecuzione del trasporto, si estenda ai sinistri che colpiscono la persona del viaggiatore durante il viaggio. Pertanto, il viaggiatore, con l’azione risarcitoria da inadempimento, potrà ottenere il ristoro del danno subito alla propria persona nel corso del viaggio, salvo che il vettore riesca a provare di aver adottato tutte le misure idonee ad evitarlo<sup>615</sup>.

Alla luce di quanto emerso, è evidente come sia la teoria degli obblighi collaterali di protezione a poter offrire il criterio per riconoscere alla condotta produttiva di un danno non patrimoniale le connotazioni dell’inadempimento, inteso, *lato sensu*, come violazione del rapporto obbligatorio quale rapporto a struttura complessa, perché non costituito, appunto, dal solo obbligo principale di prestazione, con la conseguenza che la pretesa risarcitoria potrà essere avanzata, dal danneggiato, attraverso l’azione di cui all’art. 1218 c.c.<sup>616</sup>.

Ciò detto, la prospettiva del danno non patrimoniale da inadempimento di maggiore interesse concerne la responsabilità dell’autore del danno e, in particolare, in che termini debba risponderne e se sussista un pregiudizio apprezzabile in termini giuridici. Più nel dettaglio, la questione concerne i casi in cui il contratto funge da strumento di realizzazione, per una delle parti, di un interesse non patrimoniale che non rimane confinato nella sfera intima del suo portatore, ma assume, in qualche maniera, il valore di un elemento obiettivo, giungendo a conformare la causa del contratto o coincidendo con l’interesse tipico che questo serve a soddisfare o essendo reso manifesto, ancora, nel momento del perfezionarsi del vincolo. L’ipotesi paradigmatica, in argomento, è rappresentata certamente dai contratti di viaggio, fattispecie legale espressiva di una funzione che non si risolve nel semplice scambio di prestazioni economicamente valutabili, essendo, al contrario, compenetrata dall’interesse al godimento della vacanza da parte del consumatore, quale interesse

---

<sup>614</sup> E. NAVARRETTA – D. POLETTI, *I danni non patrimoniali nella responsabilità contrattuale*, cit., 70.

<sup>615</sup> Cfr. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 570.

<sup>616</sup> In tal senso, C. CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. it.*, XXI, 1990, 1 ss.

non patrimoniale che dunque rileva sul piano della causa, rendendo risarcibile, in caso di inadempimento dell'organizzatore, anche il danno non patrimoniale subito dal consumatore ovvero sia il danno c.d. da vacanza rovinata<sup>617</sup>. In altri casi, invece, è da escludere che l'interesse non patrimoniale, di cui è portatore uno dei contraenti, sia assorbito nella causa del contratto, sebbene esso assuma un proprio carattere obiettivo, presentandosi come l'interesse che il rapporto tipicamente tende a soddisfare<sup>618</sup>. Si tratta, in verità, di un'area assai ampia, perché estesa ad un vasto novero di contratti della vita quotidiana e potenzialmente comprensiva, comunque, di molti contratti di minor impegno economico. In queste fattispecie, sembra realizzarsi lo sdoppiamento di piani intuito dal legislatore nell'art. 1174 cod. civ., laddove la prestazione, che deve essere suscettibile di valutazione economica, è messa in relazione, nel rapporto obbligatorio, con un interesse del creditore che può avere natura anche non patrimoniale. In questi casi, il danno non patrimoniale che la stessa determina è risarcibile, attraverso l'azione *ex art.* 1218 cod. civ., richiedendo una sanzione da parte dell'ordine giuridico. In tale ottica, l'autonomia negoziale può certamente spingersi a qualificare come danno risarcibile la lesione di un interesse non patrimoniale determinata dall'inadempimento<sup>619</sup>. Ed infatti, non vi sono ragioni per negare ai privati il potere di qualificare come 'risarcibile' il danno da inadempimento consistente nella lesione di un interesse non patrimoniale del creditore. Se la prestazione eseguita non è idonea a realizzare un interesse non patrimoniale, che mediante il contratto doveva trovare attuazione, la stessa sarà difforme dal programma obbligatorio, dando così vita ad una fattispecie di inadempimento. In altri termini, l'autonomia negoziale deve farsi carico che l'eventuale rilevanza assunta dall'interesse non patrimoniale sul piano della causa del contratto si specifichi in una rilevanza qualificata sul piano risarcitorio. A tal proposito, assumeranno un'importanza decisiva le clausole di 'risarcibilità' che potranno essere esplicite o anche solo implicite nel regolamento dettato dalle parti per la disciplina del loro rapporto, fra cui spicca la clausola penale. Quest'ultima, nella misura in cui le parti ne facciano riferimento, ben potrà assurgere ad assegnare rilevanza ai pregiudizi non patrimoniali derivanti dall'inadempimento, riconoscendo il danno non patrimoniale che promana dalla mancata o inesatta attuazione del rapporto obbligatorio<sup>620</sup>. Di conseguenza, il giudice, nell'esercizio del potere di

---

<sup>617</sup> In argomento M. GORGONI, *I giudici e l'inadempimento del contratto di viaggio*, in *Resp. civ. prev.*, 1997, 828 ss., in part. 836-837; M. CENINI, *Risarcibilità del danno non patrimoniale in ipotesi di inadempimento contrattuale e vacanze rovinate: dal danno esistenziale al danno «da tempo sacrificato»?*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, 633 ss., in part. 637; E. GUERINONI, *Danno da «vacanza rovinata» e art. 2059*, in *Contratti*, 2001, 580 e la fenomenologia segnalata da U. DAL LAGO – R. BORDON, *La nuova disciplina del danno non patrimoniale*, Milano, 2005, 92.

<sup>618</sup> In tal senso, v. C. M. BIANCA, *Diritto civile, IV, L'obbligazione*, Milano, 1998, 41 ss., secondo cui, nelle obbligazioni contrattuali, l'interesse creditorio, che entra nel contenuto del rapporto, perché risulta dal titolo o rileva come l'interesse tipico, e cioè il normale interesse direttamente connesso alla prestazione, senz'altro concorre a integrare la causa concreta del contratto.

<sup>619</sup> In argomento v. C. AMATO, *Nozione unitaria di danno non patrimoniale e autonomia negoziale*, in *AA.VV., Il danno non patrimoniale*, Milano, 2009, 19 ss. ed ivi 24 ss.;

<sup>620</sup> E. NAVARRETTA – D. POLETTI, *I danni non patrimoniali nella responsabilità contrattuale*, cit., 71.

riduzione *ex art.* 1384 cod. civ., dovrà tenere conto, per valutare se essa sia manifestamente eccessiva, anche dell'interesse non patrimoniale del creditore all'adempimento.

### 3. – *La funzione sanzionatoria del danno non patrimoniale da inadempimento*

La circostanza che la commisurazione del danno non patrimoniale da inadempimento non segua i criteri delle normali tecniche risarcitorie induce a ritenere che si sia in presenza di una misura di tutela o, se vogliamo, di un rimedio avente la funzione di *punire-prevenire* le forme che si ritengano lesive di valori non patrimoniali afferenti alla persona<sup>621</sup>. Trattandosi di pregiudizi di siffatta natura ed essendone ardua la precisa quantificazione, dovrà il giudice procedere in via equitativa. È evidente che, così composto, il rimedio soltanto formalmente provvede alla riparazione-compensazione del danno, essendo invece esso sostanzialmente diretto a *sanzionare* il comportamento del danneggiante. All'aspetto sanzionatorio, poi, è ricollegata anche la funzione di *prevenzione* che il sistema di responsabilità esercita. Indirizzi prevalenti in ambienti di influenza francese sottolineano, inoltre, l'aspetto della *garanzia* che è connesso al sistema di responsabilità: si sostiene, a questo proposito, che la lesione di un diritto protetto è ragione sufficiente per irrogare una sanzione. Da quanto precede si ricava che la liquidazione del danno non patrimoniale da inadempimento, contemplata in via generale dall'art. 1218 cod. civ. o dalla norma speciale del caso (si pensi, ad esempio, all'art. 47 cod. tur.), non riveste un carattere propriamente risarcitorio, perché essa non mira al ristoro di un danno, quanto piuttosto al procacciamento di un utile o, per essere più incisivi, alla erogazione di una risorsa economica destinata ad incidere, oramai solo in senso quantitativo (là dove la prestazione originaria avrebbe inciso in senso qualitativo), sulla sfera giuridica del danneggiato. Sembra, dunque, che, da questo punto di vista, il rimedio previsto per il danno non patrimoniale da inadempimento vada, puramente e semplicemente, a prendere il posto che, nella geografia del patrimonio dell'avente diritto, occupava il valore o il bene ormai perito (o, comunque, pregiudicato): ciò che appare irriducibile alla *ratio* propria del rimedio risarcitorio, orientandosi invece verso una logica sanzionatoria di «pena privata». Va soggiunto, inoltre, che nell'ipotesi in cui il danno non patrimoniale da inadempimento trovi un preciso addentellato normativo, come nel caso dell'art. 47 cod. tur., ad esso va certamente riferito il carattere di pena privata 'legale', poiché trattasi di pena irrogata *ex lege*; per converso, quando il danno non patrimoniale da inadempimento è riconosciuto *ex art.* 1218 cod. civ., esso appare nella veste di una pena privata 'giudiziale'. Da questo consegue, come ultimo corollario, che alla sentenza 'dichiarativa' del danno non patrimoniale da inadempimento previsto per legge non potrà riconoscersi natura costitutiva, a differenza di quanto accade nell'ipotesi di danno non patrimoniale da

---

<sup>621</sup> Cfr., in tema, A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, 173.

inadempimento *ex art. 1218 cod. civ.*, ove la sentenza si presenta, invece, ‘costitutiva’.

#### 4. – *Il danno da mancato consenso informato*

Messa in luce la funzione sanzionatoria del danno non patrimoniale da inadempimento, occorre ora evidenziare le fattispecie che maggiormente vengono in rilievo nella tematica in esame. A questo proposito, un significativo fattore di arricchimento del dibattito in tema di danno non patrimoniale concerne il danno subito dal paziente nel caso cui venga omesso il consenso informato. La questione si ricollega al moltiplicarsi di ipotesi di responsabilità da c.d. contatto sociale<sup>622</sup>, cioè da inadempimento di un’obbligazione preesistente fondata sullo *status* del soggetto: ipotesi che attraggono nel dominio della responsabilità c.d. contrattuale fattispecie in precedenza destinate ad essere assorbite nell’ambito della responsabilità extracontrattuale e che sono, del resto, caratterizzate sovente dalla centralità di interessi non patrimoniali o post-acquisitivi alla cui protezione è, appunto, deputata la costruzione della fattispecie obbligatoria.

Con peculiare riferimento alla responsabilità del medico<sup>623</sup>, a partire dalla storica sentenza del 1999<sup>624</sup>, si è delineato un particolare modello di responsabilità

---

<sup>622</sup> Contatto sociale da non confondere con i rapporti contrattuali di fatto: mette in guardia dall’equivoco di una loro identificazione C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 482 ss., in part. 486 ss. Di rapporto di fatto originato da un contatto sociale parla – e si tratta, con ogni evidenza, di un linguaggio equivoco – V. CARBONE, *Inadempimento dello Stato all’obbligo da direttiva: responsabilità ex art. 1218 o 2043 c.c.?*, in *Danno e resp.*, 2012, 743. In argomento v. i rilievi critici formulati da F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*. Estratto, cit., 94 ss. ed ivi riferimenti di dottrina e giurisprudenza.

<sup>623</sup> La letteratura al riguardo è davvero smisurata: cfr., *ex multis*, A. DE MARTINI, *La responsabilità civile del medico*, in *Giust. civ.*, 1954, I, 1236 ss.; A. PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, Napoli, 1983, 136 ss.; D. CARUSI, *Responsabilità del medico e obbligazioni di mezzi*, in *Rass. dir. civ.*, 1991, 491 ss.; V. ZAMBRANO, *Interesse del paziente e responsabilità medica nel diritto civile italiano e comparato*, Napoli, 1993, *passim*; C. CASTRONOVO, *Profili della responsabilità medica*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*. V. *Responsabilità civile e tutela dei diritti*, Milano, 1998, 117 ss.; G. ALPA, *La responsabilità medica*, in *Resp. civ. e prev.*, 1999, 315; P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, Torino, 1998, 743 ss.; V. ZAMBRANO – P. STANZIONE, *Attività sanitaria e responsabilità civile*, Milano, 1998, 85 e ss.; F. CAFAGGI, *Responsabilità del professionista*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1998, vol. XVII, 198 ss.; R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995, 123 ss.; M. ZANA, *Responsabilità del professionista*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVII, Roma, 1991, 4; ID., *La responsabilità del medico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 162; E. GUERINONI, *Obbligazione da "contatto sociale" e responsabilità contrattuale nei confronti del terzo*, in *Contratti*, 1999, 1013.; G. CATTANEO, *La responsabilità del medico nel diritto italiano*, in *La responsabilità medica*, Milano, 1982, 21; F. PONTONIO, *La responsabilità professionale medica nella prospettiva europea*, in *Resp. civ. prev.*, 1993, 40; R. QUADRI, *La responsabilità medica tra obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Danno e resp.*, 1999, 1165 ss.; S. MAZZAMUTO, *Note in tema di responsabilità civile del medico*, in *Europa e dir. priv.*, 2000, 500 ss.; L. NIVARRA, *La responsabilità civile dei professionisti (medici, avvocati, notai): il punto della giurisprudenza*, in *Eur. e dir. priv.*, 2000, 518 ss.; A. NICOLUSSI, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Eur. e dir. priv.*, 2006, 797 ss.; F. PIRAINO, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» ovvero dell’inadempimento incontrovertibile e dell’inadempimento controvertibile*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, 83 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, *Una commedia degli errori? La responsabilità medica fra illecito e inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 306 ss.; M. FRANZONI, *Dalla colpa grave alla responsabilità professionale*, Torino, 2011, *passim*, in part. 55 ss., 191 ss. In giurisprudenza tra

contrattuale fondata sul contatto sociale che si instaura fra medico e paziente, al momento dell'accettazione del paziente nella struttura ospedaliera e della presa in carico da parte del sanitario accettante. Più in particolare, si tratta di una specifica responsabilità contrattuale nascente da un'obbligazione senza prestazione ai confini fra contatto e torto, comportante per il medico, da un lato, obblighi di cura derivanti dall'arte che professa, e, dall'altro, vincoli diretti con il paziente in cura, la cui violazione, sebbene non dia adito ad obblighi di prestazione, si configura come *culpa in non faciendo*, dando luogo ad una responsabilità da inadempimento<sup>625</sup>. In altri

---

le sentenze più significative v.: Cass., 21 dicembre 1978, n. 6141; Cass., 15 gennaio 1997, n. 364, in *Foro it.*, 1997, I, 771 ss.; Cass., 4 febbraio 1998, n. 1127, in *Giur. it.*, 1998, I, 1800 ss. Particolare clamore in dottrina ha destato Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno e resp.*, 2008, 788 ss., con nota di G. VINCIGUERRA, *Nuovi (ma provvisori?) assetti della responsabilità medica* e *ivi*, 2008, 871 ss., con nota di A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, cit., e di M. GAZZARRA, *Le S.U. "fanno il punto" in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria*, 1002 ss. e di R. BREDA, *Contenuto del rapporto obbligatorio e onere della prova nella responsabilità medica*, in *Danno e resp.*, 2008, 1265 ss.; in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2008, 612 ss., con nota di R. DE MATTEIS, *La responsabilità della struttura sanitaria per danno da emotrasiusione*; in *Resp. civ. prev.*, 2008, 856, con commento di M. GORGONI, *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzi/di risultato*; in *Giur. it.*, 2008, 1653 ss., con nota di A. CIATTI, *Crepuscolo della distinzione tra le obbligazioni di mezzi e le obbligazioni di risultato* e di M.G. CURSI, *Responsabilità della struttura sanitaria e riparto dell'onere probatorio*, *ivi*, 2197 ss.; in *La resp. civ.*, 2009, 221 ss., con nota di C. MIRIELLO, *Nuove e vecchie certezze sulla responsabilità medica*, e di R. CALVO, *Diritti del paziente, onus probandi e responsabilità della struttura sanitaria*, *ivi*, 397 ss. e di M. DRAGONE, *Le S.U., la "vicinanza alla prova" e il riparto dell'onere probatorio*, *ivi*, 687 ss. Sui più recenti orientamenti giurisprudenziali v. anche G. VETTORI, *Le fonti e il nesso di causalità nella responsabilità medica*, in *Obbl. contr.*, 2008, 393 ss.; M. PARADISO, *La responsabilità medica tra conferme giurisprudenziali e nuove aperture*, in *Danno e resp.*, 2009, 703 ss. Per una recente riaffermazione della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato v. Cass., 28 febbraio 2014, n. 4876, in *Contratti*, 2014, 888 ss., con commento critico di F. PIRAINO, *Corsi e ricorsi delle obbligazioni "di risultato" e delle obbligazioni "di mezzi": la distinzione e la dogmatica della sua irrilevanza*; nonché, in una materia di per sé molto poco permeabile al superamento della coppia mezzi-risultato, Cass., 5 agosto 2013, n. 18612, in *Giur. it.*, 2014, 841 ss., con nota di R. FAVALE, *Contrasto giurisprudenziale ed obbligo dell'avvocato di "seguire la via più sicura"*; per ulteriori ragguagli sulla materia del vincolo dell'avvocato cfr. R. FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, Padova, 2011, *passim*. La materia della responsabilità medica è stata recentemente innovata, testualmente nel solo ambito della responsabilità del medico dipendente da una struttura pubblica, dall'art. 3 della l. 8 novembre 2012, n. 189, che ha convertito il c.d. Decreto "Balduzzi". In argomento cfr. M. DE LUCA, *La nuova responsabilità del medico dopo la legge Balduzzi*, Roma, 2012, *passim*, in part. 27 ss.; V. CARBONE, *La nuova responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*, in *Danno e resp.*, 2013, 378 ss.; B. GRAZZINI, *Responsabilità dell'esercente le professioni sanitarie e rischio clinico nel c.d. «Decreto Balduzzi»*, in *Corr. giur.*, 2013, 1235 ss.; A. FIORI – D. MARCHETTI, *L'articolo 3 della Legge "Balduzzi" n. 189/2012 ed i vecchi e nuovi problemi della medicina legale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 563 ss.; F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, "contatto sociale" e doveri di protezione "autonomi"*, in *Eur. e dir. priv.*, 2014, 158 ss.; A. QUERCI, *Le evoluzioni della responsabilità sanitaria, fra Riforma Balduzzi, disegni di legge e novità giurisprudenziali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, 145 ss.; M. FACCIONI, *La quantificazione del risarcimento del danno derivante da responsabilità medica dopo l'avvento della legge Balduzzi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 214, II, 97 ss.

<sup>624</sup> Cass., Sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589, in *Foro it.*, 1999, I, 3332; *Danno e resp.*, 1999, 294 ss., con nota di V. CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto* e 781 ss., con nota di R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica tra scienza iuris e regole di formazione giurisprudenziale*; in *Corr. giur.*, 1999, 441 ss., con nota di A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*; in *Giust. civ.*, 1999, 999 ss., con nota di G. GIANCALONE, *La responsabilità del medico dipendente dal servizio sanitario nazionale: contrattuale, extracontrattuale o transtipica?*

<sup>625</sup> In argomento si rinvia a C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, 147 ss.; ID., *La nuova responsabilità civile*, cit., 177 ss.; ID., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Eur. e dir. priv.*, 2009, III,



termini, la fattispecie in questione viene ricondotta alla categoria dei rapporti contrattuali di fatto, i quali, ancorché modellati su una fattispecie tipica, della quale seguono la disciplina, si costituiscono, in assenza di una base negoziale (o per nullità della stessa), per effetto del contatto sociale tra le parti<sup>626</sup>.

Il medico quindi sarebbe tenuto a rispondere, a titolo contrattuale, degli eventuali danni cagionati nell'esercizio della sua attività professionale per il solo fatto di essere entrato in contatto con il paziente, dal momento che, dal rapporto in questo modo instauratosi, potrebbe potenzialmente derivare la lesione di diritti meritevoli di tutela per l'ordinamento, ossia del diritto alla salute, tutelato espressamente dall'art. 32 Cost.

Fondamento normativo di tali obbligazioni va rintracciato nell'art. 1173, comma terzo cod. civ., inteso quale clausola generale aperta, che consente di inserire fra le fonti dell'obbligazione qualsiasi atto o fatto idoneo a produrle in conformità all'ordinamento giuridico. In sostanza, l'obbligazione, nasce dall'affidamento del terzo nell'altrui professionalità: è l'affidamento alla base del contatto sociale, e proprio quel rapporto, che origina da tale contatto, finisce per essere contrattuale nel contenuto, benché non tale nella genesi<sup>627</sup>. Tale inquadramento consente, oltre ad individuare il contatto sociale quale fatto idoneo ex art. 1173 cod. civ., di mutuare il modello della responsabilità contrattuale del quale il rapporto presenta caratteristiche funzionali<sup>628</sup>.

L'individuazione di tale fattispecie permette di superare l'ormai desueto orientamento giurisprudenziale che qualificava la responsabilità in esame come extracontrattuale, confermando la contrattualizzazione della responsabilità del medico in forza del contatto sociale che si viene ad instaurare con il paziente al momento della sua accettazione nella struttura ospedaliera e dell'adempimento nei suoi confronti della prestazione dal medico convenuto con la struttura ospedaliera<sup>629</sup>.

---

679 ss.; ID., *Vaga culpa in contrahendo: invalidità responsabilità e chance perduta*, in *Eur. e dir. priv.*, 2010, 1 ss.; ID., *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2011, I, 55 ss.

<sup>626</sup> M. PARADISO, *La responsabilità medica dal torto al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 334.

<sup>627</sup> In tal senso, v. P. IAMICELI, *Responsabilità del medico dipendente: interessi protetti e liquidazione del danno*, in *Corr. giur.*, 2000, 379.

<sup>628</sup> In verità, una parte minoritaria della giurisprudenza è giunta ad affermare la responsabilità contrattuale del medico dipendente, accogliendo la teoria, di origine germanica, del contratto con effetti protettivi a favore del terzo, per la quale, in alcuni contratti, accanto ed oltre alla prestazione principale, è garantito e rimane esigibile un ulteriore diritto corrispondente alla pretesa che i terzi al contratto non subiscano danni derivanti dall'attività sanitaria svolta dal medico dipendente (cfr. Cass. 22 novembre 1993, n. 11503, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, 695 con nota di V. ZENO-ZENCOVICH, *Il danno al nascituro*). Ne consegue che, nel caso di inadempimento della prestazione accessoria (di protezione), legittimato ad agire *ex contractu* non sarà solo la controparte, ma anche il soggetto a protezione del quale quella prestazione è posta, e cioè il terzo. Nei confronti di quest'ultimo si riconosce il diritto non al conseguimento della prestazione principale, ma alla sua diligente esecuzione, tale da evitargli i danni (sulla tematica v. C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, 126 ss.).

<sup>629</sup> In realtà, la giurisprudenza successiva ha precisato che non si tratta propriamente di un contatto sociale dal quale insorgerebbe un'obbligazione senza prestazione, ma si tratterebbe una prestazione che si modella sul contratto d'opera professione, affermando, sul punto, che tale l'obbligazione "non ha ad oggetto la protezione del paziente ma la prestazione che si modella su quella del contratto d'opera professionale, in base al quale il medico è tenuto all'esercizio della propria attività nell'ambito dell'ente con il quale il paziente ha stipulato il contratto, ad essa ricollegando obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati

Orbene, posta la responsabilità del medico nell'alveo della responsabilità contrattuale, occorre muovere ai possibili pregiudizi anche di natura non patrimoniale che può subire il paziente. In tale prospettiva, uno dei più rilevanti aspetti dell'evoluzione socio-culturale, giuridica, giurisprudenziale e dottrinale che contraddistingue il tema della responsabilità medica è la disciplina del «consenso informato», inteso come accordo libero e consapevole del paziente al trattamento sanitario, espresso in modo cosciente e nel pieno della sua capacità volitiva e cognitiva<sup>630</sup>. Ed infatti, momento senza dubbio focale della relazione medico-struttura-paziente è quello in cui si sviluppa il processo di decisione relativo alla programmazione dell'iter diagnostico e terapeutico da attuare in relazione alla patologia da cui il paziente è affetto o all'esigenza di intervento medico ad altro titolo da effettuarsi, in cui assume un ruolo decisivo l'obbligo informativo che viene riconosciuto in capo al sanitario al fine della formazione di un adeguato consenso<sup>631</sup>.

Il principio del consenso informato trova il suo fondamento nelle norme costituzionali e, in particolare, trae origine dal riconoscimento dei diritti inviolabili della persona contenuto nell'art. 2 Cost.; oltre a tale disposizione vengono in rilievo, altresì, la tutela integrale della persona umana che implica la sua inviolabilità fisica e la sua libertà nelle scelte personali di cui all'art. 32 Cost., a tenore del quale la salute è intesa come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, nonché l'invioabilità della libertà personale sancita dall'art. 13 Cost.<sup>632</sup>.

Il valore del consenso del paziente si comprende appieno se collocato nel contesto di una disciplina costituzionale improntata al principio personalista, vale a dire di una Costituzione che si ispira all'idea-forza della centralità e del primato della persona umana; in questo contesto, la questione della autodeterminazione deve essere correttamente impostata non in termini di potere di disporre del corpo, ma quale libertà di decidere, *rectius* di autodeterminarsi, in relazione a scelte che coinvolgono la persona anche nella sua dimensione fisica. In tale ottica, il diritto all'autodeterminazione, in ambito sanitario, presuppone la necessità di un costante raccordo tra la fase diagnostica e quella terapeutica, in modo tale che tutte le volte che al medico (e dunque al paziente) si prospetti un'alternativa (intervenire ovvero non intervenire; scegliere l'una o l'altra tecnica di intervento, ecc.), questa sia adeguatamente portata a conoscenza del paziente stesso il quale, in conseguenza

---

*gli interessi emersi o esposti a pericolo o in occasione del detto contatto, e in ragione della prestazione medica conseguentemente da eseguirsi»* (cfr. Cass. 8826/2007 in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1824 ss., con nota di M. GORGONI, *Le conseguenze di un intervento chirurgico rivelatosi inutile*); tali considerazioni sono state fatte proprie da Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno e responsabilità*, 2008, 871.

<sup>630</sup> Cfr. M. FRANZONI, *Dal consenso all'esercizio dell'attività medica all'autodeterminazione del paziente*, in *Resp. Civ.*, 2012, p. 85 ss.; S. ROSSI, voce *Consenso informato (II)*, in *Dig. disc. Priv., sez. civ., Agg.*, vol. VII, Torino, 2012, p. 177 ss.

<sup>631</sup> E. QUADRI, *La responsabilità medica tra obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Danno resp.*, 1999, 1165 ss.

<sup>632</sup> A tal proposito, viene in rilievo inoltre l'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che ha limitato l'ingerenza della pubblica autorità nella vita privata del soggetto alla sola necessità di tutela della salute collettiva e ha sancito l'illegittimità di qualsiasi forma d'ingerenza, non solo ad esclusivo vantaggio della salute altrui a danno della persona che deve subire il trattamento, ma anche nell'esclusivo interesse della salute del soggetto di cura o di eliminazione delle cause.

dell'informativa adeguata e adeguatamente trasmessa, viene messo nella condizione di autodeterminarsi.

Senonché, con particolare riguardo alla natura dell'obbligo informativo si registra, ancora oggi, una sensibile divergenza negli orientamenti dottrinari e giurisprudenziali. Il problema centrale è quello della determinazione della fonte dell'obbligo di informazione. A tal riguardo, la fonte è stata individuata nella clausola generale di buona fede contrattuale, riconoscendole, tuttavia, rilevanza in momenti diversi: ossia, in alcuni casi, nella fase delle trattative antecedenti l'intervento, altre volte, invece, in sede di esecuzione.

L'orientamento giurisprudenziale risalente<sup>633</sup>, infatti, aderiva alla natura precontrattuale, affermando che la mancata informazione incidesse sulla fase delle trattative, volte alla conclusione del contratto tra medico e paziente. Più nel dettaglio, si riteneva che il contratto d'opera professionale si perfezionasse solo dopo che il paziente prestava il suo consenso alla prestazione del medico; sicché, la responsabilità da omessa informazione rientrava nell'ambito della responsabilità precontrattuale, in quanto l'obbligo di informazione veniva collegato alla condotta secondo buona fede che le parti devono (man)tenere nell'ambito delle fasi della trattativa e della formazione del contratto. Tale orientamento è stato fatto proprio da quella dottrina che ha evidenziato come la formazione del consenso preceda l'attuazione della prestazione principale, sottolineando come da esso discenda la possibilità di ravvisare la responsabilità del medico anche nel caso di interventi eseguiti a regola d'arte, ma in assenza del requisito, necessario ed imprescindibile, della messa in chiaro al paziente di ogni possibile rischio e conseguenza<sup>634</sup>.

La giurisprudenza prevalente si è orientata, invece, nel senso di collocare l'obbligo informativo nell'ambito della fase di esecuzione del contratto, come obbligo strumentale alla prestazione contrattuale e, in quanto tale, strettamente legato a quest'ultima<sup>635</sup>. Intesa in tal modo, l'informazione dovuta al paziente trarrebbe la sua origine dal rapporto di cura, posto che la corretta informazione rileva non solo nella fase prodromica alla conclusione del contratto, in quanto consente al paziente di autodeterminarsi consapevolmente nel processo decisionale di adesione al trattamento terapeutico, ma altresì nella fase esecutiva del rapporto, in quanto

---

<sup>633</sup> Cfr. Cass. civ., Sez. III, 15 gennaio 1997, n. 364, in *Giur. it.*, 1998, p. 38. Nello stesso senso Cass. civ., Sez. III, 25 novembre 1994, n. 10014, in *Foro it.*, 1995, I, c. 2913, secondo la quale «il consenso oltre che legittimare l'intervento sanitario costituisce, sotto altro profilo, uno degli elementi del contratto tra il paziente ed il professionista (art. 1325 c.c.) avente ad oggetto la prestazione professionale, sicché l'obbligo di informazione deriva anche dal comportamento secondo buona fede cui si è tenuto nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto (1337 c.c.). Nell'analisi di quest'ultimo è stato ripetutamente precisato che l'obbligazione che il professionista assume verso il cliente per effetto dell'incarico conferitogli ha per contenuto lo svolgimento dell'attività professionale necessaria ed utile al caso concreto ed in vista del risultato che, attraverso il mezzo tecnico-professionale, il cliente spera di conseguire (c.d. obbligazione di mezzi e di comportamento e non di risultato). Il professionista, dunque, ha il dovere di svolgere l'attività professionale necessaria o utile al caso concreto, ed ha il dovere di svolgerla con la necessaria diligenza».

<sup>634</sup> M. COSTANZA, *Informazione del paziente e responsabilità del medico*, in *Giust. civ.*, 1986, I, 1436.

<sup>635</sup> Cfr. Cass., 6 ottobre 1999, n. 9705, in *Resp. civ. e prev.*, 1998, 667, con nota di G. CITARELLA; Cass., 26 marzo 1981, n. 1773, in *Foro it. Rep.*, 1977, voce *Professioni intellettuali*, n. 59; Cass., 29 marzo 1976, n. 1132, *ivi*, voce *cit.*, n. 35.

funzionale a consentire al destinatario della prestazione l'adozione delle misure di precauzione più idonee alla salvaguardia del bene salute, costituente il fine ultimo dell'opera professionale del terapeuta<sup>636</sup>. L'orientamento anzidetto è stato avallato, inoltre, dalla dottrina che ritiene di collocare la responsabilità medica nell'alveo della responsabilità contrattuale ex artt. 1218 c.c. e seguenti, così da attribuire autonomo rilievo ai profili dell'informazione e del consenso<sup>637</sup>; in tal senso, l'informazione si configura come un dovere, strumentalmente collegato all'adempimento della prestazione principale. In sostanza, il dovere di informare del medico discende dal dovere di buona fede, dovere che peraltro assume particolare importanza quando si tratta di rapporti in cui è parte un professionista, divenendo strumentale rispetto a quello principale della prestazione medica e che, rispetto ad esso, è necessariamente collegato.

Affermata la natura prevalentemente contrattuale della responsabilità da omessa informazione (dovuta) al paziente – da cui non sarebbe derivato il consenso dello stesso alla prestazione medica – bisogna verificare la risarcibilità dei danni alla salute o all'integrità fisica subiti dal paziente. La questione può essere affrontata in due diverse ipotesi, in relazione alle quali, comunque, si deve affermare la sussistenza di responsabilità, seppure in concreto la misura dei danni risarcibili può notevolmente variare.

Nella prima ipotesi, maggiormente rilevante per la tematica in esame, il pregiudizio al paziente è determinato dalla violazione dell'obbligo di informazione e non dall'inadempimento della prestazione medica principale, la quale risulta invece correttamente eseguita (esito fausto). Questo, tuttavia, non significa che il danno alla salute non rilevi e che non se ne dia risarcimento quando si debba concludere che il paziente, ove correttamente informato, avrebbe rifiutato l'intervento medico che pur sia irreprensibile secondo le regole dell'arte<sup>638</sup>. L'autodeterminazione, infatti, è un bene giuridico diverso dalla salute; entrambi costituiscono diritti fondamentali: il primo è più ampio e promana dalla libertà individuale, il secondo attiene all'integrità psico-fisica<sup>639</sup>.

La seconda ipotesi, della quale non si tratterà specificamente, concerne, invece, la lesione del diritto alla salute, la quale è determinata dalla scorretta esecuzione della prestazione medico-sanitaria, mentre nulla è contestabile in merito all'adeguata informazione al paziente (esito infausto). Con particolare riferimento alla prima ipotesi, la giurisprudenza qualifica in termini di inadempimento contrattuale l'omessa acquisizione del consenso del paziente, ovvero l'acquisizione di un consenso viziato da un'informazione insufficiente, così gravando il paziente stesso,

---

<sup>636</sup> I questi termini Trib. Firenze 7 gennaio 1999, in *Resp. civ. e prev.*, 2000, 157, con nota di L. BELLANOVA.

<sup>637</sup> V. ZAMBRANO, *Attività sanitaria e responsabilità civile*, cit., 306; G. CATTANEO, *Il consenso del paziente al trattamento medico-chirurgico*, cit., 960,

<sup>638</sup> In argomento M. PARADISIO, *Il dovere del medico di informare il paziente. Consenso contrattuale e diritti della persona*, in *La responsabilità medica*, Milano, 1982, 141.

<sup>639</sup> Sulla distinzione fra autodeterminazione e salute v. R. PUCCELLA, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, Milano, 2010, 195;

in quanto parte adempiente, del solo onere di allegarlo ed onerando il medico della prova contraria, in merito al fatto di aver invece esattamente adempiuto all'anzidetta obbligazione<sup>640</sup>. A tal proposito, come è stato ritenuto in una recente pronuncia<sup>641</sup>, se è ben vero che il danno da omesso consenso informato è suscettibile di produrre conseguenze pregiudizievoli di natura patrimoniale, occorre tuttavia osservare come sia piuttosto quella del danno non patrimoniale intesa quale pregiudizio del diritto all'autodeterminazione ad assumere rilievo pregnante. Ed infatti, laddove sussista un danno risarcibile di tal genere, esso è anzitutto ed immancabilmente di natura non patrimoniale con natura spiccatamente sanzionatoria, e solo eventualmente riguarda anche pregiudizi di contenuto patrimoniale. In realtà, poiché l'esecuzione di un atto medico in assenza di consenso informato, intuitivamente, va a incidere prima di tutto sul diritto all'autodeterminazione terapeutica del paziente, non può affatto escludersi che la stessa leda pure il suo diritto alla salute, come avviene, ad esempio, nel caso in cui l'attività terapeutica erroneamente attuata produca un peggioramento dello stato di salute del paziente. Tale ipotesi, tuttavia, non sempre si verifica, posto che il suo esito può consistere nella guarigione ovvero in un miglioramento della sua salute, e proprio in tale situazione sorgono le maggiori problematiche. Tradizionalmente, infatti, l'assunto secondo il quale per aversi danno alla salute risarcibile sia necessario che all'atto medico segua un peggioramento dello stato di salute del paziente, ha indotto la giurisprudenza risalente a credere che nei casi in cui ciò non sia avvenuto non vi sia alcun danno risarcibile. L'erroneità di questa soluzione è dimostrata dalla potenziale plurioffensività dell'inadempimento dell'obbligo del consenso informato, per cui il fatto che quest'ultimo non abbia leso il diritto alla salute o messo in pericolo da un possibile pregiudizio, di per sé non esclude che il diritto all'autodeterminazione terapeutica sia rimasto pregiudicato<sup>642</sup>. Quest'ultimo è un diritto inviolabile costituzionalmente tutelato, ben distinto dal diritto alla salute, la cui lesione è suscettibile di produrre autonomi danni conseguenza non patrimoniali, ben diversi dalla menomazione dell'integrità psicofisica della persona e, in quanto tali, autonomamente risarcibili rispetto a quest'ultima. Sul punto, la giurisprudenza ha affermato, difatti, che tali danni determinano una lesione nella sfera non patrimoniale del soggetto nel "*caso in cui alla prestazione terapeutica conseguano pregiudizi che il paziente avrebbe alternativamente preferito sopportare nell'ambito di scelte che solo a lui è dato di compiere*", così come il "*turbamento*" e la "*sofferenza che deriva al paziente sottoposto ad un atto terapeutico dal verificarsi di conseguenze del tutto inaspettate perché non prospettate e, anche per questo, più difficilmente accettate*"<sup>643</sup>. In tale prospettiva, il danno alla salute, in termini di peggioramento dello stato psico-fisico del paziente, è solo eventuale e non

---

<sup>640</sup> Cfr. Cass. civ., sez. III 9 febbraio 2010 n. 2847, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 2, 174.

<sup>641</sup> Cass. Sez. civ. sez. III 12 giugno 2015 n. 12205, in *foroitaliano.it*, commentata da G. MIOTTO, *La struttura dei danni da omissione del consenso informato*, in *Dir. civ. cont.*, 21 luglio 2015.

<sup>642</sup> In argomento v. M. AIELLO, *Responsabilità del medico e della struttura sanitaria: danno da emotrasfusioni e violazione del diritto all'autodeterminazione terapeutica*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 1772.

<sup>643</sup> Cfr. Cass. civ., sez. III 9 febbraio 2010 n. 2847, cit., 178.

rappresenta affatto l'evento dannoso della fattispecie, della quale rimane sempre e solo il compimento dell'atto medico non assentito, bensì una delle possibili conseguenze pregiudizievoli di quest'ultimo.

Orbene, posta l'autonoma risarcibilità dei danni conseguenza derivanti dalla lesione del diritto all'autodeterminazione terapeutica, altra questione è quella riguardante la prova del nesso di causalità tra l'attività omissiva del medico per non aver informato il paziente ed esecuzione dell'intervento. Sul punto, come in ogni altra ipotesi di responsabilità da condotta omissiva, occorre procedersi ad una valutazione controfattuale ipotetica, al fine di stabilire se la condotta omessa avrebbe evitato l'evento ove fosse stata tenuta, al fine di provare la sussistenza del necessario nesso eziologico fra l'una e l'altro<sup>644</sup>.

Con particolare riferimento alla fattispecie in esame occorre stabilire se l'adempimento da parte del medico dei suoi doveri informativi avrebbe prodotto l'effetto della non esecuzione dell'intervento chirurgico dal quale, senza colpa di alcuno, lo stato patologico è poi derivato; in sostanza, deve potersi affermare che il paziente avrebbe rifiutato l'intervento ove fosse stato compiutamente informato, giacché altrimenti la condotta positiva omessa dal medico non avrebbe comunque evitato l'evento. In altri termini, è indispensabile che il danneggiato alleghi e provi, anche presuntivamente, che, se fosse stato correttamente informato, avrebbe rifiutato il trattamento terapeutico praticatogli in assenza del suo consenso informato<sup>645</sup>. Laddove provi tali circostanze il medico o la struttura ospedaliera dovranno risarcire tutti i danni non patrimoniali subiti dal paziente-creditore. Si tratta non di un danno in *re ipsa*, in quanto saranno risarcibili quei danni-conseguenza consistenti nei diversi pregiudizi, che incidono sulla sfera psico-fisica del danneggiato conseguenti alla lesione del diritto all'autodeterminazione terapeutica, a prescindere dalla eventuale adeguatezza della prestazione medica effettuata. Proprio in tale circostanza emerge il carattere sanzionatorio di tali danni di natura non patrimoniale determinando un forte deterrente per il medico che non adempia a tale obbligo. Inoltre, la non esatta corrispondenza fra il danno subito e quello risarcito, caratteristica propria del danno non patrimoniale, svela proprio il carattere sanzionatorio della fattispecie di responsabilità da inadempimento in esame. Conclusivamente, anche in assenza di un danno alla salute, la natura potenzialmente plurioffensiva dell'inadempimento dell'obbligo informativo non pregiudicherà affatto la risarcibilità dei pregiudizi conseguiti alla lesione del bene giuridico dell'autodeterminazione terapeutica che il danneggiato abbia allegato e provato nei termini anzidetti.

---

<sup>644</sup> Cass. civ., sez. III, 30 marzo 2011, n. 7237, in *Dir. e Giust. online*, 2011; Cass. civ., sez. III, 17 febbraio 2011, n. 3847, in *Guida al diritto*, 2011, 14, 42; Cass. civ., Sez. III, 16 maggio 2013, n. 11950, in *Guida al diritto*, 2013, 33, 57.

<sup>645</sup> G. MIOTTO, *La struttura dei danni da omissione del consenso informato*, cit. 15.

## 5. – Il danno da vacanza rovinata

Il danno da vacanza rovinata costituisce, senza dubbio, una delle fattispecie maggiormente valorizzate dalla giurisprudenza e dalla dottrina in tema di danno non patrimoniale da inadempimento<sup>646</sup>. Tale tipologia di danno trae origine dall'inadempimento contrattuale dell'organizzatore di pacchetti viaggio organizzati<sup>647</sup>. Già a partire dal 2002 la Corte di giustizia, in tema di contratti di pacchetto turistico, aveva evidenziato che l'esistenza di un obbligo di risarcire i danni morali nel settore dei viaggi tutto compreso in alcuni Stati membri e la sua mancanza in altri Paesi appartenenti alla Comunità Europea, avrebbe avuto come conseguenza delle forti distorsioni alla concorrenza interna<sup>648</sup>.

Al di là degli effetti in tema di concorrenza, nella prospettiva europea il mancato godimento della vacanza per i consumatori assume un'importanza particolare; sicché, in linea di principio, il consumatore ha diritto al risarcimento del danno morale derivante dall'inadempimento o dalla cattiva esecuzione delle prestazioni fornite in occasione di un viaggio tutto compreso.

Così come già affermato in precedenza<sup>649</sup>, l'ordinamento prevede adesso una norma nella quale il danno non patrimoniale da contratto integra gli estremi di un vero e proprio "doppio": l'art. 47, co. 1, cod. tur., a tenore 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'art. 1455 del codice civile, il turista può richiedere, oltre ed indipendentemente dalla risoluzione del contratto, un risarcimento del danno correlato al tempo di vacanza inutilmente trascorso ed all'irripetibilità dell'occasione perduta*».

Il legislatore è intervenuto per garantire la corrispondenza fra aspettativa di svago, riposo, evasione, apprendimento che una vacanza può fornire e offerta dedotta nella prestazione contrattuale, tutelando il godimento di un bene – che si identifica con la vacanza o finalità turistica – che riveste un particolare valore esistenziale nella vita delle persone che dedicano la maggior parte del loro tempo al lavoro.

---

<sup>646</sup> Sul punto cfr. V. MARICONDA, *Contratto di viaggio, mare sporco e diritti dei consumatori*; in *Dir. tur.*, 2008, 349 ss., con nota di V. CORONA, *La tipizzazione della «finalità turistica» tra presupposizione e criteri di ripartizione del rischio*; in *Danno e resp.*, 2009, 661 ss., con commento di M. LAGHEZZA, *Se il mare è calma come l'olio*; in *Giust. civ.*, 2009, I, 2775 ss., con nota di M. COCUCCIO, *Un mare «fuori servizio»: mancanza di soluzioni alternative e ristoro per la «vacanza rovinata»*; Cass., 4 marzo 2010, n. 5198; Cass., 13 aprile 2010, n. 8724; Cass., 11 maggio 2012, n. 7256; nonché Corte eur. giust., 12 marzo 2002, C-168/00, in *Resp. civ. prev.*, 2002, 360 ss., con nota di E. GUERINONI, *L'interpretazione della Corte di Giustizia riguardo al danno da «vacanza rovinata»*; in *Contratti*, 2002, 962 ss., con commento di P.M. PUTTI, *Danno da vacanza rovinata*; M. GORGONI, *I giudici e l'inadempimento del contratto di viaggio*, in *Resp. civ. prev.*, 1997, 828 ss., in part. 836-837; M. CENINI, *Risarcibilità del danno non patrimoniale in ipotesi di inadempimento contrattuale e vacanze rovinate: dal danno esistenziale al danno «da tempo sacrificato»?*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, 633 ss., in part. 637.

<sup>647</sup> In argomento v. S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2015, p. 449 ss.

<sup>648</sup> Cfr. Corte di Giustizia, 12 marzo 2002, n. C-168/00, in *Danno e resp.*, 2002, 1097 ss., con nota di C. S. CARRASSI, *L'interpretazione della Corte di giustizia CE delle norme comunitarie è, indiscutibilmente, vera monofiliachia*.

<sup>649</sup> Vedi cap. I., paragrafo 6.

La norma in commento inoltre ha dato sostegno normativo alla dottrina che già ipotizzava la compatibilità tra responsabilità contrattuale e danno non patrimoniale<sup>650</sup>. L'art. 47 cod. tur., infatti, prevede, oltre alla possibilità di domandare, in caso di mancata o inesattezza della prestazione, la risoluzione del contratto, la possibilità di invocare il risarcimento del danno pari al tempo inutilmente trascorso ed all'irrepetibilità del tempo perduto. Si tratta di un danno che si colloca oltre la soglia del contratto e dei valori in esso incorporati, mostrando i caratteri tipici dei danni consequenziali, e che risaltano i contenuti del danno da risoluzione<sup>651</sup>.

Nella tematica in esame, la perdita di cui si predica la risarcibilità non è semplicemente connessa, ma consegue direttamente all'inadempimento, ossia all'inosservanza dell'obbligo primario di prestazione, come, del resto, suffragato dalla stessa formulazione letterale della disposizione in commento<sup>652</sup>. In realtà, nella fattispecie che ci occupa, siamo del tutto al di fuori dell'orbita degli obblighi di protezione, i quali presuppongono un interesse autonomo rispetto a quello relativo alla prestazione: interesse che poi, in concreto, viene negativamente interferito dall'inadempimento, secondo il canone, più volte richiamato, della connessione.

Il danno non patrimoniale prodotto dall'inadempimento della prestazione dedotta nel contratto di pacchetto turistico dovrà essere risarcito, quindi, alla stregua delle norme sulla responsabilità *ex contractu* ogniquale volta: gli interessi non patrimoniali vengano in rilievo all'interno delle obbligazioni contrattuali; la singola obbligazione risulti precisamente preordinata al loro soddisfacimento; o, infine, nel caso in cui gli interessi rientrino, comunque, nell'area di protezione del contratto, ricorrendo magari alla presupposizione della causa, quale funzione economico-individuale del contratto<sup>653</sup>. Proprio su quest'ultimo aspetto, in materia di pacchetto turistico la giurisprudenza ha dato sempre più rilevanza alla funzione della causa intesa alla stregua dell'oggetto del contratto<sup>654</sup>. In tal senso, una recente sentenza<sup>655</sup> del Tribunale di Matera, superando le Sezioni Unite 11 del 2008, n. 26972, – le quali, com'è noto, hanno lasciato irrisolta della fondazione dogmatica del danno non patrimoniale contrattuale ed ammettendo poi la risarcibilità dello stesso esclusivamente ove l'inadempimento determini la lesione di un diritto inviolabile della persona del creditore – ha valorizzato in pieno la causa concreta del contratto di pacchetto turistico.

Le stesse Sezioni Unite, infatti, sebbene abbiano affermato che la ricerca degli interessi, sia patrimoniali che non, compresi nell'area del contratto vada condotta accertando la causa concreta del contratto, da intendersi come sintesi degli interessi

---

<sup>650</sup> Cfr. S. TOMMASI, *Note a margine della codificazione del danno da vacanza rovinata*, in *Contr. Impr.*, 2013, 32.

<sup>651</sup> S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., 480.

<sup>652</sup> L. NIVARRA, *I nuovi orizzonti della responsabilità contrattuale*, Torino, 2015, 92.

<sup>653</sup> S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., 484.

<sup>654</sup> Cass. 20 marzo 2012, n. 4372, in *Danno e resp.*, 856, con nota di L. CAPUTI.

<sup>655</sup> Trib. Di Matera, sentenza del 23 settembre 2015, consultabile su [www.dirittocivilecontemporaneo.com](http://www.dirittocivilecontemporaneo.com).



che il negozio è diretto a perseguire, al di là del modello adoperato, hanno circoscritto la tutela risarcitoria ai soli interessi non patrimoniali compresi nell'area del contratto la cui lesione determini un pregiudizio ai diritti inviolabili della persona. In tale ottica, viene a determinarsi un'erronea suddivisione all'interno dell'art. 1174 cod. civ., e, in particolare, tra interessi non patrimoniali meritevoli di risarcimento in caso di inadempimento e interessi non patrimoniali che, pur inseriti nella causa del contratto, possono invece essere compromessi senza produrre conseguenze di carattere risarcitorio. Di converso, posta la centralità della funzione economico-individuale della causa, ove il contratto si diretto a perseguire in via esclusiva o immediata un interesse non patrimoniale di una delle parti, l'inadempimento della controparte che determina in modo definitivo la compromissione della possibilità di realizzare tale interesse produce, di per sé, un danno di carattere non patrimoniale che dovrà essere risarcito ai sensi degli articoli 1218 e seguenti. A tal proposito, occorre evidenziare, tuttavia, che il risarcimento deve essere conseguente non a qualsiasi pregiudizio dedotto dal privato, ma solo a quelle lesioni degli interessi concreti dedotti nella causa del contratto e direttamente incisi dall'inadempimento: in altre parole, il risarcimento deve coprire la lesione del solo interesse non patrimoniale desumibile dal regolamento contrattuale in sé e per sé considerato. Ed infatti, non tutte le obbligazioni sorte per soddisfare un interesse non patrimoniale del creditore, in caso di inadempimento, potranno dare luogo al risarcimento del danno non patrimoniale; in senso contrario, si darebbe luogo al risarcimento dei danni dei danni bagatellari, non meritevoli di ristoro, già secondo l'interpretazione fornita dalle Sezioni unite nel 2008. Pertanto, con particolare riferimento al pacchetto turistico, lo strumento risarcitorio per i danni non patrimoniali subiti dal creditore deve essere garantito nei casi in cui l'interesse non patrimoniale dedotto dal contratto sia stato perseguito e tutelato in via esclusiva dalla stipulazione inadempita, ossia della irripetibilità dello svago, del riposo che una vacanza può fornire, ponendo, in tal modo, un limite alla continua insorgenza di diritti esistenziali e scongiurando l'ennesima proliferazione di diritti costituzionalmente garantiti. Il sacrificio dell'interesse contrattuale non patrimoniale del privato che abbia acquistato un pacchetto turistico ha trovato riconoscimento nell'art. 47 cod. tur., e nel risarcimento del danno, rimedio previsto dalla disciplina generale del contratto in grado di attribuire al consumatore un tutela effettiva per le lesioni alla sfera non patrimoniale subite. Con tale previsione il legislatore ha penalizzato l'inadempimento del tour operator, attribuendo al giudice la possibilità di accordare un danno scaturente dall'impossibilità di realizzare la vacanza programmata e, soprattutto, tenere conto dei disagi e della frustrazione psicofisica subita dal consumatore. In sostanza, il legislatore ha introdotto una figura che si colloca a metà tra una versione civilistica dell'art. 185 cod. pen. e il danno punitivo, sicché lo speciale disvalore ammesso, sulla base di una scelta giuspolitica,

all'inadempimento della prestazione turistica si traduce in un aggravamento di quest'ultima<sup>656</sup>. Appare evidente che un tale inasprimento del trattamento sanzionatorio se fosse affidato alla discrezionalità giudiziale, comporterebbe un inquadramento del risarcimento in chiave sanzionatoria; purtuttavia, è lo stesso legislatore ad ammettere un meccanismo nel genere teso a punire il soggetto inadempiente, così come previsto sul versante sovranazionale dai PDEC, che all'art. 9:501 contemplano la risarcibilità del danno non patrimoniale e del danno futuro, purché ragionevolmente prevedibili, nonché dai Principi Unidroit, che all'art. 7.4.2 riconoscono che il danno possa essere di natura non pecuniaria e comprendere, per esempio, la sofferenza fisica e morale.

#### 6. – *Il danno da mobbing*

Altra fattispecie in cui è ravvisabile un inadempimento destinato a produrre danni non patrimoniali è sicuramente l'ipotesi del *mobbing*<sup>657</sup>. Con questo termine, tradizionalmente, si indica, in ambito lavorativo, l'atteggiamento ostile o la pressione psicologica, posti in essere da uno o più soggetti – gerarchicamente superiori o di pari grado alla vittima<sup>658</sup> – attraverso condotte ripetute e finalizzate ad ottenere il trasferimento o le dimissioni del soggetto mobbizzato o, comunque, idonei a dequalificarlo professionalmente. In sostanza, tali condotte hanno il fine di escludere e isolare la vittima, arrecando gravi pregiudizi alla sua personalità morale ed alla dignità personale, con possibili risvolti negativi anche sul suo stato di salute. Tali condotte non si contraddistinguono in una singola azione, ma si concretizzano in una strategia, ovvero in un attacco sistematico, durativo e continuativo, in cui la vittima viene fatta oggetto di azioni o di atti a contenuto persecutorio. In altri termini, l'intento persecutorio dovrà assumere il carattere della frequenza e della ripetitività nel tempo delle aggressioni.

La dottrina e la giurisprudenza tradizionale riconducono il *mobbing* alla violazione della previsione generale di cui all'art. 2087 cod. civ., a tenore del quale l'imprenditore, nell'esercizio dell'impresa, deve adottare tutte misure necessarie per garantire l'integrità psicofisica e personalità morale dei dipendenti. In altri termini,

---

<sup>656</sup> L. NIVARRA, *I nuovi orizzonti della responsabilità contrattuale*, cit., 93.

<sup>657</sup> Per una prima lettura S. MAZZAMUTO, *Il mobbing*, Milano, 2004, 64, nonché le sentenze in appendice: Corte cost., 10 dicembre 2003, n. 359, e Cass., S.U., 4 marzo 2004, n. 8438; I.D., *Una rilettura del mobbing: obbligo di protezione e condotte plurime d'inadempimento*, in *Europa e dir. priv.*, 2003; M. CINELLI M., *Il ristoro del danno non patrimoniale alla persona del lavoratore tra diritto civile e diritto speciale*, in *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*, 2006, 269; G. PROIA, *Alcune considerazioni sul cosiddetto mobbing*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2005, 827; R. SCOGNAMIGLIO, *Mobbing. Profili civilistici e giuslavoristici*, in *Giurisprudenza del lavoro*, 2006, 2.

<sup>658</sup> A tal proposito, occorre distinguere tra: mobbing verticale (o *bossing*) che consiste negli abusi e nelle vessazioni perpetrati ai danni di uno o più dipendenti da un loro diretto superiore gerarchico, e mobbing orizzontale che comprende l'insieme di atti persecutori messi in atto da uno o più colleghi di pari grado nei confronti di un altro, spesso finalizzati a screditare la reputazione di un lavoratore mettendo in crisi la sua posizione lavorativa.

dalla lettura della norma si ricava un obbligo di protezione posto a carico del datore di lavoro, trasponendo nella materia lavoristica la clausola generale di buona fede<sup>659</sup>. La figura del *mobbing* si presta, dunque, a racchiudere una serie di comportamenti eterogenei la cui abusività e vessatorietà scaturisce non già *ex se*, bensì dall'esistenza di un disegno unitario volto a colpire la vittima. In tale prospettiva, vengono in rilievo sia la stipulazione del contratto di lavoro che accosta le sfere giuridiche di debitore e creditore, sia l'inserimento del lavoratore nell'organizzazione dell'impresa, che comporta l'instaurarsi di tanti rapporti sociali in maniera proporzionale ai soggetti che popolano l'ambiente di lavoro; sicché i pregiudizi alla sfera psicofisica del soggetto derivano oltre che dall'obbligo principale di prestazione che unisce il lavoratore al datore, anche da tutte le relazioni che derivano dal rapporto stesso. A tal proposito, la disciplina della responsabilità contrattuale è idonea a regolare e sanzionare tali ipotesi grazie alla disposizione di cui all'art. 1228 cod. civ. che imputa al debitore tutte le conseguenze dannose del fatto colposo o doloso dei terzi di cui si sia avvalso nell'adempimento dell'obbligazione<sup>660</sup>.

Ciò posto, occorre soffermarsi, in questa sede, sui danni non patrimoniali sulla sfera psicofisica del lavoratore. Non v'è dubbio, infatti, che il settore dei rapporti di lavoro abbia rappresentato un terreno fertile per l'emersione del danno non patrimoniale, sganciato tanto dalla lesione psicofisica, quanto dal reato, e consistente nel pregiudizio arrecato dalla condotta 'datoriale' alla possibilità del lavoratore di realizzarsi come persona nell'ambiente di lavoro e, conseguentemente, nella vita sociale e familiare<sup>661</sup>. In termini generali, il pregiudizio che maggiormente caratterizza le condotte mobbizzanti è rappresentato dalla lesione alla professionalità del lavoratore, determinata dalla dequalificazione o dalla forzata inattività dello stesso a causa dell'isolamento o del dimensionamento operato dal datore di lavoro<sup>662</sup>. Questa categoria di danno viene generalmente ricondotta nell'alveo della responsabilità contrattuale sulla base dell'art. 2103 cod. civ., che salvaguardia il diritto all'utilizzazione, all'accrescimento e al perfezionamento del bagaglio di conoscenza tecnico-pratiche del lavoratore. Il diritto al lavoro, infatti, non costituisce soltanto un mezzo per il lavoratore per garantirsi un sostentamento, ma anche un'opportunità di elevazione culturale e professionale che costituisce un'estrinsecazione della personalità dello stesso. Il datore di lavoro, quindi, lasciando forzatamente il lavoratore in condizioni di isolamento e di inattività lavorativa, in contrasto con l'art. 2103 cod. civ., arreca a quest'ultimo, oltre ad un pregiudizio di

---

<sup>659</sup> In argomento v. N. MIRANDA, *Gli orientamenti giurisprudenziali in tema di mobbing e demansionamento*, *Rivista critica di diritto del lavoro*, 2005, 339; R. SCOGNAMIGLIO, *A proposito del mobbing*, *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2004, I, 489; C. ZOLI, *Il mobbing: brevi osservazioni in tema di fattispecie ed effetti*, *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2003, 337; C. CASTRONOVO, *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Europa e dir. priv.*, 2004, 82 ss.

<sup>660</sup> S. MAZZAMUTO, *Il mobbing*, cit., 57-58.

<sup>661</sup> P. TULLINI, *Mobbing e rapporto di lavoro. Una fattispecie emergente di danni alla persona*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2000, I, p. 251.

<sup>662</sup> In argomento M. LANOTTE, *Il danno alla persona nel rapporto di lavoro*, Torino, 1998, 224.

natura patrimoniale, un danno alla vita di relazione, di natura non patrimoniale<sup>663</sup>. Ne deriva una forte valenza esistenziale del contratto di lavoro, con ciò intendendosi uno scambio delle prestazioni a cui si accompagna il diretto coinvolgimento del lavoratore come persona e l'esposizione dello stesso a rischi che possono riguardarne l'incolumità fisica e la personalità morale. In sostanza, il danno da dequalificazione o da demansionamento può consistere sia nel danno patrimoniale derivante dall'impoverimento della capacità professionale acquisita dal lavoratore e dalla mancata acquisizione di una maggiore capacità, sia nel pregiudizio subito per perdita di *chance*, ossia di ulteriori possibilità di guadagno, nonché nella lesione del diritto del lavoratore all'integrità fisica o, più in generale, alla salute, ovvero all'immagine o alla vita di relazione<sup>664</sup>. Come si è detto, tale tipologia di pregiudizio va ricondotta nell'ambito della responsabilità contrattuale del datore di lavoro, integrando il pregiudizio subito dal lavoratore un'ipotesi di danno non patrimoniale da inadempimento<sup>665</sup>.

Ciò posto, la tutela risarcitoria che maggiormente viene riconosciuta al lavoratore mobbizzato è quella fondata sull'art. 2087 cod. civ. In tal senso, la giurisprudenza ha chiarito che in caso di diritti soggettivi lesi da comportamenti consistenti nello scorretto esercizio di poteri datoriali e, conseguentemente, in violazione del principio di protezione delle condizioni di lavoro di cui all'art. 2087 cod. civ., la fattispecie di responsabilità di cui si discute va ricondotta alla violazione degli obblighi contrattuali stabiliti da tale norma, indipendentemente dalla natura dei danni subiti, dei quali si chiede il ristoro, e dai riflessi su situazioni soggettive che trovano la loro tutela specifica nell'ambito del rapporto obbligatorio<sup>666</sup>. In altri termini, secondo la giurisprudenza, i comportamenti vessatori messi in atto dal datore di lavoro o dai colleghi, integranti la fattispecie di *mobbing*, possono determinare, quale conseguenza, uno stato psicofisico del lavoratore idoneo a pregiudicarne le condizioni di salute; sicché, quest'ultimo, vittima di comportamenti persecutori da parte del datore di lavoro, ha diritto al risarcimento del danno biologico dimostrando l'esistenza di un nesso causale tra il comportamento del datore di lavoro e il pregiudizio alla propria salute<sup>667</sup>.

Il comportamento mobbizzante rappresenta, quindi, per il danneggiato un evento traumatico e doloroso, da cui possono derivare sofferenze morali, danni psichici e danni esistenziali. In tale prospettiva, ha trovato ampi margini di sviluppo la figura del danno esistenziale, che consente di risarcire ogni lesione della qualità della vita della persona, di natura contrattuale, che si realizza ogni qualvolta il lavoratore sia aggredito nella sfera della sua dignità, senza che tale aggressione offra sbocchi per

<sup>663</sup> In tal senso, Cass. 6 novembre 2000, n. 14443, in *Lav. e prev.*, 2000, 2287.

<sup>664</sup> N. MIRANDA, *Gli orientamenti giurisprudenziali in tema di mobbing e demansionamento*, cit., 442.

<sup>665</sup> In argomento cfr. R. DEL PUNTA, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, in *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*, 2006, 195; G. LUDOVICO, *Mobbing, stress e malattia professionale: l'assicurazione Inail dinanzi ai "nuovi" rischi da lavoro*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2006, 381; A. VISCOMI, *Il mobbing: alcune questioni su fattispecie ed effetti*, in *Lavoro e diritto*, 2002, 45.

<sup>666</sup> Cfr. Cass., 24 maggio 2004, n. 8438, in *Foro Ital.*, 2004, I, 2320.

<sup>667</sup> Cass. 2 maggio 2000, n. 5491, in *Lav. e giur.*, 2000, 830.

altra qualificazione risarcitoria. Il predetto danno, da liquidarsi in via equitativa ai sensi dell'art. 1226 cod. civ., può essere rapportato alla durata della condotta pregiudizievole e ad una percentuale della retribuzione percepita. In altri termini, il danno esistenziale è definito come ogni pregiudizio che l'inadempimento datoriale provoca sulla sfera aredituale del soggetto, *id est* il danno all'identità professionale sul luogo di lavoro, all'immagine ed alla vita di relazione e, più in generale, la lesione del diritto del lavoratore alla libera esplicazione della propria personalità nel luogo di lavoro, tutelato dagli artt. 1 e 2 della Costituzione<sup>668</sup>.

In definitiva, la circostanza che l'attività compromessa sia quella lavorativa, che è fonte di reddito, non esclude che alla perdita patrimoniale si accompagnino ulteriori profili pregiudizievoli di carattere extraeconomico come, ad esempio, la lesione dell'onore e della dignità del lavoratore, oppure la semplice impossibilità di realizzarsi nel lavoro, i quali dovranno essere autonomamente riconosciuti come danni non patrimoniali da inadempimento del rapporto lavorativo.

#### 7. – *Il danno da mancato recepimento di direttive comunitarie non self-executing*

La responsabilità degli Stati membri per violazione di situazioni giuridiche protette dal diritto comunitario è disciplinata, in primo luogo, dallo stesso diritto di matrice europea<sup>669</sup>. In particolare, l'obbligo degli Stati membri di risarcire il danno derivante dal mancato adeguamento dell'ordinamento nazionale ai principi comunitari trova oggi il proprio addentellato normativo nell'art. 3-*bis* del Trattato di Lisbona<sup>670</sup>, in virtù del quale gli Stati aderenti all'Unione Europea sono tenuti ad

---

<sup>668</sup> In argomento cfr. Cass. 28 maggio 2004 n. 10361, in *Mass.*, 2004, 10361; Cass. 23 luglio 2004 n. 13887, in *Mass.*, 2004, 13887; Cass. 8 novembre 2003, n. 16792, in *Mass.* 2003, 16792; Cass. 6 novembre 2000, n. 14443, in *Lav. e prev. oggi*, 2000, 2287. 252; Cass. 12 novembre 2002 n. 15868, in *Rep. giur. It.*, 2002, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 796.

<sup>669</sup> In proposito cfr. G. TESAURO, *Sovranità degli Stati e integrazione comunitaria*, Napoli, 2006, 27 ss., secondo cui «quando il legislatore sia tenuto, nell'esercizio dei suoi compiti istituzionali, all'osservanza di determinati vincoli imposti da norme e principi "superiori" ... non v'è ragione alcuna di teoria giuridica generale o norma scritta o non scritta per negare che il danno eventualmente prodotto dalla violazione di quei vincoli debba essere risarcito». In senso critico sulla responsabilità degli Stati membri per mancata attuazione del diritto europeo nei confronti dei cittadini v. C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 245 ss.

<sup>670</sup> Più in particolare, il Trattato di Lisbona che modifica il trattato sull'Unione europea e il trattato che istituisce la Comunità europea, firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007, all'articolo 3-*bis* prescrive infatti che: «1. In conformità dell'articolo 3-*ter*, qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli Stati membri.

2. L'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali. Rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale. In particolare, la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro.

3. In virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati.

Gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione.

Gli Stati membri facilitano all'Unione l'adempimento dei suoi compiti e si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione».

adottare tutte le misure di carattere generale o particolare, atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dalla partecipazione alla Europea.

Un caso particolarmente interessante, nella prospettiva dei rapporti fra il nostro ordinamento e quello europeo, al quale lo Stato consente relative limitazioni di sovranità (art. 11 Cost.), concerne l'ipotesi in cui il legislatore ometta di adottare provvedimenti attuativi necessari alla trasposizione delle direttive non direttamente applicabili, vanificandone la portata al proprio interno, ovvero provveda ad una trasposizione scorretta od incompleta di esse<sup>671</sup>. La problematica in esame rappresenta ormai dagli anni 90 un dato pacifico nei rapporti tra ordinamento comunitario ed ordinamento interno. Sul punto, è giurisprudenza ormai consolidata della Corte europea di giustizia che la norma comunitaria, anche se non dotata del carattere *self-executing*, cioè di auto-esecutività, abbia la capacità di attribuire un diritto perfetto al cittadino, ove risulti chiaro che la norma abbia inteso riconoscere ad esso un diritto<sup>672</sup>. Spetta, poi, al singolo Stato membro provvedere ai rimedi destinati ad attuarlo. Tali considerazioni sono emerse nel noto caso *Francovich*<sup>673</sup>, ove si prevedeva che, nel caso in cui fosse insolvente il datore di lavoro, in un rapporto di lavoro subordinato, doveva essere garantito il pagamento dei crediti non pagati risultanti da contratti di lavoro e relativi alla retribuzione per il periodo situato prima di una data stabilita dallo stesso Stato membro. Più nel dettaglio, considerato che la direttiva era da considerarsi fonte di un rapporto diretto tra Stato e lavoratore, così da rendere il primo debitore del secondo, la Corte di giustizia, con la sentenza richiamata, ritenne che l'omissione dello Stato, nella trasposizione della direttiva, fosse censurabile sotto l'aspetto degli artt. 5 e 189 (ora 10 e 249), comma 3 del Trattato, che impone allo Stato di prendere tutti i provvedimenti necessari per conseguire il risultato previsto dalla direttiva e sempre ove fossero presenti le condizioni acciòché il soggetto potesse considerarsi direttamente beneficiario di un diritto azionabile. In sostanza, la responsabilità dello Stato nella sua veste di legislatore sussiste qualora ricorrano due presupposti fondamentali: l'attribuzione, da

---

<sup>671</sup> In argomento v. R. BIFULCO, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, Padova, 1999; E. SCODITTI., *La violazione comunitaria dello Stato fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Foro it.*, 2010, I, 175 ss; F. FERRARO, *La responsabilità risarcitoria degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, Milano, 2008.

<sup>672</sup> Merita, in questa sede, un breve cenno anche la recentissima sentenza della Corte di Cassazione sulla responsabilità dello Stato per "illecito costituzionale" del legislatore, con la quale i supremi giudici hanno statuito che, in caso di declaratoria di illegittimità costituzionale di legge, non è ipotizzabile alcun danno risarcibile, a somiglianza di quanto previsto per la responsabilità dello stato italiano in caso di violazione del diritto dell'Unione europea, non essendo, nella specie, ravvisabile quella distinzione tra ordinamenti – con prevalenza di quello europeo su quello nazionale – che costituisce il fondamento di tale ipotesi di responsabilità. Cfr. Cass., 22 novembre 2016, n. 23730, in *www.dirittocivilecontemporaneo.it*. In materia di illecito legislativo statale si rinvia in generale, tra i tanti, a M. CARTABIA, *Omissioni del legislatore, diritti sociali e risarcimento dei danni (A proposito della sentenza Francovich della Corte di Giustizia delle Comunità europee)*, in *Giur. cost.*, 1992, 505; C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, in *Foro it.*, 1970, V, 153 ss.; L. PALADIN, *Cenni sul sistema delle responsabilità civili per l'applicazione di leggi incostituzionali*, in *Giur. cost.*, 1960, 1032 ss.

<sup>673</sup> C. Giust. CE 19 novembre 1991, *Francovich*, causa c-6/90, in *Foro it.*, 1992, IV, 145. Cfr. V. COLCELLI, *Sistema di tutele nell'ordinamento giuridico comunitario e selezione degli interessi rilevanti nei rapporti orizzontali*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, 562, nt. 8.

parte della norma sovranazionale, ai privati di posizioni giuridiche di vantaggio qualificabili in termini di “diritti” e la presenza di un nesso eziologico immediato e diretto tra condotta dello Stato ed evento lesivo. Su questo punto, Mengoni affermava inconcepibile un’obbligazione che nascerebbe nel diritto europeo e avrebbe disciplina negli ordinamenti nazionali, e parlò di un diritto del *civis* che nasce all’interno di questi ultimi, traendone l’implicazione della struttura binaria del diritto europeo<sup>674</sup>. In senso contrario, si pone però la Corte europea di giustizia nel caso *Francovich*, che privilegia una costruzione unitaria, in cui «sarebbe messa a repentaglio la piena efficacia delle norme comunitarie e sarebbe infirmata la tutela dei diritti da esse riconosciuti se i singoli non avessero la possibilità di ottenere un risarcimento ove ... siano lesi da una violazione del diritto comunitario».

Sul versante interno, la questione ha interessato in diverse occasioni la giurisprudenza di legittimità richiedendo, peraltro, l’intervento delle Sezioni Unite<sup>675</sup>. Nella fattispecie, alcuni medici specializzandi non avevano ricevuto alcun compenso per il lavoro prestato, contrariamente a quanto stabilito dal Legislatore comunitario con le direttive n. 75/362/CEE e n. 82/76/CEE, prevedenti l’obbligo di retribuire la formazione del medico specializzando, e rivendicando quindi il diritto al pagamento in base alla normativa nazionale di trasposizione (d.lgs. 8 agosto 1991, n. 257).

L’indirizzo prevalente<sup>676</sup> fino all’intervento delle Sezioni Unite nel 2009 era attestato sulla qualificazione dell’azione proposta dai medici specializzandi quale azione risarcitoria derivante da un fatto illecito di natura extracontrattuale e cioè da un torto arrecato dallo Stato al diritto del singolo, visto che l’inadempimento dello Stato era tale in quanto violazione di un obbligo “inerente al Trattato” *ex artt.* 5 e 189 (ora 10 e 249), ovvero contro l’autorità comunitaria e non verso il singolo beneficiario.

Con un vero e proprio *revirement* la Suprema Corte, posta l’autonomia di cui gode l’ordinamento comunitario rispetto a quello interno, qualifica illecito il comportamento dello Stato, ma solo alla stregua dell’ordinamento comunitario e non dell’ordinamento interno. Più in particolare, la fattispecie della violazione viene già a realizzarsi nell’ambito dell’ordinamento comunitario, seppur per effetto della mancata (e/o inesatta) trasposizione della norma comunitaria nel diritto interno; il che già determina l’insorgenza a carico dello Stato di una obbligazione di porre riparo al danno così provocato. Ne deriva che lo schema da adottare non sarà quello della responsabilità extracontrattuale, bensì quello dell’obbligazione *ex lege* avente carattere indennitario (e non risarcitorio): obbligazione i cui elementi il giudice dovrà

---

<sup>674</sup> Cfr. L. MENGONI, *Note sul rapporto tra fonti di diritto comunitario e fonti di diritto interno degli Stati membri*, in *Scritti*, I, cit., 338.

<sup>675</sup> Cass., SS.UU., 17 aprile 2009, n. 9147, in *Foro amm.* - *CdS*, 2274, con nota di A. GIANNELLI, *La responsabilità del legislatore per tardivo recepimento della direttiva, modelli a confronto*.

<sup>676</sup> Cass., sez. lav., 9 aprile 2001, n. 5249, in *Foro it.*, 2002, I, 2663 e *Id.*, sez. III, 12 febbraio 2008, n. 3283, in *Danno e Resp.*, 2008, 5, 58.

stabilire, così da rendere il rimedio idoneo a porre riparo effettivo ed adeguato al pregiudizio subito dal singolo<sup>677</sup>.

Sulla base di tali considerazioni, la responsabilità dello Stato va definita sul terreno contrattuale e non extracontrattuale<sup>678</sup>. Il suo fondamento è, infatti, da ravvisare in una obbligazione *ex lege* avente natura indennitaria, come tale svincolata dai comuni presupposti della responsabilità extracontrattuale. Al privato danneggiato dalla mancata trasposizione della direttiva non direttamente applicabile si dovrà, quindi, riconoscere un credito alla riparazione del pregiudizio subito per effetto del comportamento illegittimo dello Stato di natura indennitaria, sulla base del requisito della gravità della violazione ma senza che operino i criteri di imputabilità del dolo e della colpa. Attraverso tale meccanismo, il privato potrà essere indennizzato per la perdita subita in conseguenza del ritardo oggettivamente apprezzabile e avente perciò natura di credito di valore, rappresentando (l'indennizzo) l'espressione monetaria dell'utilità sottratta allo stesso<sup>679</sup>.

In seguito alla pronuncia sopra esaminata, le Sezioni Unite<sup>680</sup> hanno ribadito il proprio indirizzo sul punto. Nello specifico, affermando la giurisdizione del giudice ordinario sulla domanda di risarcimento del danno, il Supremo Consesso ha statuito che il ricorrente fa valere, alla base della propria domanda di ristoro patrimoniale per mancato o tempestivo adeguamento della legge interna alla normativa comunitaria, una situazione avente natura e consistenza di diritto soggettivo, tale da ricondurre allo schema della responsabilità per inadempimento dell'obbligazione *ex lege* dello Stato, avente natura indennitaria, inquadrabile nell'area della responsabilità contrattuale. La riconduzione della pretesa risarcitoria nell'alveo della responsabilità contrattuale si riflette evidentemente anche sulla prescrizione, dilatando il relativo termine fino a dieci anni. In realtà, con l'art. 4, comma 43, della legge di stabilità del 2012, il legislatore ha previsto che *“la prescrizione del diritto al risarcimento del danno derivante da mancato recepimento nell'ordinamento dello Stato di direttive o altri provvedimenti obbligatori comunitari soggiace, in ogni caso, alla disciplina di*

---

<sup>677</sup> Sul concetto di obbligazione *ex lege* v. G. DE NOVA, *Obbligazioni contrattuali e obbligazioni nascenti dalla legge: la riforma del diritto internazionale privato*, in *La riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato e processuale*, in *Quaderni della Riv. trim. dir. proc. civ.*, I, Milano, 1996, p. 141; F. CARUSI, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, in *Tratt. dir. civile del Consiglio nazionale del notariato*, Napoli, 2004; B. BAREL, voce *Obbligazione*, XII) *Diritto internazionale privato: obbligazioni ex lege*, in *Enc. Giur. Treccani*, 1997; G. ARE, *Le obbligazioni ex lege dal punto di vista della sistematica delle fonti delle obbligazioni*, Napoli, 1915. Cfr. pure Cass., 19 settembre 2013, n. 21454, in *Corriere giuridico*, n. 2/2014, pp. 165 ss. con commento di V. CARBONE, *Obbligazioni ex lege e responsabilità da inadempimento*; nonché le considerazioni di F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*. (Estratto), cit., 100.

<sup>678</sup> Cfr. A. ANDRONIO, *La mancata attuazione del diritto dell'Unione europea da parte dello Stato: responsabilità contrattuale di natura indennitaria per attività non antiggiuridica*, nota a Cass. civ., sez. I, 10 marzo 2010, n. 5842, in *Giust. civ.*, 2011, 1586; v. anche R. CONTI, *La natura “non illecita” dell'illecito comunitario*, in *Danno e resp.*, 2010, 28.

<sup>679</sup> In argomento, v. M. CODIANZI, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione Europea: prime applicazioni dei recenti orientamenti della Corte di Cassazione*, in *Giur. merito*, 2010, 3063; L. GUFFANTI PESENTI, *Riflessioni in materia di tardiva trasposizione di direttive comunitarie*, in *Europa e dir. privato*, 2010, 316.

<sup>680</sup> Cass. civ., Sez. Un., 20 novembre 2012, n. 20323, consultabile in [www.neldiritto.it](http://www.neldiritto.it).



*cui all'articolo 2947 del codice civile e decorre dalla data in cui il fatto, dal quale sarebbero derivati i diritti se la direttiva fosse stata tempestivamente recepita, si è effettivamente verificato*". A ben vedere, la disposizione testè richiamata rimette, erroneamente, in discussione l'impianto costruito dalla giurisprudenza di legittimità, qualificandola implicitamente come extracontrattuale, con ripercussione anche sulla prescrizione del diritto al risarcimento del danno. L'intento è abbastanza chiaro: rendere più gravoso l'onere probatorio in danno del *civis* ed abbreviare della metà il termine di prescrizione previsto per l'azione processuale.

Ciò posto, occorre verificare quali danni possano essere risarciti al privato che lamenti il mancato tardivo recepimento di direttive non *self-executing*. A tal riguardo, la giurisprudenza ha chiarito che il risarcimento deve essere adeguato al danno subito, spettando all'ordinamento giuridico interno stabilire i criteri di liquidazione, che non possono essere meno favorevoli di quelli applicabili ad analoghi reclami di natura interna, o tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento. In ogni caso, non può essere escluso in via generale il risarcimento di componenti del danno, come il lucro cessante. In sostanza, si deve riconoscere al danneggiato un credito alla riparazione del pregiudizio subito per effetto dell'inadempimento legislatore di natura indennitaria, rivolto, in presenza del requisito di gravità della violazione, senza che operino i criteri di imputabilità per dolo o colpa, a compensare l'avente diritto della perdita subita in conseguenza del ritardo oggettivamente apprezzabile.

Con particolare riferimento al danno non patrimoniale, la giurisprudenza si è di recente pronunciata in ordine al riconoscimento (anche) del danno non patrimoniale derivante dalla responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario in relazione alla normativa italiana sulla circolazione del libero professionista esercente la professione di avvocato<sup>681</sup>. Più nel dettaglio, un cittadino tedesco abilitato alla professione forense nel proprio paese d'origine lamentava la lesione della sua reputazione in ragione del procedimento disciplinare e penale subito a causa della vigenza di una normativa interna contrastante con il principio di libera circolazione dei professionisti. In sostanza, si sarebbe trattato di un danno non patrimoniale da omessa disapplicazione della normativa interna (lesiva del diritto di stabilimento) da parte degli organi dello Stato, quali il Consiglio dell'ordine, in sede di procedimento disciplinare, e l'Autorità giudiziaria, in sede di procedimento penale, tenuti a disapplicare le norme dell'ordinamento interno incompatibili con le direttive comunitarie. La Suprema Corte, tuttavia, dopo aver individuato la responsabilità dello Stato italiano per aver impedito al cittadino tedesco l'esercizio della professione in Italia per un quinquennio, in violazione del diritto comunitario, e quantificato il danno patrimoniale in € 75.000,00 in base al fatturato medio del professionista nel periodo successivo al quinquennio, ha negato il riconoscimento anche dei pregiudizi di carattere non patrimoniale. La pronuncia in esame osserva,

---

<sup>681</sup> Cass. civ. Sez. III, 30 settembre 2016, n. 19384 consultabile in [www.dirittocivilecontemporaneo.it](http://www.dirittocivilecontemporaneo.it)

infatti, che non sussiste un nesso di causalità tra la condotta degli organi statali inadempienti e il danno non patrimoniale, dovendo imputarsi allo stesso avvocato la condotta violativa delle norme di divieto di esercizio della professione, che avevano dato luogo a procedimenti penali e disciplinari. In realtà, la Corte opera una distinzione fra norme comunitarie direttamente applicabili (e, dunque, di “danno da mancata disapplicazione”) e norme comunitarie non direttamente applicabili: nel primo caso, il ricorrente avrebbe dovuto agire invocando la disciplina sulla responsabilità civile dei magistrati; nel secondo, invece, come ritiene la Cassazione, il ricorrente avrebbe dovuto sollevare la questione di legittimità costituzionale delle norme incompatibili, anche di fronte al Consiglio nazionale forense quale giudice speciale.

Senonché, il mancato riconoscimento del danno non patrimoniale non appare convincente per due ordini di ragioni. Una prima si evince direttamente dalla sentenza, in cui la Cassazione non nega in assoluto il risarcimento di natura non patrimoniale, ma osserva che il ricorrente avrebbe dovuto esperire un altro rimedio, individuato o nelle disposizioni sulla responsabilità civile dei magistrati o nella questione di legittimità costituzionale; sicché non sarebbe precluso – di per sé – il risarcimento ai danni non patrimoniali domandati. In secondo luogo, posta la natura autonoma degli obblighi di protezione rispetto al regolamento contrattuale e, conseguentemente, il risarcimento dei danni non patrimoniali, appare possibile applicare la disciplina degli obblighi di protezione anche alle obbligazioni *ex lege* e, nel caso di specie, alla mancata trasposizione di direttive non direttamente applicabili. Ed infatti, in caso di mancata emancipazione degli obblighi di protezione dal contratto quale (loro) fonte, si finirebbe per ammettere l'estensione della protezione solo a quei terzi che entrano in contatto con lo svolgimento di un rapporto contrattuale, e non quelli che si trovano di fronte ad un rapporto obbligatorio non derivante da illecito ma comunque di altra natura, come avviene in caso di contratto nullo, di trattative precontrattuali e di obbligazioni che sorgono *ex lege*. In tutti questi casi, il contratto non esiste o, quantomeno, non è produttivo di effetti e, perciò, se si adottasse la tesi che fonda gli obblighi di protezione su di esso si dovrebbe negare – in presenza di queste situazioni – una loro applicazione sia alla parte che al terzo danneggiato. Se si vuole prescindere dall'esistenza di un contratto per tutelare il terzo, la soluzione non può che essere ricercata nella legge: precisamente, nel principio di buona fede, oppure, in alternativa, nel principio di solidarietà *ex art 2 Costituzione*.

#### 8. – *Segue: il danno da irragionevole durata del processo*

Ulteriore fattispecie di obbligazione *ex lege* in cui emerge il carattere sanzionatorio del danno non patrimoniale da inadempimento concerne il danno derivante dall'obbligazione a carico dello Stato prevista dalla Legge n. 89 del 24

marzo 2001 (L. Pinto<sup>682</sup>). Più in particolare, la previsione legislativa anzidetta prescrive il diritto per il cittadino ad una equa riparazione per effetto della violazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, sotto il profilo del mancato rispetto del termine ragionevole di cui all'articolo 6, paragrafo 1, della Convenzione. Tale diritto si traduce in un indennizzo a carico dello Stato attraverso il quale sono ristorati i danni patrimoniali o non patrimoniali subiti dal soggetto. In altri termini, il legislatore ha voluto dare attuazione, sul piano interno, all'articolo 6 della Convenzione europea, nella parte in cui lo stesso garantisce la ragionevole durata del processo, prevedendo il diritto di chi abbia subito un danno patrimoniale o non patrimoniale in conseguenza della irragionevole durata del processo.

Mettendo da parte i profili procedurali<sup>683</sup>, in questa sede ci si limiterà a ribadire la natura di obbligazione *ex lege* a carico dello Stato ed il carattere sanzionatorio del danno non patrimoniale che ne deriva.

Con particolare riferimento al primo profilo, una parte della dottrina<sup>684</sup>, in verità, propende per la natura risarcitoria dell'indennizzo che viene liquidato al privato a titolo di equa riparazione per irragionevole durata del procedimento. Secondo questa

---

<sup>682</sup> Per un primo approfondimento v. G. CONSO, *Legge Pinto: passo ineluttabile anche se certamente non decisivo*, in *I diritti dell'Uomo: cronache e battaglie*, 2001, 1, 23; M. GIORGETTI, *L'equa riparazione per la durata irragionevole del processo*, Bergamo, 2003; I. FALCONE, *La ragionevolezza del processo tra vincoli europei ed autonomia dell'ordinamento interno*, in *Giust. Civ.*, 2010, 5, 2, 251; F. MACCHIAROLI, *Eccessiva durata dei processi ed equa riparazione: tra giurisprudenza di Strasburgo e legge Pinto*, in *Giur. it.*, 2001, 10, 2007 e ss.; G. CIVININI, *Sul diritto alla ragionevole durata del processo: prime applicazioni della c.d. legge Pinto*, in *Foro it.*, 2002, 1, 232 e ss.; A. DIDONE, *Corti di merito, Cassazione e legge Pinto: una breve rassegna*, in *Giur. merito*, 2002, 6, 1, 1261.

<sup>683</sup> A tal riguardo, la Legge di Stabilità per il 2016 ha introdotto significative novità. Più nel dettaglio, il nuovo art. 1-bis introduce un esplicito riferimento al concetto di rimedi preventivi, considerati requisiti necessari per ottenere l'equa riparazione. La disposizione seguente (art. 1-ter) elenca i rimedi preventivi, ovvero: l'introduzione del giudizio nelle forme del rito sommario (artt. 702-bis e ss. c.p.c.); la richiesta di passaggio dal procedimento ordinario a quello sommario entro l'udienza di trattazione e comunque almeno sei mesi prima del triennio dall'inizio della causa; infine l'inciso finale del 1 comma dell'art. 1-ter prevede che "nelle cause in cui il tribunale giudica in composizione collegiale, il giudice istruttore quando ritiene che la causa può essere decisa a seguito di trattazione orale, a norma dell'articolo 281-sexies del codice di procedura civile, rimette la causa al collegio fissando l'udienza collegiale per la precisazione delle conclusioni e per la discussione orale". Risultano inoltre aumentati i casi di esclusione dell'indennizzo, attraverso la modifica del comma 2-quinquies, a tenore del quale è escluso l'indennizzo per la "parte che ha agito o resistito in giudizio consapevole della infondatezza originaria o sopravvenuta delle proprie domande o difese, anche fuori dei casi di cui all'art. 96 del codice di procedura civile", mentre in precedenza la norma indicava solamente la "parte soccombente condannata a norma dell'art. 96 c.p.c.". Altre importanti novità si rinvencono all'art. 2-bis 1 comma, che riduce la somma di denaro di cui all'indennizzo fra 400 ed 800 euro per ciascun anno, o frazione di anno superiore ai sei mesi, eccedente il termine ragionevole di durata del processo, e dal nuovo art. 3, 1 comma, secondo il quale il ricorso deve essere proposto al Presidente della Corte d'Appello del distretto in cui ha sede il giudice innanzi al quale si è svolto il primo grado del processo presupposto. Per una prima lettura delle novità v. M. NEGRI, *Legge Stabilità 2016: modifiche alla L. n. 89/2001 c.d. Legge Pinto*, in *Corr. Giur.*, 2016, 15.

<sup>684</sup> Cfr. M. AZZALINI, *L'eccessiva durata del processo e il risarcimento del danno: la legge Pinto fra stalli applicativi e interventi riformatori*, in *Resp. Civ.*, 2012, 5, 3, 1702; V. BARELA, *Il diritto ad un giusto processo: responsabilità e profili riparatori*, in *Nuova giur.civ.comm.*, 2003, II, 150; G. PONZANELLI, *Equa riparazione per i processi troppo lenti*, in *Danno resp.* 2001, 570; A. VENTURELLI, *Legge Pinto: per le Sezioni Unite la prova del danno non patrimoniale è in re ipsa*, in *Danno resp.*, 2004, 512; F. LONGO, *L'art. 2 della legge Pinto: indennizzo o risarcimento?* in *Giur. it.*, 2003, 276 ss.; V. F. MOROZZO DELLA ROCCA, *L'equa riparazione per irragionevole durata del processo nelle prime decisioni della Cassazione*, in *Giust. civ.*, 2003, I, 705.

impostazione l'accertamento della durata irragionevole di un procedimento, quale presupposto applicativo della legge Pinto, è sicuramente una violazione di legge, che si concretizza nell'inosservanza non solo dell'art. 2, di cui alla l. 89/2001, ma anche degli art. 24 e 111 Cost. Ma, a ben vedere, tale asserzione è del tutto incompatibile con la pretesa natura indennitaria della riparazione, che porterebbe ad identificare la fonte dell'obbligazione risarcitoria in un atto sostanzialmente lecito.

L'opinione contraria ritiene che la violazione delle disposizioni anzidette comporterebbe una responsabilità *ex art.* 2043 cod. civ.: nell'ipotesi in questione, l'ingiustizia del danno sarebbe insita nella menzionata rilevanza primaria degli interesse lesi, rientranti nell'ambito dei diritti inviolabili della persona meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico. Inoltre, è stato evidenziato che la previsione di un indennizzo, anziché di un risarcimento, difficilmente potrà escludere la natura di illecito aquiliano di un certo fatto. Ed infatti, il preciso richiamo dell'art. 2, 3 comma, l. n. 89/2001 (ormai abrogato dalla legge di Stabilità del 2016), a tutte le conseguenze dannose patrimoniali e non patrimoniali della violazione sembrerebbe al criterio della riparazione integrale del danno, proprio della responsabilità aquiliana.

La suddetta tesi, però, non appare condivisibile per le ragioni affermate, peraltro, dalla prevalente giurisprudenza di legittimità. In tal senso, secondo l'orientamento maggioritario della Suprema Corte<sup>685</sup>, l'obbligazione riparatoria a carico dello Stato, prevista dalla L. 24 marzo 2001, n. 89, non nasce dalla lesione di un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, bensì *ex lege*. Più nel dettaglio, il "fatto" dell'eccessiva durata del processo è riconducibile tra le obbligazioni di cui all'art. 1173, comma 3, cod. civ. Non si può parlare, quindi, come osserva il precedente orientamento, di obbligazione da fatto illecito in senso proprio, dato che non si richiede l'accertamento di un illecito secondo la nozione contemplata dall'art. 2043 cod. civ. Tale difformità deriva dal modello dell'art. 2 della Legge Pinto, rispetto allo schema classico della responsabilità da illecito, in cui si ravvisa l'irrelevanza della prova dell'elemento soggettivo (dolo o colpa), necessari, invece, nel modello aquiliano. A ciò si aggiunga che l'art. 2 della l. n. 89/2001 fa riferimento ad un'equa riparazione dei danni e non già ad un risarcimento; sicché, non potrà parlarsi di natura squisitamente risarcitoria dell'indennizzo che viene liquidato al privato per irragionevole durata del procedimento, bensì di obbligazione *ex lege*<sup>686</sup>.

---

<sup>685</sup> In tal senso, Cass. civ., 19 gennaio 2005 n. 1094, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 4; Cass., 26 marzo 2004 n. 6071, in *Dir. e giust.* 2004, 34 116; Cass., 3 aprile 2003, n. 5110, in *Giust. civ.*, 2003, 893; Cass., 22 ottobre 2002, n. 14885, in *Foro it.*, 2003, 846; Cass., 8 agosto 2002, n. 11987, in *Foro it.*, 2003, 849; Cass., 2 agosto 2002, n. 11600, in *Foro it.*, 2003, 852; Cass., 26 luglio 2002, n. 11046, in *Giust. civ.*, 2003, 696.

<sup>686</sup> In dottrina v. G. DE FRANCESCO, *Il diritto all'equa riparazione, in Irragionevole durata del processo e responsabilità dello Stato*, Padova, 2008; M. GIROLAMI, *Il danno non patrimoniale da irragionevole durata del processo*, in *Aa. Vv., Responsabilità civile. Danno non patrimoniale*, Milano, 2010; C. DE ROSE, *Equa riparazione per i processi troppo lunghi: la legge 24 marzo 2001, n. 89 e la sua derivazione europea*, in *Cons. stato* 2001, II, 459; S. IZAR, *Prime applicazioni giurisprudenziali della legge n. 89/2001 (cd. legge Pinto) sulla responsabilità dello Stato per violazione del termine ragionevole del processo*, in *Resp.civ. prev.*, 2002, 971; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, p. 262 ss.

Con particolare riferimento al danno non patrimoniale, invece, l'esigenza di garantire l'allineamento alla posizione europea ha determinato un articolato contrasto giurisprudenziale<sup>687</sup>. In particolare, subito dopo l'entrata in vigore della legge Pinto, proprio richiamando le pronunce della Corte di Strasburgo, la giurisprudenza di merito e la dottrina<sup>688</sup> hanno aderito alla tesi del c.d. danno non patrimoniale in *re ipsa*, identificando, di fatto, tale forma di danno nella stessa violazione del diritto alla ragionevole durata e, pertanto, non richiedendo una sua allegazione o prova, ma ritenendolo risarcibile sempre e comunque una volta accertato l'irragionevole allungamento dei tempi processuali. Tale assunto – dal quale si evince, peraltro, il carattere sanzionatorio della fattispecie di danno in esame – merita di essere condiviso.

Tali considerazioni sono state, poi, ribadite dalle Sezioni Unite<sup>689</sup> che, proprio muovendo dalla rilevanza costituzionale del diritto alla ragionevole durata del processo e, soprattutto, dalla necessità di garantire una piena uniformità delle decisioni alla giurisprudenza europea, stabilirono che il danno non patrimoniale previsto dalla legge Pinto sussiste ogni volta che, accertata la durata irragionevole del procedimento, non ricorrano nel caso concreto circostanze particolari che facciano escludere che tale danno sia stato subito dal ricorrente. Conseguentemente, lo stesso non deve formare specifico oggetto di prova, ma basterà dimostrare l'irragionevole durata del processo per ottenerne il risarcimento, salvo che non sia accertato il conseguimento di un vantaggio per effetto del prolungamento della controversia. Tale assunto mostra la natura spiccatamente sanzionatoria di tale danno non patrimoniale, inteso come danno morale soggettivo correlato a turbamenti di carattere psicologico e conseguenza normale, ancorché non automatica e necessaria, della violazione del diritto alla ragionevole durata del processo.

Il danno non patrimoniale, quindi, anche secondo la CEDU, costituisce una conseguenza della violazione della irragionevole durata, la quale, però, a differenza del danno patrimoniale, si verifica normalmente, e cioè di regola, per effetto della violazione stessa. È evidente, infatti, che l'anomala lunghezza della pendenza di un processo produce nella parte che vi è coinvolta un patema d'animo, un'ansia, una sofferenza morale che non occorre provare, sia pure attraverso elemento presuntivi. In altri termini, si tratta di conseguenze di carattere non patrimoniale che possono ritenersi presenti secondo l'*id quod plerumque accidit*, senza bisogno di alcun

---

<sup>687</sup> In argomento cfr. A. VENTURELLI, *Danno non patrimoniale per irragionevole durata del processo*, in *Il "nuovo" danno non patrimoniale*, a cura di G. PONZANELLI, Padova, 2004, 244 ss.

<sup>688</sup> Cfr. M. POTO, *Prime pronunce della Corte di Cassazione sulla violazione del principio della ragionevole durata del processo*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, 358; U. VINCENTI, *L'equa riparazione del danno non patrimoniale per l'eccessiva durata di un processo*, in *Dir. reg.*, 2004, 289 ss; S. IZAR, *Prime applicazioni giurisprudenziali della legge n. 89/2001 (cd. legge Pinto) sulla responsabilità dello Stato per violazione del termine ragionevole del processo*, cit., 971.

<sup>689</sup> Cass., sez. un., 26 gennaio 2004, nn. 1338-1341, in *Giur. it.*, 2004, 944 ss., con note di A. DIDONE, *La Cassazione, la legge Pinto e la Corte europea dei diritti dell'uomo: sepolti i contrasti*, e di M. FASCIGLIONE, *Verso un allineamento della Suprema Corte alle posizioni della Corte di Strasburgo in tema di durata ragionevole del processo*, ivi, 1147 ss..

sostegno probatorio relativo al singolo caso<sup>690</sup>. In tali circostanze, il danno non patrimoniale non può essere negato alla persona che ha visto violato il proprio diritto alla durata ragionevole del processo, subendo l'afflizione causata dall'esorbitante attesa della decisione, a prescindere dall'esito della stessa. Può, dunque, parlarsi, a proposito del danno non patrimoniale derivante dalla violazione dell'art. 6 CEDU non di danno insito nella violazione, bensì di prova (del danno) di regola in *re ipsa*, nel senso che provata la sussistenza della violazione, ciò comporta, nella normalità dei casi, delle conseguenze non patrimoniali in danno della parte processuale, le quali assurgono ad effetti spiccatamente sanzionatori per lo Stato. Tale interpretazione, relativa alla prova del danno non patrimoniale richiesto dalla legge Pinto, tuttavia, deve ritenersi consentita dalle disposizioni contenute in detta legge, e va adottata al fine di porla in piena sintonia con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sulle conseguenze del mancato rispetto del termine ragionevole, evitando, in tal modo, dubbi di contrasto della stessa legge con la Costituzione italiana.

#### 9. – *Il danno da detenzione disumana*

Un ulteriore esempio di danno non patrimoniale, connotato da una natura spiccatamente sanzionatoria, per effetto della violazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, si rinviene nel danno da detenzione disumana. Norma primaria di riferimento, in questo caso, è certamente l'art. 3 CEDU<sup>691</sup> che sancisce divieto di tortura e di trattamento inumano o degradante. Con particolare riferimento a quest'ultimo profilo, il nostro Paese, purtroppo, non è nuovo a condanne da parte della Corte EDU in ragione dal numero di detenuti presenti all'interno delle strutture carcerarie in misura nettamente superiore a quello che le stesse sono programmate ad ospitare<sup>692</sup>. Ciascuno Stato membro, del resto, deve assicurare ai propri detenuti, al fine di non perpetrare un trattamento penitenziario inumano e degradante, uno spazio vitale adeguato, sicché tale inosservanza comporterà la sistematica violazione dell'art. 3. In tal senso, la Corte EDU ha avuto modo di soffermarsi nel valutare entità e portata di una sovrappopolazione carceraria quale causa generante violazione dell'art. 3 Corte EDU, anche rifacendosi alle raccomandazioni evidenziate nei rapporti del Comitato

---

<sup>690</sup> In argomento v. E. SACCHETTINI, *Un'attività di difficile realizzazione pratica che mette a repentaglio le casse dello Stato*, in *Guida al dir.*, n. 6/2004, 16 ss.; G. DE STEFANO, *È finita la guerra delle Corti: la Cassazione si adegua alla CEDU*, in *Dir. & Giust.*, n. 15/2004, 12 ss; R. CONTI, *CEDU e diritto interno: le Sezioni Unite si avvicinano a Strasburgo sull'irragionevole durata dei processi*, in *Corr. giur.*, 2004, 609 ss.

<sup>691</sup> L'art. 3, derubricato "Proibizione della tortura", prevede espressamente che "nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti".

<sup>692</sup> Per un approfondimento della giurisprudenza delle Corte EDU v. Corte e.d.u., 16 luglio 2009, Sulejmanovic c. Italia, ric. n. 22635/03; Corte e.d.u., 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia, ric. nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10, con nota di F. VIGANÒ, *Sentenza pilota della Corte e.d.u. sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 9 gennaio 2013.

europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti. Più in particolare, Nel caso *Sulejmanovic c. Italia*<sup>693</sup>, , il ricorrente, durante la detenzione aveva vissuto, per un periodo rimasto imprecisato, ma comunque superiore a due mesi e mezzo, in una cella di 16.20 metri quadrati, con annesso un piccolo locale sanitario di circa 5 metri quadrati, condividendo tali spazi con altre cinque persone ed avendo, dunque, a disposizione personale, in media, uno spazio corrispondente a 2.70 metri quadrati. Tale situazione aveva comportato la condanna per l'Italia da parte della Corte EDU, la quale aveva affermato la responsabilità dello Stato per detenzione disumana, ravvisando proprio nella detenzione in condizioni impietose e degradanti una forma di tortura.

La dichiarazione di questa peculiare forma di responsabilità passa per il riconoscimento negli istituti penitenziari di un pezzo di società civile in cui i detenuti subiscono le inevitabili compromissioni necessarie all'espiazione della pena, le quali, tuttavia, non si possono spingere ad una sostanziale negazione dei diritti fondamentali della persona. Questa esigenza, beninteso, impone obblighi di protezione a ciò predisposti, a carico dell'amministrazione penitenziaria e determina il riconoscimento in capo al singolo detenuto di una situazione soggettiva piena<sup>694</sup>.

Tali considerazioni, in merito ai rapporti tra pubbliche amministrazioni e detenuto, sono state fatte proprie dal Tribunale di Sorveglianza di Lecce che ha statuito, con un'interessante ordinanza che merita di essere menzionata, la condanna del Ministero della Giustizia al risarcimento dei danni non patrimoniali in favore di un detenuto rinchiuso per oltre 18 ore in una cella angusta, nell'ambito di una Casa circondariale sovraffollata<sup>695</sup>. Più nel dettaglio, il soggetto detenuto lamentava, tramite reclamo all'Autorità giurisdizionale anzidetta, la circostanza di essere stato carcerato in condizioni irrispettose della dignità umana e, in particolare, in una cella scarsamente illuminata e dotata di servizi privi di acqua calda, e quindi in violazione dei diritti fondamentali dell'uomo, riconosciuti dalla Costituzione e dalle Carte internazionali, oltre che nella legge di ordinamento penitenziario. Ne derivava, ad avviso del reclamante, la lesione dei diritti soggettivi previsti dagli artt. 1, 5, 6, 12, l. n. 354 del 1975 (legge di ordinamento penitenziario) artt. 6, 7 D.P.R. n. 230/2000 (Regolamento di attuazione ordinamento penitenziario), art. 3 CEDU, artt. 2, 3, 27 Cost., con la conseguente liquidazione di un equo indennizzo. Il Tribunale, dichiarando la responsabilità del Ministero di Giustizia, ha riconosciuto il danno patito dal detenuto per la lesione del diritto all'offerta trattamentale e al percorso rieducativo, che deve essere ricondotto, così come affermato dalla Sezioni unite nelle

---

<sup>693</sup> Cfr. Corte e.d.u., 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia*, ric. n. 22635/03, in *Cass. pen.*, 2009, 4928, con nota di N. MANIMA, *L'Italia condannata dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo per l'insufficienza temporanea dello spazio individuale nella cella assegnata a un detenuto nel carcere di Rebibbia nel 2003, ma assolta per la gestione, in quel contesto, della sovrappopolazione carceraria*.

<sup>694</sup> S. MAZZAMUTO, *La responsabilità contrattuale nella prospettiva europea*, cit., 93.

<sup>695</sup> Tribunale di Lecce, Ufficio di Sorveglianza, ordinanza n. 17/10 Reg. S15, consultabile in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)

sentenze nn. 8827 e 8828 del 2003, al danno esistenziale *ex art.* 2059 c.c. trattandosi di lesione a diritti costituzionali inerenti la persona<sup>696</sup>.

Con particolare riferimento alla responsabilità ascritta al Ministero, la stessa deriverebbe, ad avviso del Giudicante, dalla violazione degli obblighi *ex lege*, imposti dalla Costituzione, dalle Carte internazionali e dall'ordinamento penitenziario, da cui discende il diritto per il soggetto detenuto in condizioni disumane ad un risarcimento che comprende, oltre ai danni patrimoniali, anche i danni non patrimoniali, così come affermato nel paragrafo precedente. La responsabilità del Ministero, nella fattispecie in esame, viene collocata quindi nell'alveo, *latu sensu*, di quella contrattuale, ovvero sulla violazione di un obbligo assunto o imposto per legge e sul mancato raggiungimento del risultato dedotto in obbligazione. L'apparato amministrativo della struttura penitenziaria, infatti, con gli apporti degli uffici esterni, sovrintende all'esecuzione della pena detentiva ed è gravato da un insieme di vincoli specifici. Tali obblighi preesistono al comportamento dannoso nei confronti del detenuto essendo rivolti ad una duplice funzione: alcuni alla tutela di beni costituzionali fondamentali come la salute e la riservatezza; altri, sono rivolti alla rieducazione del condannato, ossia il dovere di offrire occasioni trattamentali al detenuto. Nel caso in esame, viene in rilievo la diretta violazione di quegli obblighi contenuti sia nella Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, nonché nelle norme dell'ordinamento penitenziario, che ha comportato non soltanto la perdita derivante dalla lesione alla dignità del detenuto, ma anche il non miglioramento del suo processo di rieducazione *ex art.* 27 comma 3 Cost. Va soggiunto, però, che, nella fattispecie che qui ci occupa, emerge una responsabilità per violazione di un obbligo *ex lege* differente da quella affrontata nel danno dello Stato-legislatore da mancata trasposizione di direttiva comunitaria, sebbene anche in quell'occasione si è valorizzata la natura contrattuale della responsabilità del danneggiante. In quest'ultimo caso, si è giunti, infatti, ad una conclusione, che non è stata estesa al caso in esame dal Tribunale di Sorveglianza, avendo la Suprema Corte concluso, nel caso di mancata trasposizione di direttive, per la natura indennitaria della responsabilità dell'apparato amministrativo in quanto proveniente da atto illecito sul piano comunitario, ma non su quello nazionale. Al contrario, nella pronuncia di merito succitata, il comportamento dell'Amministrazione risulta antiggiuridico nella misura in cui viola obblighi che operano a livello nazionale. Da ciò, conclude il Tribunale, deriva che

---

<sup>696</sup> Più in particolare il Tribunale afferma che «il requisito della gravità della lesione che della serietà del danno si riscontrano nel periodo di detenzione che va dal 10 luglio 2010 al 6 settembre 2010 risulta essere presente. In considerazione del fatto che in questo lasso temporale le condizioni particolarmente afflittive della detenzione sofferta: la riduzione dello spazio minimo vitale nei termini sopra indicati, l'effetto sovraffollamento, l'assenza di attività da svolgere al di fuori della cella detentiva eccezion fatta per la fruizione del cortile passeggi e della doccia, unitamente all'assenza di attività trattamentale hanno raggiunto un adeguato livello di gravità che si è tradotto in un danno serio consistito nella battuta d'arresto nel percorso rieducativo del condannato, che in ottica esponenziale ha raggiunto il suo livello massimo a ridosso degli ultimi giorni di carcerazione sofferta in simili condizioni, il cui limite temporale non era altrimenti conosciuto dal detenuto. In quei giorni la dignità del detenuto è stata lesa, perché la privazione della sua libertà personale avvenuta in condizioni deteriori rispetto a quelle ordinarie, non si è accompagnata ad alcun processo rieducativo».



l'inadempimento non genera il diritto ad un indennizzo, ma ad un risarcimento da parte dell'Amministrazione. Tale inquadramento, tuttavia, non ha precluso al detenuto di ottenere un risarcimento dei danni non patrimoniali subiti, in considerazione anche delle determinazioni assunte in materia dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nelle quali ha ritenuto sussistente la presenza della violazione dell'art. 3 CEDU. Più nel dettaglio, nella già citata sentenza del 16 luglio 2009 *Sulejmanovic c Italia*, è stato concesso al detenuto un equo indennizzo pari a 1.000,00 euro per il danno morale sofferto per periodo di due mesi e mezzo nel quale poteva fruire di uno spazio minimo vitale di 2,70 mq.

Rispetto a quest'ultima fattispecie, il Tribunale di Lecce ha asserito che la lesione cagionata al detenuto, è di poco più contenuta sotto il punto di vista temporale e manifesta un'aggressione meno intensa al comune bene giuridico della dignità umana; ciononostante, siamo sempre in presenza di una situazione tale da integrare la tortura o il trattamento inumano o degradante, che genera una sofferenza psichica di elevata intensità, anche in assenza di conseguenze fisiche.

In ultimo, occorre fare riferimento all'art. 1 del D.L. n. 92 del 26 giugno 2014, recante *“Disposizioni urgenti in materia di rimedi risarcitori in favore dei detenuti e degli internati che hanno subito un trattamento in violazione dell'articolo 3 della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali”*, che ha novellato la l. n. 354 del 1975, introducendo il nuovo art 35-ter, rubricato *“Rimedi risarcitori conseguenti alla violazione dell'articolo 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nei confronti di soggetti detenuti o internati”*<sup>697</sup>, che prevede la possibilità per i detenuti e gli internati – che subiscono o hanno subito un trattamento in violazione dell'art. 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo – di domandare un rimedio risarcitorio. La disposizione introduce una sorta di risarcimento in forma specifica che risulta dalla decurtazione della pena in

---

<sup>697</sup> Più nel dettaglio, la norma prevede che: *“Quando il pregiudizio di cui all'articolo 69, comma 6, lett. b), consiste, per un periodo di tempo non inferiore ai quindici giorni, in condizioni di detenzione tali da violare l'articolo 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955, n. 848, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, su istanza presentata dal detenuto, personalmente ovvero tramite difensore munito di procura speciale, il magistrato di sorveglianza dispone, a titolo di risarcimento del danno, una riduzione della pena detentiva ancora da espriare pari, nella durata, a un giorno per ogni dieci durante il quale il richiedente ha subito il pregiudizio.*

2. *Quando il periodo di pena ancora da espriare è tale da non consentire la detrazione dell'intera misura percentuale di cui al comma 1, il magistrato di sorveglianza liquida altresì al richiedente, in relazione al residuo periodo e a titolo di risarcimento del danno, una somma di denaro pari a euro 8,00 per ciascuna giornata nella quale questi ha subito il pregiudizio. Il magistrato di sorveglianza provvede allo stesso modo nel caso in cui il periodo di detenzione espriato in condizioni non conformi ai criteri di cui all'articolo 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali sia stato inferiore ai quindici giorni.*

3. *Coloro che hanno subito il pregiudizio di cui al comma 1, in stato di custodia cautelare in carcere non computabile nella determinazione della pena da espriare ovvero coloro che hanno terminato di espriare la pena detentiva in carcere possono proporre azione, personalmente ovvero tramite difensore munito di procura speciale, di fronte al tribunale del capoluogo del distretto nel cui territorio hanno la residenza. L'azione deve essere proposta, a pena di decadenza, entro sei mesi dalla cessazione dello stato di detenzione o della custodia cautelare in carcere. Il tribunale decide in composizione monocratica nelle forme di cui agli articoli 737 e seguenti del codice di procedura civile. Il decreto che definisce il procedimento non è soggetto a reclamo. Il risarcimento del danno è liquidato nella misura prevista dal comma 2”.*

funzione delle condizioni degradanti in cui viene o è stata espiata; il pregiudizio, in verità, non è rappresentato dalla pena in sé, bensì dalle modalità del suo svolgimento, mentre il risarcimento in forma specifica, nella sua accezione tecnica, opera sul danno rimuovendone le conseguenze<sup>698</sup>. Tale predeterminazione del risarcimento, tuttavia, lo rende assimilabile ad un indennizzo, escludendo qualsiasi commisurazione equitativa, da fare caso per caso, assicurandone la corrispondenza all'entità del pregiudizio subito.

In definitiva, sebbene il legislatore abbia introdotto, attraverso una determinazione in misura fissa, un meccanismo risarcitorio di tutela della persona *ex art. 3 CEDU*, uguale per tutti, tale automatismo, distaccandosi dal tradizionale sistema risarcitorio, rende irrilevanti la modalità di ciascuna detenzione e l'intensità dell'offesa al detenuto, considerando soltanto ai fini della quantificazione del rimedio il fattore tempo.

---

<sup>698</sup> S. MAZZAMUTO, *La responsabilità contrattuale nella prospettiva europea*, cit., 94.

## Conclusioni

Con le considerazioni che precedono si è cercato di sostenere che profili di «tutela punitiva», nel nostro ordinamento, non sono né scomparsi né divenuti irrilevanti, il tutto potendosi risolvere sul terreno della riparazione dei danni provocati. L'ordinamento, invero, non può apparire «neutrale» ed indifferente rispetto alla violazione dei diritti o, comunque, rispetto al fenomeno di fatti che arrechino gravi pregiudizi di ordine economico, sociale e affettivo ai soggetti. Segno di tale tendenziale «neutralità» sarebbe appunto un'aprioristica esclusione di tecniche diverse da quelle risarcitorie<sup>699</sup>. Questa esclusione significherebbe accettazione del fatto compiuto e cioè del danno quale elemento *naturaliter* appartenente ad una economia di mercato, dato cui si può porre riparo solo *ex post* ma non prevenire né esorcizzare. Si lasciano, dunque, individuare anche tendenze dirette ad affiancare, alle forme normali di tutela risarcitoria contro i danni, misure sanzionatorie, il cui scopo è di reprimere-sanzionare anche fatti dannosi o almeno potenzialmente dannosi e ciò (anche) con l'obiettivo di prevenirli. Sembra, in primo luogo, che non si possano sottrarre ad una qualificazione in termini sanzionatori forme di liquidazione (in danaro) dei danni non patrimoniali, ossia di quei danni che si ricollegano a pregiudizi arrecati ad interessi non patrimoniali del soggetto (v., massimamente, le ipotesi di danni alla persona, non rilevabili patrimonialmente e definiti comunemente nei termini, imprecisi ed approssimativi, dei patemi d'animo, soggerenze, perturbamenti e via dicendo).

La circostanza che la commisurazione dei danni non patrimoniali non segua i criteri delle normali tecniche risarcitorie induce a ritenere che si sia in presenza di una misura di tutela che ha la funzione di *punire-prevenire* le forme che si ritengono lesive di valori non patrimoniali afferenti alla persona. Trattandosi di pregiudizi di siffatta natura ed essendone ardua la precisa quantificazione dovrà il giudice procedere in via equitativa. È evidente allora che, così composto, il rimedio soltanto formalmente provvede alla riparazione-compensazione del danno, essendo invece esso sostanzialmente diretto a *sanzionare* il comportamento del danneggiante. All'aspetto sanzionatorio, poi, è ricollegata anche la funzione di *prevenzione* che il sistema di responsabilità esercita. Indirizzi prevalenti in ambienti di influenza francese sottolineano, inoltre, l'aspetto della *garanzia* che è connesso al sistema di responsabilità: si sostiene, a questo proposito, che la lesione di un diritto protetto sia ragione sufficiente per irrogare una sanzione. Non a caso, si assiste ormai nella giurisprudenza di legittimità ad una interpretazione evolutiva del sistema della responsabilità civile, con significative aperture verso quelle misure atte ad ottenere l'adempimento di un obbligo mediante la pressione esercitata sulla volontà dell'inadempiente. Si tratta di strumenti di coartazione che paiono avere funzioni diverse da quelle tradizionali proprie del risarcimento del danno. A questo argomento

---

<sup>699</sup> L'osservazione è di A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, 173.

di carattere più generale si affianca la questione se il danno punitivo, come tale, sia o meno ammissibile nel nostro ordinamento. In questo senso, viene in rilievo la recentissima ordinanza interlocutoria n. 9978 del 2016 della Prima Sezione della Corte di Cassazione, con la quale si nota un cambio di prospettiva in favore del riconoscimento dei danni punitivi, appunto perché una tutela coincidente con il mero risarcimento del danno esaurisce i suoi compiti nella sola dimensione della fattispecie, ma non in quella dell'effettività del rimedio e degli effetti che da esso discendono o possono discendere in chiave applicativa. In questo senso, si osserva come la questione dei danni punitivi sembra ancora più rilevante nell'area del danno non patrimoniale contrattuale, laddove il *quantum* da liquidarsi certo non può essere letto quale monetizzazione del pregiudizio, aprendosi così i margini per il ricorso ad un rimedio costruito sulla base dell'effettività della tutela.

Nella prospettiva del danno non patrimoniale da inadempimento, emerge chiaramente l'idea della punizione e della sanzione del responsabile civile, a prescindere dalla valutazione a tal fine della sua condotta. In linea generale, i rimedi *supra* illustrati realizzano una finalità punitiva non in relazione all'effettivo pregiudizio subito, bensì in maniera indifferente all'accertamento di quest'ultimo, vale a dire per il solo fatto dell'inadempimento o dell'illecito. Ne deriva, per regola generale, che ogni volta in cui la liquidazione di un danno operi a prescindere dalla sua determinazione effettiva ci si trovi di fronte non ad un risarcimento ma ad una pena privata. La risarcibilità, in effetti, è sempre condizionata all'accertamento del pregiudizio o della lesione del valore protetto dall'ordinamento e non può considerarsi provata *in re ipsa*. Per converso, se si asseconda la natura di pena privata del meccanismo di liquidazione del danno non patrimoniale da inadempimento, va da sé che una precisa determinazione quantitativa del danno mal si adatta alla lesione di valori afferenti alla persona. Sotto questo profilo, mal si giustificano atteggiamenti di diffidenza verso le pene 'legali' o 'giudiziali', in considerazione del fatto che non vi sarebbe nulla di 'privato' al di fuori della natura dell'interesse tutelato. Al contrario, è da ritenere che nel concetto di pena privata rientrino a pieno titolo anche le pene di fonte giudiziale e di fonte legale, che si collocano sullo stesso piano di quelle negoziali dal momento che la pena è 'privata' non solo quando la sanzione sia prevista ed inflitta direttamente dai privati, ma anche quando non possa essere comminata in difetto dell'iniziativa del privato. Con una siffatta chiave di lettura si perviene ad una categoria giuridica unitaria – sebbene, allo stato, presenti un carattere concettuale, stante la mancanza di una disciplina comune – che ha il pregio di agevolare il danneggiato, ai fini condannatori, evitando allo stesso la prova o, comunque, la determinazione effettiva del danno medesimo. A questo punto l'ultima precisazione che resta, nell'ipotesi di liquidazione del danno non patrimoniale da inadempimento, è se si tratta di una pena privata di tipo legale o di tipo giudiziale. La soluzione non può che risentire del carattere di specialità o meno della norma di previsione: nel caso dell'art. 47 cod. tur., infatti, trattandosi di norma di carattere speciale non vi sono dubbi che si tratti di una pena privata prevista

*ex lege*. Viceversa, in mancanza di una norma specifica come quella testé menzionata, l'unica disposizione in grado di accogliere, in generale, il danno non patrimoniale da inadempimento – fermo restando quanto già dedotto sul fondamento dogmatico dello stesso negli obblighi di protezione – è l'art. 1218 cod. civ., che è la norma di fondazione della responsabilità da inadempimento e che contiene, inoltre, l'espressa indicazione del pregiudizio, pur collegandolo esclusivamente alla prestazione inadempita o inesattamente inadempita, ma senza impegnarsi in una qualificazione ulteriore in ordine al requisito della patrimonialità così come del resto l'art. 2043 cod. civ. Ciò significa anche che il danno non patrimoniale da inadempimento potrà consistere in una pena privata di tipo 'legale' per il tramite di una sentenza dichiarativa, ovvero in una pena privata di tipo 'giudiziale' (*ex art. 1218 cod. civ.*) in forza di una sentenza costitutiva.

## BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *Casi scelti in tema di responsabilità civile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, a cura di G. ALPA, G. CAPILLI, P. PUTTI, Padova, 2004.
- AA.VV., *Il danno non patrimoniale dopo le decisioni delle Sezioni Unite*, a cura di BONA – PONZANELLI, Milano, 2009.
- AA.VV., *Il danno non patrimoniale. Guida commentata alle decisioni delle S.U. 11 novembre 2008 nn. 26972/3/4/5*, Milano, 2009.
- AA. VV., *La responsabilità civile*, a cura di G. ALPA – M. BESSONE, Torino, 1997.
- AA.VV., *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtreform*, a cura di W. ERNST – R. ZIMMERMANN, Tübingen, 2001.
- ADDIS F., *Risarcimento del danno contrattuale. Riflessioni su «Sistema e prospettive nell'interazione fra gli ordinamenti tedesco e italiano in Europa» secondo Stefan Grundmann*, in *Dir. giur.*, 2007, 18 ss.
- AIELLO M., *Responsabilità del medico e della struttura sanitaria: danno da emotrasfusioni e violazione del diritto all'autodeterminazione terapeutica*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 1772 ss.
- ALBANESE B., voce *Illecito (storia)*, in *Enc. dir.*, XX, 1970, 50 ss.
- ALBI P., *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona. Art. 2087*, in *Il Codice Civile. Comm. Schlesinger*, diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2008, 125 ss.
- ALLORIO E., *Osservazioni critiche sulla sanzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, 1 ss.
- ALPA G. – BESSONE M., *I fatti illeciti*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, XIV, *Obbligazioni e contratti*, Torino, 1982.
- ALPA G., *Il danno biologico*, Padova, 1993.
- ALPA G., *Il danno biologico. Percorso di un'idea*, Padova, 1987.
- ALPA G., *L'art. 140 bis del codice del consumo nella prospettiva del diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc.civ.*, 2, 2010, 379 ss.
- ALPA G., *La responsabilità medica*, in *Resp. civ. e prev.*, 1999, 315 ss.
- ALPA G., *Recensione a G.G., Morte del contratto*, Milano, 1988, trad. A. FUSARO, in *Quadrimestre*, 1987, 219 ss.
- AMATO C., *Danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Agg. VI, Torino, 2011, 302 ss.
- AMATO C., *Il danno non patrimoniale da contratto*, in G. PONZANELLI (a cura di), *Il "nuovo" danno non patrimoniale*, Padova, 2004, 143 ss.
- AMATO C., *Nozione unitaria di danno non patrimoniale e autonomia negoziale*, in AA.VV., *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2009, 19 ss.
- AMBROSETTI G., *La sanzione come testimonianza di valori*, in *Arch. giur.*, 1979, 3 ss.
- AMBROSOLI M., *Inadempimento del contratto e risarcimento del danno*, Milano, 2012.
- ANDREOLI G., *L'ingiustificato arricchimento*, Milano, 1940.
- ANDREOLI M., *Le disposizioni testamentarie a titolo di pena*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, 331 ss.
- ANDRONIO A., *La mancata attuazione del diritto dell'Unione europea da parte dello Stato: responsabilità contrattuale di natura indennitaria per attività non antigiuridica*, in *Giust. civ.*, 2011, 1586.
- ANTOLISEI F., *L'offesa e il danno nel reato*, Bergamo, 1930.

- ANZANI G., *I percorsi del danno non patrimoniale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 398 ss.
- ARANGIO RUIZ V., *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1960.
- ARE G., *Le obbligazioni ex lege dal punto di vista della sistematica delle fonti delle obbligazioni*, Napoli, 1915.
- ASCHER L.E., *Punitive damages under the new chinese tort liability law*, *China European Law Journal*, 2013, 185 ss.
- ASQUINI A., *Massime non consolidate in tema di responsabilità nel trasporto di persone*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, II, 9 ss.
- AUBRY C.A. –RAU G. CH., *Cours de droit français d'après la méthode de Zacharie*, IV, Paris, 1902, § 309, 189 ss.
- AUSNESS R., *Retribution and deterrence: the role of punitive damages*, *74 Kentucky Law Journal* 1 (1986).
- AZZALINI M., *L'eccessiva durata del processo e il risarcimento del danno: la legge Pinto fra stali applicativi e interventi riformatori*, in *Resp. Civ.*, 2012, 5, 3, 1702 ss.
- BARGELLI E., *Danno non patrimoniale: la messa a punto delle sezioni unite*, in *Nuoviss. giur. civ. comm.*, 2009, I, 102 ss.
- BARASSI L., *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1964.
- BARASSI L., *Le successioni per causa di morte*, Milano, 1947.
- BARATELLA M.G., *Le pene private*, Milano, 2006.
- BARBERO D., *Polemiche sulla sanzione*, in *Riv. dir. civ.*, 901 ss.
- BARBIERA L., *L'ingiustificato arricchimento*, Napoli, 1964.
- BARCELLONA M., *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Padova, 2015.
- BARCELLONA M., *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2008.
- BARCELLONA M., *La responsabilità extracontrattuale*, Torino, 2011.
- BARCELLONA M., *Relazione al convegno su Funzione "normativa" della giurisprudenza di legittimità e commisurazione del danno non patrimoniale*, svoltosi a Roma il 23 maggio 2012 presso l'Aula Magna della Corte Suprema di Cassazione.
- BARCELLONA M., *Responsabilità civile e interessi legittimi: oltre le Sezioni Unite*, in *Rivista critica dir. privato*, 2000, 39 ss.
- BARCELLONA M., *Sulla struttura formale del giudizio di responsabilità*, Milano, 1984.
- BARCELLONA M., *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011.
- BARCELLONA P., *Frutti e profitto d'impresa*, Milano, 1970.
- BARCELLONA P., *La lesione della proprietà intellettuale come conflitto non aquiliano*, relazione tenuta a Palermo, il giorno 7 febbraio 2002, nell'ambito del corso di diritto privato generale.
- BAREL B., voce *Obbligazione*, XII) *Diritto internazionale privato: obbligazioni ex lege*, in *Enc. Giur. Treccani*, 1997, 1 ss.
- BARELA V., *Il diritto ad un giusto processo: responsabilità e profili riparatori*, in *Nuova giur.civ.comm.*, 2003, II, 150 ss.
- BARGELLI E., *Danno non patrimoniale e interpretazione costituzionalmente orientate dell'art. 2059 c.c.*, in *Danno e resp.*, 2003, 675 ss.

- BARGELLI E., *Danno non patrimoniale: la messa a punto delle sezioni unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 102 ss.
- BARKER S., *Punitive damages for breach of contracts*, 6 *US Law Review and Journal* 1822 (2003).
- BASILE M., *Gli enti "di fatto"*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, vol. I, , Torino, 1999, 303 ss.
- BASILE M., *L'intervento dei giudici nelle associazioni*, Milano, 1975.
- BASILE M.,, *Le "Pene private" nelle associazioni*, nel volume collettaneo *Le pene private*, Milano, 1985, 189 ss.
- BENEDETTI A.P., *Assegno non trasferibile, banca girataria e contatto sociale: responsabilità contrattuale?*, in *Danno e resp.*, 2008, 160 ss.
- BAYER W., *Der Vertrag zugunsten Dritter: Neuere Dogmengeschichte-Anwendungsbereich-Dogmatische Strukturen*, Tübingen, 1995, 182.
- BEEVER A., *The structure of aggravated and exemplary damages*, 23 *Oxford Journal of Legal Studies* 87 (2003).
- BEGUIN J., *L'adage «nul se peut faire justice à soi même» en droit français*, in *Travaux de l'Association H. Capitant*, vol. XVIII, Paris, 1969, 78.
- BEHR V., *Punitive damages in American and German law - tendencies towards approximation of apparently irreconcilable concepts*, *ibid.*, 109 ss.
- BELFIORE A., *La colpa come criterio di responsabilità contrattuale: la nozione*, in *Annali del Seminario giuridico*, VII, 2005-2006, Milano, 2007.
- BELKE R., *Die Schadenspauschalierung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, in *DB*, 1969, 559 ss. e 603 ss.
- BELLANOVA L., *Il dovere di informare: una nuova frontiera della responsabilità del medico?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2000, 157 ss.
- BELLELLI A., *Dall'azione inibitoria all'azione collettiva risarcitoria*, in *NGCC* 2009.
- BENATTI F., *Correggere e punire. Dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, Milano, 2008.
- BENATTI F., *Dall'astreinte ai danni punitivi: un passo ormai obbligato*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, II, 679 ss.
- BENATTI F., *Doveri di protezione*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, VII, Torino, 1991, 221 ss.
- BENATTI F., *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, rist. anastatica Napoli, 2012, 128 ss.
- BENATTI F., *Osservazioni in tema di «doveri di protezione»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 1342 ss.
- BENEDETTI A.M., *Chi non adempie, o adempie male, deve risarcire «anche le lacrime»? Annotazioni sul danno morale da contratto*, in *Giur. it.*, 2009, 1056 ss.
- B RTONCINI M., *Demansionamento e onere della prova dei danni*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 1041 ss.
- BERTOLOTTI A., *Il contratto di subfornitura*, Torino, 2000.
- BETTI E., *Autonomia privata*, in *Noviss. dig. it.*, I, 2, Torino, 1957, 1559 ss.
- BETTI E., *Negoziio giuridico*, in *Noviss. Dig. It.* XI, Torino, 1965, 208 ss.
- BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960.
- BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni. I. Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953, 65 ss.



- BEUTHIEN V., *Pauschalierter Schadenersatz und Vertragsstrafe*, in *Festschrift für K. Larenz*, München, 1973, 495 ss.
- BIANCA C. M., voce *Autotutela (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 2000, 134 ss.
- BIANCA C.M., *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. SCIALOJA – G. BRANCA, Bologna-Roma, 1979, 23 ss.
- BIANCA C.M., *Diritto civile, II, La famiglia – Le successioni*, Milano, 2001.
- BIANCA C.M., *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, 2015.
- BIANCA C. M., *Diritto civile, IV, L'obbligazione*, Milano, 1998.
- BIANCA C.M., *Diritto civile, V, La responsabilità*, Milano, 2012.
- BIANCA C. M., *La vendita e la permuta*, in *Trattato di dir. civ.*, Torino, 1993, 618 ss.
- BIANCA C.M., *Le autorità private*, Napoli, 1977.
- BIFULCO R., *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, Padova, 1999.
- BIGLIAZZI GERI L., *Autotutela: II) diritto civile*, in *Enc. Giur.*, IV, Roma, 1988, 1 ss.
- BIGLIAZZI GERI L., *Profili sistematici dell'autotutela privata*, vol. I, Milano, 1971.
- BILOTTA F., *Attraverso il danno esistenziale, oltre il danno esistenziale*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 1041 ss.
- BILOTTA F., *Inadempimento contrattuale e danno esistenziale*, in *Giur. it.*, 2001, VI, 1159 ss.
- BIN M., *La diseredazione. Contributo allo studio del contenuto del testamento*, Torino, 1966.
- BINDING K., *Das Problem der Strafe in der heutigen Wissenschaft*, in *Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart*, 1877, 417 ss.
- BINDING K., *Die Normen und ihre Übertretung*, I, Leipzig, 1890, 456 ss.
- BLAIS M.C., *La solidarietà. Storia di un'idea*, a cura e con presentazione di B. MAGNI, *Tra ponti e confini: l'idea di solidarietà*, Milano, 2012.
- BOBBIO N., *Sanzione*, in *Nuoviss. dig. it.*, XVI, 1969, 530 ss.
- BOCCHICCHIO F., *Il concorso colposo del danneggiato. Responsabilità e correttezza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, 23 ss.
- BONA C., *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, in *Dialoghi sul danno alla persona*, a cura di U. IZZO, Trento, 2006, 322 ss.
- BONA M., voce *Danno esistenziale*, in *Dig. IV ed., Disc. Privatistiche, sez. civ.*, Torino, 2003, 654 ss.
- BONASI BENUCCI E., *Atto illecito e concorrenza sleale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1957, 569 ss.
- BONILINI G., *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983.
- BONILINI G. *Il danno non patrimoniale nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Resp. civ. prev.*, 1986, 577 ss.
- BONILINI G., *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, s.d., ma Torino, 2006, 46.
- BORÈ J., voce *Astreinte*, in *Encyclopédie Juridique Dalloz*, civil, II, 1996, 2 ss.
- BORÈ J., *La collaboration du juge et du législateur dans l'astreinte judiciaire*, in *Aspects nouveaux de la pensée juridique: recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, tomo I, 1975, 273 ss.
- BORÈ J., *La liquidation de l'astreinte comminatoire*, in *Recueil Dalloz Sirey*, 1966, *Chronique*, 159 ss.

- BOROWSKY V.P., *Punitive damages in California*, 17 *U.F.F.L. Rev.* 147 (1983).
- BOROWSKY V.P., *Punitive Damages in California: The Integrity of Jury Verdicts*, in 17 *U.S.F. L. Rev.*, 147, 1983.
- BÖTTICHER E., *Wesen und Arten der Vertragsstrafesowie deren Kontrolle*, in *Zeit. Für Arbeitsrecht*, 1970, 3 ss.
- BOUBLI B., *La mort de la clause pénale ou le déclin du principe d'autonomie de la volonté*, in *J. Not.*, 1976, 945 ss.
- BRECCIA U., *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. IUDICA – P. ZATTI, Milano, 1991, 498 ss.
- BRICOLA F., *La riscoperta delle "pene private" nell'ottica del penalista*, in *Foro it.*, 1985, V, 1 ss.
- BRUNETTI G., *Il delitto civile*, Firenze, 1906.
- BUFFONI L., *Cronaca di una morte annunciata (ma che stenta a sopraggiungere): le strane sorti dell'obbligazione senza prestazione*, in *Giur. it.*, 2008, 867 ss.
- BUSNELLI F. D., *Chiaroscuri d'estate. La Corte di Cassazione e il danno alla persona*, in *Danno e resp.*, 2003, 826 ss.
- BUSNELLI F.D. – PATTI S., *Danno e responsabilità civile*, Torino, 2013.
- BUSNELLI F.D., *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in *Eur. e dir. priv.*, 2009, 909 ss.
- BUSNELLI F.D., voce *Illecito civile*, in *Enc. Giur. Treccani*, XV, Roma, 1989, 11.
- BUSNELLI F.D., *Il principio di solidarietà e «l'attesa della povera gente», oggi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 413 ss.
- BUSNELLI F.D., *Interessi della persona e risarcimento del danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, 1 ss.
- BUSNELLI F.D., *Itinerari europei nella «terra di nessuno tra contratto e fatto illecito»: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contr. e impr.*, 1991, 539 ss.
- BUSNELLI F.D., *L'enigmatico ultimo comma dell'art. 96 c.p.c.: responsabilità aggravata o "condanna punitiva"?*, in *Danno e resp.*, 2012, 585 ss.
- BUSNELLI F.D., *La parabola della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 667 ss.
- BUSNELLI F.D., *Le Sezioni unite e il danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, 97 ss.
- BUSNELLI F.D. – SCALFI G. (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985.
- BUSNELLI F.D., *Problemi di inquadramento sistematico del danno alla persona*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 27 ss.
- BUSNELLI F.D., *Verso una riscoperta delle «pene private»*, in *Resp. civ. prev.*, 1984, 26 ss.
- CAFAGGI F., *Responsabilità del professionista*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1998, vol. XVII, 198 ss.
- CAFERRA V.M., *I limiti del danno risarcibile nella tutela aquiliana del credito*, in *Foro Italiano*, 1973, 100 ss.
- CALABRESI G., *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giudiziaria*, Milano, 1975, 47.
- CALMIERI A., *La class action da danno finanziario*, in *Danno e resp.* 4/2009, 377 ss.
- CANARIS C.W., *La mancata attuazione del rapporto obbligatorio: profili generali. Il nuovo diritto delle Leistungsstörungen*, *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 19 ss.

- CANARIS C.W., *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni. Contenuti fondamentali e profili sistematici del Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, in *Contr. impr./Europa*, 2004, 625 ss.
- CANARIS C.W., *Schuldrechtsmodernisierung 2002*, München, 2002.
- CANDIAN A., *Intorno alla teoria del negozio giuridico*, Temi, 1947.
- CANDIAN A.D., *La funzione sanzionatoria nel testamento*, Milano, 1988.
- CANDIAN A.D., *Testamento e pena civile*, in *Studi e ricerche. Fac. Economia e Commercio – Univ. Parma*, 1984.
- CANNADA BARTOLI E., *Interesse (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1992, 1 ss.
- CAPPONI P. –CHIOCCA M., *La sanzione pecuniaria per l'infrazione al regolamento di condominio*, in *Arch. Loc.*, 1992, 731 ss..
- CAPUTI L., *inadempimento dell'organizzatore di viaggi, attuazione della finalità turistica e tutela del consumatore*, in *Danno e resp.*, 2012, 856 ss.
- CARBONE V., *Il fatto dannoso nella responsabilità civile*, Napoli, 1969.
- CARBONE V., *Inadempimento dello Stato all'obbligo da direttiva: responsabilità ex art. 1218 o 2043 c.c.?*, in *Danno e resp.*, 2012, 736 ss.
- CARBONE V., *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*, in *Danno e resp.*, 1999, 294 ss,
- CARBONE V., *Le nuove frontiere della giurisdizione sul risarcimento del danno da atto amministrativo illegittimo della pubblica amministrazione*, in *Corr. giur.*, 2000, 1127 ss.
- CARIOTA FERRARA L., *Definizione del negozio giuridico come esercizio di un diritto o di una facoltà o di un potere*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1961, I, 321 ss.
- CARIOTA FERRARA L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1949.
- CARNELUTTI F., *Il danno e il reato*, Padova, 1926.
- CARNELUTTI F., *Questioni in tema di obbligazione naturale e di pagamento*, in *Riv. dir. comm.*, 1912, II, 693 ss..
- CARNELUTTI F., *Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale*, nota ad C. App. Venezia, 5 luglio 1912, in *Riv. dir. Comm.*, 1912, II, 744 ss.
- CARRASSI C. S., *L'interpretazione della Corte di giustizia CE delle norme comunitarie è indiscutibilmente, vera monofiliachia*, in *Danno e resp.*, 2002, 1097 ss.
- CARRESI F., «Autonomia privata nei contratti e negli atti giuridici», in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 265 ss.
- CARTABIA M., *Omissioni del legislatore, diritti sociali e risarcimento dei danni (A proposito della sentenza Francovich della Corte di Giustizia delle Comunità europee)*, in *Giur. cost.*, 1992, 505 ss.
- CARUSI F., *Correttezza (obblighi di)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 709 ss.
- CARUSI F., *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, in *Tratt. dir. civile del Consiglio nazionale del notariato*, Napoli, 2004.
- CASETTA E., *Diritto soggettivo e interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, in *Riv.trim.dir.pubbl.*, 1952, 611 ss.
- CASSANO G., *Danno non patrimoniale ed esistenziale: primissime note critiche a Cassazione civile, Sezioni unite, 11 novembre 2008, n. 26972*, in *Giur. it.*, 2009, I, 61 ss.
- CASTIONI, G.B. *Il divieto di ingiusto arricchimento come principio generale di diritto*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1925, I, 340 ss.

- CASTRONOVO C. *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in "Scritti in onore" di L. Mengoni, Milano, 1995, I, 147 ss.
- CASTRONOVO C., *Danno esistenziale: il lungo addio*, in *Danno e resp.*, 2009, 5 ss.
- CASTRONOVO C., *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 315 ss..
- CASTRONOVO C., *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015.
- CASTRONOVO C., *Il danno biologico. Un itinerario di diritto giurisprudenziale*, Milano, 1998.
- CASTRONOVO C., *Il risarcimento del danno in forma specifica come risarcitorio del danno*, in AA.VV., *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S. MAZZAMUTO, Napoli, 1989, 481 ss.
- CASTRONOVO C., *Il risarcimento punitivo che risarcimento non è*, in P. CERAMI – M. SERIO (a cura di), *Scritti di Comparazione e Storia Giuridica*, Torino, 2011.
- CASTRONOVO C., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006.
- CASTRONOVO C., *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2011, 55 ss.
- CASTRONOVO C., *La responsabilità precontrattuale*, in C. CASTRONOVO – S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo, II, Proprietà-Obbligazioni-Contratti*, Milano, 2007.
- CASTRONOVO C., *La violazione della proprietà industriale come lesione del potere di disposizione. Dal danno all'arricchimento*, in *Dir. ind.*, 2003, 7 ss.
- CASTRONOVO C., *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Europa e dir. priv.*, 2004, 82 ss.
- CASTRONOVO C., *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *La nuova responsabilità civile, II*, Milano, 1995, 177 ss.
- CASTRONOVO C., voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. it.*, XXI, 1990, 1 ss.
- CASTRONOVO C., *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, 123 ss.
- CASTRONOVO C., *Principi di diritto europeo dei contratti*, Milano, 2001.
- CASTRONOVO C., *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979.
- CASTRONOVO C., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, III, 682 ss.
- CASTRONOVO C., *Vaga culpa in contrahendo: invalidità responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 31 ss.
- CATAUDELLA A., *I contratti. Parte generale*, Torino, 2014.
- CATAUDELLA A., *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1974.
- CATTANEO G., *La cooperazione del creditore all'adempimento*, Milano, 1964.
- CATTANEO G., *La responsabilità del medico nel diritto italiano*, in *La responsabilità medica*, Milano, 1982.
- CATTANEO G., *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958.
- CECCHERINI G., *Risarcimento del danno e riparazione in forma specifica*, Milano, 1989.
- CECCHERINI G., *Risarcimento in forma specifica e diritti della persona: una nuova forma di tutela?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1993, 92 ss.
- CENDON P., *Anche se gli amanti si perdono l'amore non si perderà. Impressioni di lettura su Cass. 8828/2003*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, 385 ss.

- CENDON P. - ZIVIZ P., *Il risarcimento del danno esistenziale*, Milano, 2003.
- CENDON P., *L'urlo e la furia*, in *Nuova giur. civ. e comm.*, 2009, II, 71 ss.
- CENDON P., *Non di sola salute vive l'uomo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1999, 567 ss.
- CENDON P., *Pena privata e diffamazione*, in *Pol. dir.*, 1979, 149 ss.
- P. CENDON, *Voci lontane, sempre presenti sul danno esistenziale*, in *Foro it.*, 2006, I, 2334 ss.
- CENINI M., *Risarcibilità del danno non patrimoniale in ipotesi di inadempimento contrattuale e vacanze rovinare: dal danno esistenziale al danno da «tempo libero sacrificato»?*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, 633 ss.
- CESARINI SFORZA W., *Risarcimento e sanzione*, in *Scritti giuridici in onore di S. Romano*, vol. I, 1940, 149 ss.
- CHABAS F., *Astreinte*, in *Encyclopédie Juridique Dalloz*, 1993, 150 ss.
- CHABAS F., *Le pene private in Francia*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, III, 349 ss.
- CHAPMAN B. – TREBILCOCK M., *Punitive damages: divergence in search of a rationale*, in *Alabama Law Review*, 1989, 742 ss.
- CHIANALE A., *Diritto soggettivo e tutela in forma specifica – Indagine in tema di responsabilità extracontrattuale*, Milano, 1993.
- CHIARLONI S., *Il nuovo art.140 bis del codice del consumo: azione di classe o azione collettiva?*, in *AGE*, 2008.
- CHIEPPA R. – GIOVAGNOLI R., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2011.
- CHINÈ G. – ZOPPINI A. – FRATINI M., *Manuale di diritto civile*, Roma, 2015.
- CHIRONI P., *Colpa contrattuale*, Torino, 1897, 567 ss.
- CIAN G., *Antigiuridicità e colpevolezza. Saggio per una teoria dell'illecito civile*, Padova, 1966.
- CIAN G., *Codice civile e leggi collegato. Commentario giurisprudenziale sistematico*, Padova, 2010, 1725 ss.
- CIAN G., *La riforma del BGB in materia di danno immateriale e di imputabilità dell'atto illecito*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, II, 125 ss.
- CIAN G., *Nuove oscillazioni giurisprudenziali sulla tutela aquiliana del credito*, in *Rivista di diritto civile*, 1971, 632 ss.
- CIAN G., *Significato e lineamenti della riforma dello Schuldrecht tedesco*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 1 ss.
- CICCARELLI S., *Dovere di protezione e valore della persona*, Milano, 1988.
- CINELLI M., *Il ristoro del danno non patrimoniale alla persona del lavoratore tra diritto civile e diritto speciale*, in *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*, 2006, 269 ss.
- CIOCCA N., *Responsabilità della banca girataria per l'incasso per il pagamento di assegno (di traenza) non trasferibile*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2008, 586 ss.
- CIPPITANI R., *La solidarietà giuridica tra pubblico e privato*, Perugia, 2010.
- CITARELLA G., *Danno non patrimoniale e contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 102 ss.
- CIVININI G., *Sul diritto alla ragionevole durata del processo: prime applicazioni della c.d. legge Pinto*, in *Foro it.*, 2002, 1, 232 ss.
- CODIANZI M., *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione Europea: prime applicazioni dei recenti orientamenti della Corte di Cassazione*, in *Giur. merito*, 2010, 3063 ss.

- COLCELLI V., *Sistema di tutele nell'ordinamento giuridico comunitario e selezione degli interessi rilevanti nei rapporti orizzontali*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, 562, nt. 8.
- CONDORELLI O., *La responsabilità senza colpa*, in *Scritti sul diritto e sullo Stato*, Milano, 1970.
- CONSO G., *Legge Pinto: passo ineluttabile anche se certamente non decisivo*, in *I diritti dell'Uomo: cronache e battaglie*, 2001, 1, 23 ss.
- CONSOLO C., *Una buona novella al c.p.c: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360 bis e 614 bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, in *Corr. giur.*, 2009, 740 ss.
- CONTE G., *Considerazioni critiche sull'applicazione del paradigma risarcitorio ricavato dall'art. 2059 c.c. anche al danno non patrimoniale contrattuale*, in *Contratti*, 2010, 709 ss.
- CONTI R., *CEDU e diritto interno: le Sezioni Unite si avvicinano a Strasburgo sull'irragionevole durata dei processi*, in *Corr. giur.*, 2004, 609 ss.
- CONTI R., *La natura "non illecita" dell'illecito comunitario*, in *Danno e resp.*, 2010, 28 ss.
- CORNU G., *Chronique de jurisprudence: de l'énormité des peines stipule en cas d'inexécution partielle du contrat de crédit-bail*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1971, 170 ss.
- CORONA V., *La tipizzazione della «finalità turistica» tra presupposizione e criteri di ripartizione del rischio*; in *Danno e resp.*, 2009, 661 ss.
- CORSARO L., *L'imputazione del fatto illecito*, Milano, 1969.
- CORSI G., *Il sì della Suprema Corte all'astreinte straniera*, in *Danno e Resp.* 2015, 1155 ss.
- COSAK K. –MITTEIS H., *Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts*, vol. I, *Allgemeiner Teil und Schuldrecht*, Jena, 1927, 404.
- COSTANZA M., *Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 127 ss.
- COSTANZA M., *Informazione del paziente e responsabilità del medico*, in *Giust. civ.*, 1986, I, 1436 ss.
- COTTINO G., *Dalle Sezioni unite alle Sezioni semplici: precisazioni (e dubbi) in tema di responsabilità per il pagamento di assegno bancario (trasferibile e non) a soggetto non legittimato ad esigerlo*, in *Giur. it.*, 2008, 1152 ss.
- COVIELLO JR L., *L'obbligazione negativa. Contributo alla teoria delle obbligazioni*, II, Napoli, 1934.
- COVIELLO SR L., *Diritto successorio*, Bari, 1962.
- CRASWELL R.C., *Deterrence and damages: the multiplier principle and its alternatives*, 97 *Michigan Law Review* 2183 (1999).
- CRISCENTI G., *Il danno non patrimoniale*, Padova, 2006.
- CURSI M.F., *L'eredità dell'actio de dolo e il problema del danno meramente patrimoniale*, Napoli, 2008.
- D'ADDA A., *Danno da inadempimento contrattuale e «diritto privato europeo»: le scelte dei Principi Aquis*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, 696 ss.
- D'ADDA A., *Il risarcimento in forma specifica*, Padova, 2002.
- D'AMICO G., *La responsabilità contrattuale*, in *Tratt. contr.*, diretto da V. ROPPO, V, *Rimedi-2*, Milano, 2006.
- D'AVINO S., *Clausola penale: profilo strutturale e operativo*, in *Vita notarile*, 2/1997, 1047.
- DAGNINO A., *Contributo allo studio dell'autotutela privata*, Milano, 1983.
- DAL LAGO U. –BORDON R., *La nuova disciplina del danno non patrimoniale*, Milano, 2005.
- DAL MARTELLO A., *Danni morali contrattuali*, in *Riv. dir. civ.*, 1933, 53 ss.

- DALLA MASSARA T., *Terzo comma dell'art. 96 c.p.c.: quando, quanto e perché?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 55 ss.
- DANOVI F., *Le misure sanzionatorie a tutela dell'affidamento (art. 709 ter c.p.c.)*, in *Riv. Dir. proc.* 2008, 603 ss.
- DE CUPIS A., *Contributi alla teoria del risarcimento del danno*, Milano, 1939.
- DE CUPIS A., *I diritti della personalità*, II, Milano, 1961.
- DE CUPIS A., *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, II, Milano.
- DE CUPIS A., *Sulla riduzione della penale*, in *Giust. civ.*, 1983, II, 236 ss.
- DE CUPIS A., *Tradizione e rinnovamento nella responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, II, 319 ss.
- DE FRANCESCA G., *Il diritto all'equa riparazione, in Irragionevole durata del processo e responsabilità dello Stato*, Padova, 2008.
- DE GIOVANNI B., *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1958.
- DE MATTEIS R., *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995.
- DE MATTEIS R., *La responsabilità medica tra scientia iuris e regole di formazione giurisprudenziale, in Danno e resp.*, 1999, 781 ss.
- DE NOVA G., *I ritardi di pagamento nei contratti commerciali*, Milano, 2003.
- DE NOVA R., *Obbligazioni*, in *Enc. Dir.*, XXIX, 496 ss.
- DE NOVA G., *Obbligazioni contrattuali e obbligazioni nascenti dalla legge: la riforma del diritto internazionale privato*, in *La riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato e processuale, in Quaderni della Riv. trim. dir. proc. civ.*, I, Milano, 1996, p. 141 ss.
- DE ROSE C., *Equa riparazione per i processi troppo lunghi: la legge 24 marzo 2001, n. 89 e la sua derivazione europea*, in *Cons. stato* 2001, II, 459 ss.
- DE RUGGIERO R., *Istituzioni di diritto civile*, III, *Diritti di obbligazione. Diritto ereditario*, Messina-Milano, 1935.
- DE STEFANO F., *Note a prima lettura della riforma del 2009 delle norme sul processo esecutivo ed in particolare dell'art. 614 bis c.p.c.*, in *Esecuz. forzata*, 2009, 1ss.
- DE STEFANO G., *È finita la guerra delle Corti: la Cassazione si adegua alla CEDU*, in *Dir. & Giust.*, n. 15/2004, 12 ss.
- DE VISSCHER F., *Les origines de l'obligation 'ex delicto'*, in *RHD*, 7, 1928, 335 ss.
- DEL PUNTA R., *Diritti della persona e contratto di lavoro*, in *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*, 2006, 195.
- DEL VECCHIO G., *Diritto ed economia*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1935, 18 ss.
- DEL VECCHIO G., *Essenza del diritto naturale*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1952, 1 ss.
- DEL VECCHIO G., *I presupposti filosofici della nozione di diritto*, Bologna, 1905.
- DEL VECCHIO G., *Il concetto della natura e il principio del diritto*, Torino, 1908, poi Bologna, 1922.
- DEL VECCHIO G., *Il sentimento giuridico*, Torino, 1908.
- DEL VECCHIO G., *L'«homo juridicus» e l'insufficienza del diritto come regola della vita*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 2, 1936 ss.
- DEL VECCHIO G., *La giustizia*, Roma, 1959.

- DEL VECCHIO G., *Lezioni di Filosofia del diritto*, Milano, 1963.
- DEL VECCHIO G., *Sui principi generali del diritto*, in *Arch. giust.*, I, 1921 ss.
- DEL VECCHIO G., *Verità e inganno nella morale e nel diritto*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1, 1947 ss.
- DELLE MONACHE S., *Interesse non patrimoniale e danno da inadempimento*, in *I Contratti*, 2010, 725 ss.
- DEMOGUE R., *Traité des obligations en général*, I, *Sources des Obligations*, IV, Paris, 1924, 185 ss.
- DEMOGUE R., *Traité des obligations en général*, II, Paris, 1931, 185 ss.
- DEMOLOMBE C., *Trattato delle successioni*, trad. it. di G. PUGLISI, Palermo, 1865.
- DERNBURG H., *Das Obligationenrecht Preußens und des Reichs*, vol. II, Berlin, 1897.
- DEVOTO L., *La concezione analitica dell'illecito*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 503 ss.
- DIDONE A., *La Cassazione, la legge Pinto e la Corte europea dei diritti dell'uomo: sepolti i contrasti*, in *Giur. it.*, 2004, 944 ss.
- DI MAJO A., *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1984, 539 ss.
- DI MAJO A., *Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili*, in *Corr. giur.*, 2007, 1706 ss.
- DI MAJO A., *Danno esistenziale o di tipo esistenziale: quale esito?*, in *Corriere giur.*, 2009, 410 ss.
- DI MAJO A., *Delle obbligazioni in generale*, Bologna, 1988.
- DI MAJO A., *Giustizia e «materializzazione» nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole di) fattispecie e (regole di) procedura«letture»*, in *Eur. e dir. priv.*, 2013, 817 ss.
- DI MAJO A., *Il problema del danno al patrimonio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 297 ss.
- DI MAJO A., *L'avventura del danno biologico: considerazioni in punta di penna*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, 299 ss.
- DI MAJO A., *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corr. giur.*, 1999, 441 ss.
- DI MAJO A., *La protezione del terzo tra contratto e torto*, in *Eur. e dir. priv.*, 2000, 15 ss.
- DI MAJO A., *La responsabilità contrattuale*, Torino, 2007.
- DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, 4° ed., Milano, 2003.
- DI MAJO A., *Le obbligazioni pecuniarie*, Torino, 1996.
- DI MAJO A., *Obbligazione. I) Teoria generale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, 4 ss.
- DI MAJO A., *La Modernisierung del diritto delle obbligazioni in Germania*, in *Eur. e dir. priv.*, 2004, 353 ss.
- DI MAJO A., *Obbligazione (Diritto tedesco)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Aggiornamento, Roma, 2003, 1 ss.
- DI MAJO A., *Recensione alla traduzione italiana di Hermann Staub, Le violazioni positive del contratto*, Napoli, 2001.
- DI MAJO GIAQUINTO A., *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di F. GALGANO, Bologna-Roma, 1988, 316 ss.
- DI MAJO GIAQUINTO A., *Profili dei diritti della personalità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, 69 ss.
- DI MARTINO A., *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali. Uno studio comparativo*, Napoli, 2016.



- DI MARZIO M., *Danno non patrimoniale: grande è la confusione sotto il cielo, la situazione non è eccellente*, in *Foro it.*, 2009, I, 120 ss.
- DIDONE A., *Corti di merito, Cassazione e legge Pinto: una breve rassegna*, in *Giur. merito*, 2002, 6, 1, 1261 ss.
- DIURNI G., voce *Pena (dir. intermedio: a) pena privata*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1960, 739 ss.
- DONATI A., *Danno non patrimoniale e solidarietà*, Padova, 2004.
- DONDI A., *L'astreinte endoprocesuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1981, 524 ss.
- DRAETTA U., *Criteri redazionali di lettere di intento alla luce dei casi Pennzoil e Sme*, in *Dir. comm. inter.*, 1987, 239 ss.
- EDELMAN J., *Gain-based damages. Contract, tort, equity and intellectual property*, Oxford e a., 2002, 5 ss.
- EHRENZWEIG A.A., *Die Schuldhaftung im Schadenersatzrecht*, Wien, 1936.
- ELLIS D.D., *Fairness and efficiency in the law of punitive damages*, in *S. Cal. L. Rev.*, 1982-1983, 2.
- EMMERICH V., *Das Recht der Leistungsstörungen*, Berlin, 2008.
- ENNECCERUS L. –LEHMANN H., *Recht der Schuldverhältnisse*, Tübingen, 1958.
- ESMEIN A., *L'origine ed la logique de la jurisprudence en matier d'astreinte*, in *Rev. Trim. droit civ.*, 1903, 5 ss.
- ESMEIN P., *Peine ou réparation*, in *Droit privée. Propriété industrielle, littéraire, artistique*, in *Mélanges en l'honneur de P. Roubier*, II, Paris, 1961, 37 ss.
- ESSER J. –SCHIMIDT E., *Schuldrecht*, vol. I, *Allgemeiner Teil*, Heidelberg-Karlsruhe, 1984, 235 ss.
- ESSER J., *Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung*, München – Berlin, 1941, 1.
- EVADE J.L., *La réduction des clauses pénales excessives*, in *Gaz. Pal.*, 1976, 450 ss.
- FABIANI M., *Profili critici del rapporto tra mediazione e processo*, in *Soc.*, 2010, 1142 ss.
- FABRIZIO-SALVATORE A., *Responsabilità della banca trattaria per l'assegno non trasferibile incassato da persona diversa dal beneficiario*, in *Danno e resp.*, 2008, 160 ss.
- FACCHIANO A., *L'art. 1526 I cpv. c.c. e la clausola penale*, in *Giur. Cass. civ.*, 1954, V, 595 ss.
- FACCI G., *Il danno non patrimoniale nelle relazioni familiari dopo le sentenze delle sezioni unite dell'11 novembre 2008*, in *Fam. Dir.*, 2009, 113 ss.
- FADDA C., *L'azione popolare*, Torino, 1894.
- FADDA C., *Studi sulle azioni popolari romane. Le «actiones populares»*, Napoli, 1958.
- FALCONE I., *La ragionevolezza del processo tra vincoli europei ed autonomia dell'ordinamento interno*, in *Giust. Civ.*, 2010, 5, 2, 251 ss.
- FALK U., *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni: una valutazione critica*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, 501 ss.
- FALZEA A., *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1987, 1 ss.
- FALZEA A., *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941.
- FANTETTI F.R., *La "nuova" class action*, in *La resp.civ.*, 2009, 12 ss.
- FARACE D., *Danno esistenziale da vacanza rovinata?*, in *Danno e resp.*, 2006, 432 ss.
- FASCIGLIONE M., *Verso un allineamento della Suprema Corte alle posizioni della Corte di Strasburgo in tema di durata ragionevole del processo*, in *Giur. it.*, 2004, 944 ss.

- FAVA P., *Punitive damages e ordine pubblico: la Cassazione blocca lo sbarco*, in *Corr. Gir.*, 2007, 4, 497 ss.
- FEOLA M., *Le obbligazioni de sécurité*, Torino, 2012.
- FERRANTE M., *Negoziio giuridico. Concetto*, Milano.
- FERRARO F., *La responsabilità risarcitoria degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, Milano, 2008.
- FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966.
- FERRI L., *Disposizioni generali sulle successioni*, in *Commentario Scailoia-Branca*, Libro secondo, *Delle successioni* (Art. 456-511), Bologna-Roma, 1997, sub Art. 463, 182.
- FERRI L., *L'autonomia privata*, Milano, 1959.
- FERRI, G.B. *Il danno alla salute e l'economia del dolore*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1999, 815 ss.
- FIN C., *Illegittimità del protesto e risarcimento del danno non patrimoniale per violazione del dovere di protezione nei confronti del correntista*, in *La resp. civ.*, 2011, 752 ss.
- FISCHER H.A., *Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Jena, 1903.
- FLUME W., *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, II, Berlin-Heidelberg-New York, 1979.
- FLUME W., *Das Rechtsgeschäft*, Berlin-Heidelberg-New York, 1979.
- FLUME W., *Die Vereinsstrafe*, in *Festschrift für E. Boetticher*, Leipzig, 1969.
- FOLLIERI E., *Le situazioni giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, Padova, 1999.
- FORTINO M., *I danni ingiusti alla persona*, in *Trattato teorico-pratico di Diritto privato*, diretto da G. ALPA – S. PATTI, Padova, 2009.
- FOSTER F., *Preußisches Privatrecht*, vol. I, Berlin, 1896.
- FRACANZANI M., *Alle radici teoriche dell'interesse legittimo*, in *DPA*, 1997, 279 ss.
- FRANCISSETTI BROLIN M.M., *Danno non patrimoniale e inadempimento. Logiche «patrimonialistiche» e valori della persona*, Napoli, 2014.
- FRANZONI M., *Dal consenso all'esercizio dell'attività medica all'autodeterminazione del paziente*, in *Resp. Civ.*, 2012, 85 ss.
- M. FRANZONI, *I diritti della personalità, il danno esistenziale e la funzione della responsabilità civile*, in *Contr. e impr.*, 2009, 1 ss.
- FRANZONI M., *Il danno non patrimoniale, il danno morale: una svolta per il danno alla persona*, *Corr. Giur.*, 2003, 19 ss.
- FRANZONI M., *Il danno non patrimoniale del diritto vivente*, in *Corr. giur.*, 2009, 5 ss.
- FRANZONI M., *Il danno risarcibile*, Milano, 2004.
- FRANZONI M., *La responsabilità precontrattuale: una nuova stagione*, in *Resp. civ.*, 2006, 295 ss.
- FRANZONI M., *Prove di assetto per il danno non patrimoniale*, in *Corriere giur.*, 2008, 621 ss.
- FRIGNANI A., *La penality di mora e le astreintes nei diritti che si ispirano al modello francese*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, I, 506 ss.
- G.P. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa contrattuale*, Torino, 1897.
- GABRIELLI E., *Clausola penale e sanzioni private nell'autonomia contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, 901 ss.

- GABRIELLI E., *Il contratto e il suo oggetto nel diritto italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 23 ss.
- GABRIELLI E., *L'oggetto del contratto*, in *Il Cod. Civ. Comm.*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 2001, 42 ss.
- GABRIELLI E., *Storia e dogma dell'oggetto del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 339 ss.
- GALGANO F., *Alla ricerca di sanzioni civili indirette*, in *Contratto e impresa*, 1987, 531 ss.
- GALGANO F., *Delle persone giuridiche. Disposizioni generali. Delle associazioni e delle fondazioni*, in *Comm. al c.c. Scialoja - Branca*, Bologna-Roma, 1972.
- GALGANO F., "Penale" e "civile" nella legislazione valutaria, in *Pol. dir.*, 1976, 567 ss.
- GALGANO F., *Regolamenti contrattuali e pene private*, in *Contr. e impr.*, 2001, 509 ss.
- GALLIGAN T.C., *Augemnted awards: the efficient evolution of punitive damages*, 51 *Louisiana L. Rev.* 3 (1990).
- GALLO P., *L'arricchimento senza causa*, Padova, 1990.
- GALLO P., *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996.
- GATTI S., *Il modus testamentario*, Napoli, 1990.
- GAZZARRA M., *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Napoli, 2003.
- GAZZONI F., *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970.
- GAZZONI F., *Dall'economia del dolore all'economia dell'infelicità*, in *Rass. dir. civ.*, 2002, 841 ss.
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015.
- GENOVESI G., *Limiti della "nullità virtuale" e contratti su strumenti finanziari*, in *Corr. giur.*, 2006, 669 ss.
- GERBO F., *Clausola penale e danno*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, 206 ss.
- GERNHUBER J., *Das Schulverhältnis*, Tübingen, 1989, 755 ss.
- GHESTIN J. -GOUBEAUX G., *Introduction générale*, in *Traité de droit civil*, vol. I, Paris, 1982, 612 ss.
- GHEZZI G., *I licenziamenti dalla "penale" alla "reintegra" dei lavoratori*, in *Pol. dir.*, 1971, 297 ss.
- GHIRON M., *Degli effetti del contratto*, in *Commentario del codice civile*, diretto da M. D'AMELIO – E. FINZI, *Libro IV. Delle obbligazioni*, pt. I, Firenze, 1948, sub art. 1382-1383, 537 ss.
- GIANCALONE G., *La responsabilità del medico dipendente dal servizio sanitario nazionale: contrattuale, extracontrattuale o transtipica?*, in *Giust. civ.*, 1999, 999 ss.
- GIANNELLI A., *La responsabilità del legislatore per tardivo recepimento della direttiva, modelli a confronto* in *Foro amm. - CdS*, 2274 ss.
- GILMORE G., *The Death of Contract*, Ohio, 1974.
- GIORGETTI M., *L'equa riparazione per la durata irragionevole del processo*, Bergamo, 2003.
- GIORGIANNI M. -BETTI E., voce *Autotutela*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 529 ss.
- GIORGIANNI M., *L'inadempimento. Corso di diritto civile*, Milano, 1975.
- GIOVATI A., *Divieto di cumulo tra azione di adempimento e penale*, in *Contratti*, 1993, 663 ss.
- GIRARD P.F., *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, 1901, 671 e n. 1.
- GIROLAMI M., *Il danno non patrimoniale da irragionevole durata del processo*, in *Aa. Vv., Responsabilità civile. Danno non patrimoniale*, Milano, 2010.

- GIROLAMI M., *L'artificio della causa contractus*, Padova, 2012.
- GITTI G., *Il "possesso di beni immateriali" e la riversione dei frutti*, in *AIDA*, 2000, 152 ss.
- GIUSSANI A., *Resistenze al riconoscimento delle condanne al pagamento dei punitive damages: antichi dogmi e nuove realtà*, in *Giust. civ.*, 2008, 395 ss.
- GLASSON E., *Histoire du droit français et des institutions de la France*, citato da A. FLINIAUX, *L'évolution du concept de la clause pénale chez les canonistes du Moyen-Age, (origine des art. 1152, 1226 et ss. du Code Civil français)*, in *Mélanges P. Fournier*, Paris, 1929, 236 ss.
- GNANI A., *Contrarietà a buona fede e invalidità del contratto: spunti ricostruttivi*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, 435 ss.
- GNANI A., *La prevedibilità del danno nella sistematica della responsabilità*, in *Danno e resp.*, 2009, 356 ss.
- GORASSINI A., *Art. 23 Cost. e responsabilità civile*, in *Responsabilità civile e assicurazione obbligatoria*, Milano, 1988, 259 ss.
- GORGONI M., *I giudici e l'inadempimento del contratto di viaggio*, in *Resp. civ. prev.*, 1997, 828 ss.
- GORGONI M., *Le conseguenze di un intervento chirurgico rivelatosi inutile*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1824 ss.
- GORLA G., *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, *Lineamenti generali*, Milano, 1954.
- GORLA G., *L'interpretazione del diritto*, Milano, 1941.
- GRASSETTI C., voce *Clausola del negozio*, in *Enc. dir.*, VII, s.d., Milano, 1960, 184 ss.
- GRAZIOSI A., *I profili processuali della L.n. 54 del 2006 sul c.d. affidamento condiviso dei figli*, in *Diritto di Famiglia*, 2006, 1856 ss.
- GRECO T., *Confini che svaporano: responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Danno e resp.*, 2008, 160 ss.
- GRIMALDI M., *Droit civil. Successions*, s.d., ma Paris, 2001, 93.
- GRISI G., *Il danno (di tipo) esistenziale e la nomofilachia "creativa" delle Sezioni Unite*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, 377 ss.
- GRISI G., *La disciplina dell'obbligazione*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Istituzioni di diritto privato*, Torino, 2016, 522.
- GRISI G., *Spigolando su causa, derivati, informazione e nullità*, in *Persona e mercato*, 2015, 4, 137 ss.
- GRISI G., *sub. Art. 1218 – Responsabilità del debitore*, in *Comm. cod. civ.* diretto da E. GABRIELLI, *Delle obbligazioni*, vol. II, *Artt. 1218-1276*, a cura di V. CUFFARO, Torino, 2013, 5 ss.
- GRONDONA M., *Non scarsa importanza dell'inadempimento e potenzialità della buona fede a difesa del contratto*, in *Contratti*, 2013, 1021 ss.
- GRONDONA M., *Solidarietà e contratto: una lettura costituzionale della clausola generale di buona fede*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 727 ss.
- GROSSFELD B., *Die Privatstrafe, Ein Beitrag zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts*, Frankfurt am M.-Berlin, 1961, 9.
- GROSSO G. –BURDESE A., *Le successioni. Parte generale*, in F. VASSALLI (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, s.d., ma Torino, 1977.
- GRUNDMANN S. –OCHMANN F., *German Contract Law Five Years After the Fundamental Contract Law Reform in the Schuldrechtsmodernisierung*, in *ERCL*, 2007, 450 ss.

- GRUNDMANN S., *Risarcimento del danno contrattuale. Sistemi e prospettive nell'interazione fra gli ordinamenti tedesco e italiano in Europa*, in *Ann. dir. ted.*, 2004, 259 ss.
- GUALANO T., *Danno da circolazione di informazioni economiche inesatte*, in *Il danno risarcibile* a cura di G. VETTORI, Padova, 2004.
- GUERINONI E., *Danno da «vacanza rovinata» e art. 2059*, in *Contratti*, 2001, 580 ss.
- GUERINONI E., *Obbligazione da "contatto sociale" e responsabilità contrattuale nei confronti del terzo*, in *Contratti*, 1999, 1013.
- GUFFANTI PESENTI L., *Riflessioni in materia di tardiva trasposizione di direttive comunitarie*, in *Europa e dir. privato*, 2010, 316 ss.
- GUGLIELMETTI G., *La gestione di affari e la riversione degli utili*, in *AIDA*, 2000, 174 ss.
- H. STOLL, *Schadenersatz und Strafe*, in *Jus privatum gentium. Festschrift für M. Rheinstei*, II, Tübingen, 1969, 569 ss.
- HARRIS D., *Remedies in contract and tort*, London, 1988; G. PRIEST, *Insurability and punitive damages*, 40 *Alabama L. Rev.* 1009 (1989).
- HECK P., *Die Ausbehnung des § 817, S. 2, auf alle Bereicherungsansprüche*, in *Arch. Für civ., Praxis*, 1925, 1 ss.
- HEIN. LANGE – K. KUCHINKE, *Erbrecht. Ein Lehrbuch*, München, 2001, 155 ss.
- HERHOLZ F., *Das Schuldverhältnis als konstante Rahmenbeziehung*, in 130 *AcP*, 1929, 257 ss.
- HORSCHITZ H., *Atypischen Vertragsstrafen*, in *NJW*, 1973, 1958 ss.
- HUBER P. – FAUST F., *Schuldrechtsmodernisierung. Einführung in das neue Recht*, München, 2002.
- HUBER U., *Leistungsstörungen*, I, Tübingen, 1999.
- HUGHENEY L., *Le sort de la peine privée en France dans la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle*, in *Le droit français au milieu du XX<sup>e</sup> siècle. Études offerts à G. Ripert*, II, Paris, 1950.
- HUGUENEY L., *L'idée de peine privée en droit contemporain*, Dijon, 1904.
- HUGUENEY L., *La peine privée en droit actuel*, in *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1906, 416 ss.
- HUGUENEY L., *Le sort de la peine privée en France dans la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle*, in *Le droit français au milieu du XX<sup>e</sup> siècle. Études offerts à G. Ripert*, II, Paris, 1950, 249 ss.
- IAMICELI ss P., *Responsabilità del medico dipendente: interessi protetti e liquidazione del danno*, in *Corr. giur.*, 2000, 379 ss.
- INVREA F., *I rimedi contro il torto*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, I, 647 ss.
- IRTI C., *Digressioni attorno al mutevole "concetto" di ordine pubblico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, 481 ss.
- IRTI N., *La nullità come sanzione civile*, in *Contratto e impresa*, 1987, 541 ss.
- IVEY J.K., *Punitive damages in mass product liability cases: hope for reform?*, 6 *Rev. Litg.* 69 (1987).
- IZAR S., *Prime applicazioni giurisprudenziali della legge n. 89/2001 (cd. legge Pinto) sulla responsabilità dello Stato per violazione del termine ragionevole del processo*, in *Resp.civ. prev.*, 2002, 971.
- IZZI B., *Il rapporto giuridico non patrimoniale*, Milano, 2012.
- JACOMET P., *Essai sur les sanctions civiles de caractère pénal en droit français* (thèse), Paris, 1905.
- JARACH D., *Pena civile*, in *Diz. prat. dir. priv.*, V, t. I, 1939, 386.

- JEFFRIES J.C., *A comment on the constitutionality of the punitive damages*, 72 *Virg. L. Rev.* 139 (1986).
- JEMOLO A.C., *Allargamento di responsabilità per colpa aquiliana*, in *Foro Italiano*, 1971, 1284 ss.
- JHERING R., *Das Schuldmoment in römischen Privatrecht*, 227.
- JHERING R., *Der Kampf um's Recht*, Wien, 1897, 75 ss.
- KADUK H., *Staudinger Kommentar zum BGB*, §§ 339-345, Berlin, 1985, 168 ss.
- KELSEN H., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it. di S. COTTA e G. TREVES, Milano, 1954.
- KIPP T. –GOING H., *Erbrecht. Ein Lehrbuch*, s.d., ma Tübingen, 1990, 473.
- KLASS A.B., *Punitive damages and valuing harm*, disponibile sul sito [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com).
- KNÜTEL R., *Stipulatio Poenae, Studien zur römischen Vertragsstrafe*, Köln-Wien, 1976, 4.
- KNUTEL R., *Verfallsbereinigung, nachträglicher Verfall und Unmöglichkeit bei der Vertragsstrafe*, in *AcP*, n. 175 (1975), 44 ss.
- KRESS H., *Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts*, München, 1929.
- L. GUAGLIONE, *Studi ed Approfondimenti di diritto civile, vol. I, Obbligazioni e Responsabilità civile*, Roma, 2011.
- LAMBO L., *Obblighi di protezione*, Padova, 2007.
- LANDINI S., *Danno biologico e danno morale soggettivo nelle sentenze della Cass. SS.UU. 26972, 26973, 26974, 26975/2008*, in *Danno e resp.*, 2009, 19 ss.
- LANGE H., *Schadenersatz und Privatstrafe in der mittelalterlichen Rechtstheorie*, Münster-Köln, 1955.
- LANGE H., *Schadenersatz*, Tübingen, 1979.
- LARENZ K., *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. I, *Allgemeiner Teil*, München, 1987.
- LARENZ K., *Vertrag u. Unrecht*, II, Hamburg, 1937.
- LAURENT F., *Principes de droit civil*, XI, Bruxelles-Paris, 1874, n. 479.
- LE TOURNEAU P., *La regle «Nemo auditur ... »*, Paris, 1970,.
- LENER A., voce *Potere (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 625 ss.
- LIBERATI A., *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Padova, 2004.
- LIBERTINI M., *La tutela civile inibitoria*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, I, Napoli, 1989.
- LIBERTINI M., *Le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contr. e impr.*, 1987, 111 ss.
- LINDACHER W.F., *Phänomenologie der 'Vertragsstrafe', Vertragsstrafe, Schadensersatzpauschalierung und schlichter Schadensbeweisvertrag*, Frankfurt a.M., 1972.
- LIPARI N., *Autonomia privata e testamento*, Milano, 1970.
- LOBUONO M., *La natura giuridica della polizza fideiussoria: l'intervento delle Sezioni Unite*, in *Contratti*, 2010, 440 ss.
- LONGO F., *L'art. 2 della legge Pinto: indennizzo o risarcimento?* in *Giur. it.*, 2003, 276 ss.
- LORENZ S. –RIEHM T., *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*, München, 2002.
- LUDOVICO G., *Mobbing, stress e malattia professionale: l'assicurazione Inail dinanzi ai "nuovi" rischi da lavoro*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2006, 381 ss.

- LUMINOSO A., *La vendita*, in *Tratt. dir. civ.*, già diretto da A. CICU – F. MESSINEO – L. MENGONI, continuato da P. SCHLESINGER, Milano, 2014, 361 ss.
- LUMINOSO G. *La compravendita*, Torino, 1991.
- M. LANOTTE, *Il danno alla persona nel rapporto di lavoro*, Torino, 1998.
- MACCHIAROLI F., *Eccessiva durata dei processi ed equa riparazione: tra giurisprudenza di Strasburgo e legge Pinto*, in *Giur. it.*, 2001, 10, 2007 ss.
- MAGAZZÙ A., voce *Clausola penale*, in *Enc. dir.*, VII, 1960, 186 ss.
- MAGGIOLO M., *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, in *Responsabilità civile. Danno non patrimoniale*, a cura di S. DELLE MONACHE, Torino, 2010, 659 ss.
- MAJELLO U., *Custodia e deposito*, Napoli, 1958.
- MANCINI G.F., *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957.
- MANIMA N., *L'Italia condannata dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo per l'insufficienza temporanea dello spazio individuale nella cella assegnata a un detenuto nel carcere di Rebibbia nel 2003, ma assolta per la gestione, in quel contesto, della sovrappopolazione carceraria*, in *Cass. pen.*, 2009, 4928 ss.
- MARELLA M.R., *Il risarcimento per equivalente e il principio della riparazione integrale*, in *Tratt. resp. contr.*, diretto da G. VISINTINI, III, *La disciplina legale e convenzionale del risarcimento del danno contrattuale. La responsabilità per ritardo e per fatto degli ausiliari*, Padova, 2009.
- MARELLA M.R., *La riparazione del danno in forma specifica*, Padova, 2000.
- MARELLA M.R., *Le conseguenze «non patrimoniali» dell'inadempimento. Una tassonomia*, in *Colloqui in ricordo di Michele Giorgianni*, a cura di C.A. GRAZIANI, Napoli, 2007.
- MARELLA M.R., *Struttura dell'obbligazione e analisi rimediabile nei danni non patrimoniali da inadempimento*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, 36 ss.
- MARELLA M.R., *Struttura dell'obbligazione e analisi rimediabile nei danni non patrimoniali da inadempimento*, in *Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo A. Di Majo*, a cura di S. MAZZAMUTO, Napoli, 2012, 457 ss.
- MARICONDA V., *Contratto di viaggio, mare sporco e diritti dei consumatori*; in *Dir. tur.*, 2008, 349 ss.
- MARINI A., *La clausola penale*, Napoli, 1984.
- MARINI A., *La responsabilità da induzione all'inadempimento (il caso Pennzoil-Texaco)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 849 ss.
- MARINI G., *Nullum crimen, nulla poena sine lege: diritto penale*, in *Enc. dir.*, XXVIII, 950 ss.
- MARTY G. –RAYNAUD P., *Les obligations*, vol. I, *Les sources*, Paris, 1988.
- MASSARI E., *Intorno all'azione di arricchimento senza causa*, in *Giust. Civ.*, 1953, 695 ss.
- MASTROPAOLO F., voce *Danno (risarcimento del danno)*, in *Enc. giur.*, X, Roma, 1988, 7 ss.
- MASTROPAOLO F., *Il risarcimento del danno alla salute*, Napoli, 1983.
- MATTEI U., *Analisi economica e comparata delle clausole penali nel diritto dei contratti*, in *Riv. crit. Dir. priv.*, 1996, 603ss.
- MAULER F., *De la nature de la clause pénale*, Neuchâtel, 1898, 33.
- MAZEAUD H. e L. –TUNC A., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, I, Paris, 1965, 31 ss.

- MAZEAUD H. e L., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, III, Paris, 1950, 467 ss.
- MAZEAUD H., L., J. - CHABAS F., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, III, t. I, Paris, 1978.
- MAZEAUD H., L., J., *Leçons de droit civil*, IV, t. 2, A. BRETON (a cura di), *Successions, Libéralités*, s.d., ma Paris, 1982, n. 717, 54.
- MAZEAUD H., L., J. - CHABAS F., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, vol. III, Paris, 1983, n. 2627.
- MAZZAMUTO S., *A proposito del libro di Mario Barcellona "Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza"*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, 469 ss.
- MAZZAMUTO S., *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2015.
- MAZZAMUTO S., *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2012, 455 ss.
- MAZZAMUTO S., *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni Unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, in *Contr. e impr.*, 2009, 588 ss.
- MAZZAMUTO S., *L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. nella giurisprudenza di merito*, in *Giur. it.*, 2010, 3 ss.
- MAZZAMUTO S., *La comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. ed il concetto di infungibilità processuale*, in *Eur e dir. priv.*, 2009, 947 ss.
- MAZZAMUTO S., *La responsabilità contrattuale in senso debole*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 121 ss.
- MAZZAMUTO S., *La responsabilità contrattuale nella prospettiva europea*, Torino, 2015.
- MAZZAMUTO S., *Le nuove frontiere della responsabilità contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, 713 ss.
- MAZZAMUTO S., *Note in tema di responsabilità civile del medico*, in *Europa e dir. priv.*, 2000, 500 ss.
- MAZZAMUTO S., *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1089 ss.
- MAZZAMUTO S., *Spunti in tema di danno ingiusto e di danno meramente patrimoniale*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 374 ss.
- MAZZAMUTO S., *Una rilettura del mobbing: obbligo di protezione e condotte plurime d'inadempimento*, in *Europa e dir. priv.*, 2003, 670 ss.
- MAZZARESE S., *La clausola penale*, Napoli, 1984.
- MC CORMICK C. T., *On the law of damages*, St. Paul, Minnesota, 1935.
- MEDICUS D., *Normativer Schaden*, in *juristische Schulung*, 1979.
- MEMMO D., *Il nuovo modello tedesco della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Contr. impr.*, 2004, 797 ss.
- MENGGONI L., *Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili dell'uomo e doveri inderogabili di solidarietà*, in M. NAPOLI (a cura di), *Costituzione, lavoro, pluralismo sociale*, Milano, 1998, 45 ss., ora in *Scritti. I. Metodo e teoria giuridica*, a cura di C. CASTRONOVO – A. ALBANESE – A. NICOLUSSI, Milano, 2011, 139 ss.
- MENGGONI L., *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 173 ss.
- MENGGONI L., *Profili di una revisione della garanzia per vizi nella vendita*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, I, 3 ss. ora in *Scritti. II. Obbligazioni e negozio*, a cura di C. CASTRONOVO – A. ALBANESE – A. NICOLUSSI, Milano, 2011, 385 ss.



- MENGGONI L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1986, 539 ss.
- MENGGONI L., *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, I, 273 ss.
- MERKEL R., *Die Kollision rechtmässiger Interessen und die Schadenserzpflicht bei rechtmässigen Handlungen*, Strassburg, 1895.
- MERLIN E., *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella l. 69/2009*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1546.
- MERUZZI G., *La responsabilità precontrattuale tra regola di validità e regola di condotta*, in *Contr. impr.*, 2006, 944 ss.
- MESSINEO F., voce *Contratto (diritto privato)*, in *Enc. del dir.*, IX, Milano, 1961, 817 ss.
- MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1957.
- MESSINETTI D., *Considerazioni sul danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, 333 ss.
- MESSINETTI D., voce *Danno giuridico*, in *Enc. del Dir.*, I agg., Milano, 1997, 469 ss.
- MESSINETTI D., *Recenti orientamenti sulla tutela della persona. La moltiplicazione dei diritti e dei danni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, 201 ss.
- MESTRE J., *Les conditions de la révision judiciaire dans le cadre de l'article 1152 du code civil de la peine convenue entre les parties*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1986, 103 ss.
- MEYER CORDING U., *Die Vereinsstrafe*, Tübingen, 1957.
- RESCIGNO P., *Un libro sulle pene delle associazioni private*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 1405 ss..
- MEYER H.D., *Der civis romanus als Kläger im Repetundenprozess*, in «*Festschrift Vittinghoff*», Koln-Wien, 1980, 148 ss.,
- MEYER-CORDING U., *Die Vereinsstrafe*, Tübingen, 1957.
- MEZZANOTTE L. *Il diritto di ritenzione. Dall'autotutela alla pena privata*, Napoli, 1995.
- MILAZZO F. (a cura di), *Illecito e pena privata in età repubblicana. Atti del Convegno di diritto romano* (Capanello, 1990), Napoli, 2012.
- MINOZZI A., *Danno morale*, in *Studio sul danno non patrimoniale*, Milano, 1901.
- MINOZZI A., *Studio sul danno non patrimoniale (danno morale)*, Milano, 1901.
- MIOTTO G., *La funzione del risarcimento dei danni non patrimoniali nel sistema della responsabilità civile*, in *Resp. civ.*, 2008, 188 ss.
- MIOTTO G., *La struttura dei danni da omissione del consenso informato*, in *Dir. civ. cont.*, 21 luglio 2015.
- MIRABELLI G., *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli, 1955.
- MIRANDA N., *Gli orientamenti giurisprudenziali in tema di mobbing e demansionamento*, *Rivista critica di diritto del lavoro*, 2005, 339 ss.
- MOMMSEN F., *Zur Lehre von dem Interesse*, Braunschweig, 1855.
- MOMMSEN T., *Le droit pénal romain*, trad. Duquesne, 1, Paris, 1907.,
- MOMMSEN T., *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899.
- MONATERI G. - BONA M. - OLIVA U., *Il nuovo danno alla persona*, Milano, 1999.
- MONATERI P.G., *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, Padova, 1989.

- MONATERI P.G., *Il risarcimento in forma specifica*, in *Illecito e responsabilità civile*, tomo I, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, 2005, Torino, 2005.
- MONATERI P.G., *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, Torino, 1998, 743 ss.
- MONDINI A., “Astreintes”, *ordine pubblico interno e danni punitivi*, in *Foro it.*, 2015, 3966 ss.
- MONOSI S., *L'indegnità a succedere*, in P. RESCIGNO (diretto da), M. IEVA (coordinato da), *Trattato breve delle successioni e donazioni*, I, s.d., ma Padova, 2010.
- MONTANARI A., *Il risarcimento in forma specifica e la rilevanza giuridica dell'attività di compensazione del danno*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 2, 505 ss.
- MONTANARI A., *Per una riconsiderazione del risarcimento del danno da perdita di chance*, in *Riv. dir. ec. trasp. amb.*, 2009, 1 ss.
- MONTANARI A., *Risarcimento per equivalente e in forma specifica*, in *Il danno contrattuale*, diretto da M. COSTANZA, Bologna, 2014.
- MONTUSCHI L., *Il licenziamento è una pena privata?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, 216 ss.
- MONTUSCHI L., *Il potere disciplinare e l'art. 7 dello “Statuto” dei lavoratori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, 72 ss.
- MORELATO E., *Violazione di obblighi di informazione e responsabilità dell'intermediario finanziario*, *Contr. impr.*, 2006, 1616 ss.
- MORELLI M.R., *Le fortune di un obiter: crolla il muro virtuale della irrisarcibilità degli interessi legittimi*, in *Giust. Civ.*, 1999, 2261 ss.
- MOROZZO DELLA ROCCA V. F., *L'equa riparazione per irragionevole durata del processo nelle prime decisioni della Cassazione*, in *Giust. civ.*, 2003, I, 705 ss.
- MORRIS C., *Punitive damages in tort cases*, 44 *Harv. L. Rev.* 1173 (1931).
- MORRIS C., *Theory of punitive damages*, in 44 *Harv. L. Rev.* 1173 (1998).
- MORTATI C., *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, in *Foro it.*, 1970, V, 153 ss.
- MOSCATI E., *Fonti legali e fonti «Private» delle obbligazioni*, Padova, 1999.
- MOSCATI E., *Il danno ambientale tra risarcimento e pena privata*, in *Quadrimestre*, 1991, 170 ss.
- MOSCATI E., *L'indegnità*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, V, *Successioni*, t. 1, Torino, 1997.
- MOSCATI E., *La disciplina generale delle obbligazioni*, Torino, 2015.
- MOSCATI E., *Le obbligazioni naturali tra diritto positivo e realtà sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, 177 ss.
- MOSCATI E., *Note minime su pena e colpa nel diritto privato*, in *Giust. civ.*, 3/2016, 547 ss.
- MOSCATI E., voce *Pena (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 786 ss.
- MOSCATI E., *Pena privata e autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1985, 511 ss.
- MOSCATI E., *Profili attuali degli obblighi di protezione nel diritto italiano e nel diritto europeo*, in L. GAROFALO (a cura di), *Questioni vecchie e nuove in tema di responsabilità*, Napoli, 2011, 69 ss.
- MOSCATI E., *Studi di diritto successorio*, Torino, 2013.
- MOSCATI E., *Studi sull'indebito e sull'arricchimento senza causa*, Padova, 2012.
- MOTTO A., *L'azione di classe dell'art.140 bis c. cons.*, in *NLCC* 6/2010.

- MUCCIOLI N., *La disciplina dell'assegno non trasferibile in responsabilità e indebita*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 161 ss.
- NANNA C.M., *Doveri professionali di status e protezione del cliente consumatore*, Bari, 2012, 14 ss., 59 ss.
- NICOLUSSI A., *Obblighi di protezione*, in *Enc. dir.*, Ann. VIII, Milano, 2015, 659 ss.
- NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. CICU – F. MESSINEO, t. 1, Milano, 1974.
- NAVARRETTA E., *Danni non patrimoniali :il dogma infranto e il nuovo diritto vivente*, in *Foro it.* 2003, I, 2272.
- NAVARRETTA E., *Danni non patrimoniali: il compimento della Drittwirkung e il declino delle antinomie*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, 81 ss.
- NAVARRETTA E., *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996.
- NAVARRETTA E. – POLETTI D., *I danni non patrimoniali nella responsabilità contrattuale*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *I danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, Milano, 2004.
- NAVARRETTA E., *Il danno alla persona tra solidarietà e tolleranza*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, 789 ss.
- NAVARRETTA E., *Il danno non patrimoniale contrattuale. Profili sistematici di una disciplina*, in *Persona e mercato*, 3/2010, 185 ss.
- NAVARRETTA E., *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali*, in *Foro it.*, 2009, cc. 139 ss.
- NAVARRETTA E., *La Corte Costituzionale e il danno alla persona "in fieri"*, in *Foro it.*, 2003, 227 ss.
- NEGRI A., *La legge francese sulla clausola penale*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, 440 ss.
- NEGRI M., *Legge Stabilità 2016: modifiche alla L. n. 89/2001 c.d. Legge Pinto*, in *Corr. Giur.*, 2016, 15 ss.
- NEUNER R., *Interesse und Vermögensschaden*, in *Arch. civ. pur.*, 1931 (133), 277 ss.
- NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, 121.
- NIVARRA L., *I nuovi orizzonti della responsabilità contrattuale*, Torino, 2015.
- NIVARRA L., *La contrattualizzazione del danno non patrimoniale: un'incompiuta*, in *Eur. e dir. priv.*, 2012, 482 ss.
- NIVARRA L., *La responsabilità contrattuale e i suoi attuali confini*, in P. CORRIAS (a cura di), *Liber Amicorum per Angelo Luminoso*, Milano, 2013, 1056 ss.
- OGILVIE M.H., *After Whiten: Punitive damages for breach contract in Canada*, [2004] *J. B. L.* 549.
- OGUS A., *The law of Damages*, London, 1973.
- OPPO G., *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947.
- OSTI G., voce *Contratto*, in *Noviss. dig.*, IV, Torino, 1959.
- OWEN D., *Punitive damages in products liability litigation*, 74 *Mich. L. Rev.* 1257 (1976).
- OWEN, D. *The moral foundations of punitive damages*, in *Alabama Law Review*, 1989, 705 ss.
- PACIFICO M., *Il danno nelle obbligazioni*, Napoli, 2008.
- PADOVANI T., *Sanzioni «disciplinari» e tutela penale dell'onore nelle associazioni non riconosciute*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1983, 359 ss.
- PAGNI I., *Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali: risoluzione negoziale delle liti e tutela giudiziale dei diritti*, in *Soc.*, 2010, 619 ss.

- PALADIN L., *Cenni sul sistema delle responsabilità civili per l'applicazione di leggi incostituzionali*, in *Giur. cost.*, 1960, 1032 ss.
- PALADINI G., *Fattori della responsabilità civile e penale*, Milano, 1917.
- PALERMO G.F., *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970.
- PALMIERI P., *La rifondazione del danno non patrimoniale, all'insegna della tipicità dell'interesse leso (con qualche attenuazione) e dell'unitarietà*, in *Foro it.*, 2009, I, 121 ss.
- PARADISO M., *Il danno alla persona*, Milano, 1982.
- PARADISIO, M. *Il dovere del medico di informare il paziente. Consenso contrattuale e diritti della persona*, in *La responsabilità medica.*, Milano, 1982.
- PARADISO M., *La responsabilità medica dal torto al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 334 ss.
- PARDOLESI P., *Contratto e nuove frontiere rimediale. Disgorgement v. punitive damages*, Bari, 2012.
- PARDOLESI P., "Danni punitivi: frustrazione da vorrei ma non posso?", in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 342 ss.
- PARDOLESI R. - SIMONE R., *Danno esistenziale (e sistema fragile): «die hard»*, in *Foro it.*, 2009, I, 121 ss.
- PARDOLESI P., *Danni punitivi all'indice*, in *Danno e resp.*, 2007, 1125 ss.
- PARDOLESI R., *Nota a Corte di Cassazione, 29 marzo 1978, n. 1459*, in *Foro Italiano*, 1978, 827 ss.
- PARDOLESI P., *Per un pugno di (miliardi di) dollari*, in *Foro it.*, 1987, IV, 297 ss.
- PARDOLESI R., *Tutela specifica e tutela per equivalente nella prospettiva dell'analisi economica del diritto*, Napoli, 1989.
- PARDOLESI P., *Violazione del diritto d'autore e risarcimento punitivo/sanzionatorio*, in *Foro it.*, 2011, I, 3073 ss.
- PASSARO E., *Intermediazione finanziaria e violazione degli obblighi informativi: validità dei contratti e natura della responsabilità risarcitoria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, 897 ss.
- PATTI S., voce *Danno patrimoniale*, in *Dig./civ.*, V, Torino, 1989, 94 ss.
- PATTI S., *Le Sezioni Unite e la parabola del danno esistenziale*, in *Corriere giur.*, 2009, 415 ss.
- PATTI S., voce *Pena privata*, in *Dig. civ.*, XIII, Torino, 1995, 349 ss.
- PELLEGRINI G.M., *Clausola penale, autonomia privata e poteri di controllo del giudice*, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 801 ss.
- PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991.
- PERLINGIERI P., *Le vicende dell'obbligazione naturale*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, I, 357 ss.
- PERLINGIERI P., *Manuale di diritto civile*, Napoli, 1997.
- PERON S., *Illegittima levata di protesto, conseguenze e prova del danno alla reputazione personale e commerciale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2001, 1177 ss.
- PESCATORE V., *Riduzione d'ufficio della penale e ordine pubblico economico*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, 728 ss.
- PETROCELLI B., *L'antigiuridicità*, Padova, 1955.
- PETTI G. B., *Il risarcimento del danno biologico*, Torino, 1997.

PICOZZA E., *Le situazioni giuridiche soggettive*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo, Parte generale*, Milano, 1997.

PINORI, A. *Il criterio della prevedibilità nell'ambito delle diverse tecniche di selezione del danno risarcibile*, in A. PINORI – P. PETRELLI, *Il criterio della prevedibilità del danno contrattuale*, in G. VISINTINI (a cura di), *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1999.

PIRAINO F., *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011.

PIRAINO F., *Il divieto di abuso del diritto*, in *Europa e diritto privato*, 2013, 1, 75 ss.

PIRAINO F., *Intorno alla responsabilità precontrattuale, al dolo incidente e a una recente sentenza giusta ma erroneamente motivata*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 1118 ss.

PIRAINO F., *La buona fede in senso oggettivo (Estratto)*, Torino, 2015.

PIRAINO F., *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015.

PIRAINO F., *La liceità e la correttezza*, in *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, I, a cura di R. PANETTA, Milano, 2006, 804 ss.

PIRAINO F., *Riflessioni su dogmatica e autonomia privata: il concetto di causa del contratto*, in G. BOMBELLI – B. MONTANARI (a cura di), *Ragionare per decidere*, Torino, 2015.

PIRAINO F., *Sulla natura non colposa della responsabilità contrattuale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2011, 1019 ss.

PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil*, II, Paris, 1909.

PLANIOL M., RIPERT G. ed ESMEIN P., *Traité pratique de droit civil français*<sup>2</sup>, VI, *Obligations*, t. I, Paris, 1952, 970 ss.

POLACCO V., *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma, 1914.

POLETTI D., *La "dimensione" contrattuale del danno alla salute*, in *Riv. giur. lav.*, 1986, II, 201 ss.

POLIANI F., *La responsabilità precontrattuale della banca per violazione del dovere di informazione*, in *Contratti*, 2006, 446 ss.

POLINSKY – S. SHAVELL A.M., *Punitive damages: an economic analysis*, 111 *Harv. L. Rev.* 86 (1998).

PONTONIO F., *La responsabilità professionale medica nella prospettiva europea*, in *Resp. civ. prev.*, 1993, 40 ss.

PONZANELLI G., *Danni punitivi: no grazie*, in *Foro it.* 2007, 1461 ss.

PONZANELLI G., *Equa riparazione per i processi troppo lenti*, in *Danno resp.* 2001, 570 ss.

PONZANELLI G., *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1983, 435 ss.

PONZANELLI G., *I punitive damages, il caso Texaco e il diritto italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, 405 ss.

PONZANELLI G., *Sezioni unite: il «nuovo statuto» del danno non patrimoniale*, in *Giur. it.*, 2009, 61 ss.

PONZANELLI G., *Il quantum dei punitive damages nei mass disasters*, in *Le pene private*, Milano, 1985.

PONZANELLI G., *La Cassazione bloccata da un risarcimento non riparatorio*, in *Danno e resp.*, 2012, 609, 613.

G. PONZANELLI, *La prevista esclusione del danno esistenziale e il principio di integrale riparazione del danno: verso un nuovo sistema di riparazione del danno alla persona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, 90 ss.

PONZANELLI G., *La prova del danno non patrimoniale e i confini tra danno esistenziale e danno non patrimoniale*, in *Foro it.*, 2006, I, 2334 ss.

PONZANELLI G., *Novità per i danni esemplari?*, in *Contratto e impresa*, 2015, 1195 ss.

- PONZANELLI G., voce *Pena privata*, in *Enc. giur. Treccani*, XXII, Roma, 1990, 1 ss.
- PONZANELLI G., *Ricomposizione dell'Universo non patrimoniale: le scelte della Corte di Cassazione*, in *Danno e resp.*, 2003, 816 ss.
- POTHIER J.R., *Trattato delle obbligazioni*, vol. II, Venezia, 1834, nr. 342.
- POTHIER R.J., *Trattato delle successioni*, in *Opere contenenti i trattati del diritto francese* (II ed. it.), III, Livorno, 1841, art. IV, § 2, 305.
- POTO M., *Prime pronunce della Corte di Cassazione sulla violazione del principio della ragionevole durata del processo*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, 358 ss.
- PROCIDA MIRABELLI DI LAURO A., *Il sistema di responsabilità civile dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 233/03*, in *Danno e resp.*, 2003, 2157 ss.
- PROCIDA MIRABELLI DI LAURO A., *Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni unite. Un "De profundis" per il danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2009, 19 ss.
- PROCIDA MIRABELLI DI LAURO A., *La riparazione dei danni alla persona*, Napoli, 1993.
- PROIA G., *Alcune considerazioni sul cosiddetto mobbing*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2005.
- PROTO PISANI A., *Appunti sulla mediazione e conciliazione*, in *Foro it.*, 2010, V, 142 ss.
- PUCCELLA R., *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, Milano, 2010.
- PUGLIESE G., *Linee generali dell'evoluzione del diritto penale pubblico durante il principato*, in *ANRW*, II, 14, 1982, 784 ss.
- QUADRI E., *La responsabilità medica tra obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Danno resp.*, 1999, 1165 ss.
- RABITTI M., *Il danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, IV, Milano, 2006, 637 ss.
- RAPPAZZO A., *L'autotutela della parte nel contratto*, Padova, 1999.
- RAVAZZONI A., *La formazione del contratto*, II, *Le regole di comportamento*, Milano, 1974.
- RAVAZZONI A., *La riparazione del danno non patrimoniale*, Milano, 1962.
- REBUFFAT V., *Regolamenti contrattuali e pene private*, in *Contr. e impr.*, 2001, II, 509 ss.
- REGINA A., *La norma penale e la tutela degli interessi privati*, parte I, Bari, 1942.
- REICHEL H., *Die Vertragsstrafe als Strafe*, in *öst. JBL.*, 1929, 174 ss.
- RESCIGNO G.U., *La tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi secondo la Costituzione italiana*, in *Dir. pub.*, 2006, 1, 111 ss.
- RESCIGNO P., *Appunti sulle "clausole generali"*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, 1 ss.
- RESCIGNO P., *Il danno non patrimoniale (Le «letture» dell'art. 2059, tra interpretazione e riforma)*, in *Dir. inform.*, 1985, 5 ss.
- RESCIGNO P., *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 205 ss.
- RESCIGNO P., *Manuale di diritto privato italiano*, Napoli, 1980.
- RICCIARDI M., *Solidarietà, contratto e giustizia*, in *Persona e mercato*, 2013, 135 ss.
- RICCIO A., *Verso l'atipicità del danno non patrimoniale: il mancato rispetto dei vincoli derivanti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo solleva una nuova questione di costituzionalità dell'art. 2059 c.c.?*, in *Contratto e impresa*, 2009, 2, 277 ss.
- RIPERT G. –BOULANGER J., *Traité de droit civil, d'après le traité de Planiol*, vol. II, Paris, 1959, n. 837.

- RIPERT L., *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle* (thèse), Paris, 1933.
- RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964.
- RODOTÀ S., *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014.
- ROMANO A., *Sono risarcibili, ma perché devono essere interessi legittimi?*, in *Foro it.*, 1999, 3223 ss.
- ROMANO S., *Autonomia privata (Appunti)*, in *Scritti minori*, tomo II, Milano, 1980.
- ROMANO S., *Frammenti di un Dizionario giuridico*, Milano, 1947.
- ROMEO F., *Il contratto di viaggio. Tutele specifiche e risarcimento del danno*, Padova, 2011.
- ROMEO F., *Il "nuovo" danno da vacanza rovinata: primi rilievi sull'art. 47 del codice del turismo*, in *La resp. civ.*, 2011, 565 ss.
- ROPPO E., *Pluralismo, ruolo dei privati, autonomie collettive* di P. RESCIGNO, in *Persona e comunità: saggi di diritto privato*, II, Padova, 1999.
- ROPPO V. –AFFERNI G., *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, in *Danno e resp.*, 2006, 25 ss.
- ROPPO V., *Il contratto*, Milano, 2001.
- ROSSETTI M., *Danno esistenziale, una questione lontana dall'essere risolta*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 1477 ss.
- ROSSI A., *Tutela del turista: conferme e novità*, in *Danno e resp.*, 2011, 989 ss.
- ROSSI S., voce *Consenso informato (II)*, in *Dig. disc. Priv., sez. civ., Agg.*, vol. VII, Torino, 2012, 177 ss.
- ROUJOU DE BOUBE' E M.E., *Essai sur la notion de réparation*, Paris, 1974.
- ROVELLI L., *Correttezza*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, IV, Torino, 1989, 426 ss.
- RUBINO D., *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1962.
- RUBINO D., *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939.
- RUBINO D., *Le associazioni non riconosciute*, Milano, 1952.
- RUPERTO C., *La giurisprudenza nel codice civile coordinata con la dottrina. Libro IV, artt. 1178-1320*, Milano, 2012.
- RUSSO D., *Il patto penale tra funzione novativa e principio di equità*, s.d., ma Napoli, 2010.
- RUSSO G., *Concorso dell'azione aquiliana con la contrattuale nel contratto di trasporto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, 971.
- SACCHETTINI E., *Un'attività di difficile realizzazione pratica che mette a repentaglio le casse dello Stato*, in *Guida al dir.*, n. 6/2004, 16 ss.
- SACCO R., *Concordanze e contraddizioni in tema di inadempimento contrattuale (una veduta d'insieme)*, in *Eur. e dir. priv.*, 2001, 137 ss.
- SACCO R., *Concorso dell'azione contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1999.
- SACCO R., *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. VASSALLI, Torino, 1975.
- SACCO R. –DE NOVA G., *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, Torino, 2003, 1420 ss.
- SACCO R., *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959.
- SALMOND J.W., *Law of Torts* a cura di R.F.V. HEUSTON, London, 1977.

- SALVESTRONI U., *Il problema dell'indegnità di succedere. Contributo allo studio dei procedimenti successori privati*, Padova, 1970.
- SALVI C., voce *Danno*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, V, Torino, 1989, 63 ss.
- SALVI C., *Il danno extracontrattuale – Modelli e funzioni*, Napoli, 1985.
- SALVI C., *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. IUDICA – P. ZATTI, Milano, 2005.
- SALVI C., *Responsabilità extracontrattuale (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1204 ss.
- SALVI C., voce *Risarcimento del danno*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 1084 ss.
- SANDULLI, A. *Note problematiche in tema di risarcibilità dei danni recati dalla pubblica amministrazione ad interessi protetti a titolo d'interesse legittimo*, Milano, 1965, 281.
- SANTARONI M., *Appunti in tema di lesione dell'onore e della riservatezza in Inghilterra*, in *Resp. civ. prev.*, 1981, 3 ss.
- SANTORO G., *La responsabilità contrattuale*, Padova, 1992.
- SANTORO G., *La responsabilità contrattuale: il dibattito teorico*, in *Contratto e impresa*, 1989, 1 ss.
- SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 2002.
- SANTORO PASSARELLI F., *La transazione*, Napoli, 1975.
- SANTORO PASSARELLI F., *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1978.
- SANTORO PASSARELLI F., *Variazioni sul contratto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1970, 1 ss.
- SANTORO R., *Relazione di sintesi del Convegno "Illecito e pena privata in età repubblicana"*, in *Illecito e pena privata in età repubblicana. Atti del Convegno internazionale di diritto romano. Copanello 4-7 giugno 1990*, Napoli, 1992, 329, ora in SANTORO R., *Scritti minori*, tomo II, Torino, 2009.
- SANTOSUOSSO F., *La 'nuova frontiera' delle tutela aquiliana del credito*, in *Giustizia Civile*, 1971, 201 ss.
- SANZ S., *La consécration du pouvoir judiciaire par la loi du 9 juillet 1975 et ses incidences sur la théorie générale de la clause pénale*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1977, 289 ss.
- SARAVALLE A., *I punitive damages nelle sentenze delle Corti europee e dei tribunali arbitrali*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1993, 871 ss.
- SATURNO A., *L'autotutela privata. I modelli della ritenzione e dell'eccezione di inadempimento in comparazione col sistema tedesco*, Napoli, 1995.
- SAVORANI G., *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, in *Tratt. resp. contr.*, diretto da G. VISINTINI, III, *La disciplina legale e convenzionale del risarcimento del danno contrattuale. La responsabilità per ritardo e per fatto degli ausiliari*, Padova, 2009.
- SCADUTO G. –RUBINO D., *Illecito (Atto)*, in *Nuovo dig. it.*, 1938, VI, 705 ss.
- SCAGLIONE F., *Azione di classe e nuove forme risarcitorie*, in *Riv. dir. priv.* 4/2010, 1 ss.
- SCALETTA D., *Pena privata e tutela dell'associato*, in AA.VV., *Persona e diritto civile*, Napoli, 2000.
- SCHLECHTRIEM P. –SCHMIDT KESSEL M., *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*<sup>6</sup>, Tübingen, 2005.
- SCHLECHTRIEM P., *Richterliche Kontrolle von Schadensersatzpauschalierungen und Vertragsstrafen*, in LESER H.G. –MARSHALL VON BIEBERSTEIN W.F. (a cura di), *Das Haager Einheitliche Kaufgesetz und das deutsche Schuldrecht*, Karlsruhe, 1973, 51 ss.
- SCHLECHTRIEM P., *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, Tübingen, 1992, 83.
- SCHMIDT RÄNTSCH J., *Das neue Schuldrecht*, Köln, 2002.



- SCHULTE H., *EC Private Law and the German Civil Law*, in *Gemeinsame Prinzipien des Europäischen Privatrechts (Studien eines Forschungszwerkes)*, a cura di R. SCHULZE – G. AJANI, Baden-Baden, 2003, 211 ss.
- SCHULZE R., *Il nuovo diritto tedesco delle obbligazioni e il diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 57 ss.
- SCHWERDTNER P., *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*, in *Iura*, 1980, 493 ss.
- SCIARRATTA N., *La Cassazione su astreinte, danni punitivi e (funzione della) responsabilità civile*, in *Dir. civ. cont.*, luglio/settembre 2015.
- SCOCA F.G., *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990, 14 ss.
- SCODITTI E., *La violazione comunitaria dello Stato fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Foro it.*, 2010, I, 175 ss.
- SCODITTI E., *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*, in *Foro it.*, 2006, I, 1105 ss.
- SCOGNAMIGLIO R., *A proposito del mobbing*, *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2004, I, 489 ss.
- SCOGNAMIGLIO R., *Appunti sulla nozione di danno*, in *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, Padova, 1969.
- SCOGNAMIGLIO R., *Contratti in generale*, in G. GROSSO – F. SANTORO PASSARELLI (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Milano, 1972.
- SCOGNAMIGLIO R., *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950.
- SCOGNAMIGLIO R., *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. SCIALOJA – G. BRANCA, art. 1321-1352, Bologna-Roma, 1970.
- SCOGNAMIGLIO C., *Il danno biologico: una categoria italiana del danno alla persona*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, 277.
- SCOGNAMIGLIO C., *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Contratti*, 2010, 701 ss.
- SCOGNAMIGLIO C., *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. MAZZAMUTO, Torino, 2002, 467 ss.
- SCOGNAMIGLIO C., *Il sistema del danno non patrimoniale dopo le Sezioni Unite*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 38 ss.
- SCOGNAMIGLIO C., *Il sistema italiano in materia di risarcimento del danno contrattuale*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da G. VISINTINI, vol. III, *Il risarcimento del danno contrattuale. La responsabilità per ritardo e per fatto degli ausiliari*, Padova, 2009.
- SCOGNAMIGLIO R., *Il danno morale*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 277 ss.
- SCOGNAMIGLIO R. *Il danno morale mezzo secolo dopo*, , *Riv. dir. civ* 2010, I, 616 ss.
- SCOGNAMIGLIO R., *Il danno morale. (Contributo alla teoria del danno extracontrattuale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 313 ss.
- SCOGNAMIGLIO R., *Il risarcimento del danno in forma specifica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, 201 ss.
- SCOGNAMIGLIO R., *Illecito (diritto vigente)*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, 1962, 10 ss.
- SCOGNAMIGLIO R., *In tema di risarcibilità di danni derivanti da lesioni di interessi legittimi da parte della P.A.*, in *AA.VV.*, *Ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione degli interessi legittimi*, Milano, 1975, 311 ss.

- SCOGNAMIGLIO C., *L'ingiustizia del danno (art. 2043)*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. BESSONE, Vol. X, *Illecito e responsabilità civile*, Torino, 2005.
- SCOGNAMIGLIO R., *Le Sezioni Unite sull'allegazione e la prova dei danni cagionati da demansionamento o dequalificazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 2006, 687 ss.
- SCOGNAMIGLIO R., *Lezioni sul negozio giuridico*, Bari, 1962.
- SCOGNAMIGLIO R., *Mobbing. Profili civilistici e giuslavoristici*, in *Giurisprudenza del lavoro*, 2006, 2 ss.
- SCOGNAMIGLIO C., *Problemi della causa e del tipo*, in *Trattato del contratto* diretto da V. ROPPO, II, Regolamento a cura di G. VETTORI, Milano, 2006.
- SCOGNAMIGLIO R., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, 670 ss.
- SCOGNAMIGLIO R., voce *Risarcimento del danno*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XVI, Torino, 1969, 4 ss.
- SEBOK A. J., *Introduction: What does it mean to say that a remedy punishes?*, in *Symposium: Private law, punishment, and disgorgement*, 78 *Chi.-Kent. L. Rev.* 3 (2003).
- SECRETAN R., *Etude sur la clause pénale en droit suisse*, diss., Lausanne, 1917.
- SEGNI M., *Autonomia privata e valutazione legale tipica*, Padova, 1972.
- SERRAO E., *Inadempimento e danno esistenziale*, in U. DAL LAGO – R. BORDON (a cura di), *La nuova disciplina del danno non patrimoniale*, Milano, 2005.
- SERRAO F., *Appunti sui «patroni» e sulla legittimazione all'accusa nei processi «repetundarum»*, in *Studi in onore di P. De Francisci*, 2, Milano, 1954.
- SERRAO F., *Classi, partiti e legge nella repubblica romana*, Pisa, 1974.
- SERRAO F., *Il frammento leidense di Paolo*, Milano, 1956.
- SHALLER E.H., *Availability of Punitive Damages in Breach of Contract under Section 301 of the Labor Management Relations Act*, 50 *Geo. Washington L. Rev.* 250 (1982); Note, *Moral Damages for Breach of Contract: The Effect on Recovery of an Obligor's Bad Faith*, 42 *La. L. Rev.* 282 (1981).
- SHAVELL S., *Economic analysis of accident law*, Cambridge, 1987.
- SICCHIERO G., *Un buon ripensamento del S.C. sulla asserita nullità del contratto per inadempimento*; in *Giur. it.*, 2006, I, 1599 ss.
- SIRENA P., *L'obbligo di protezione a carico di chi si ingerisce nell'altrui sfera giuridica e la restituzione del profitto ingiustificato*, in *Contr. impr./Europa*, 2010, 9 ss.
- SIRENA P., *La gestione di affari altrui - Ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, Torino, 2000.
- SMURAGLIA C., *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1967.
- SOLLNER A., *Münchener Kommentar zum B.G.B.*, vol. II, *Schuldrecht*, zu § 339-345, München, 2007.
- SPANGA G., *Le Sezioni unite e l'art. 2059: censure, riordini, ed innovazioni del dopo principio*, in *Danno e resp.*, 2009, 19 ss.
- STARCK B., *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée* (thèse), Paris, 1947.
- STAUB H., *Der positiven Vertragsverletzungen*, Berlin, 1904, trad. it. a cura di G. VARANESE, Napoli, 2001.
- STOLFI G., *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961.

- STOLL H *Die Lehre von den Leistungsstörungen*, Tübingen, 1936.
- STOLL H, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzungen*, in 136 *AcP*, 1932, 257 ss.
- TALAMANCA M., voce *Obbligazioni (storia) a diritto romano*, in *Enc. dir.*, XXIX, 1979, 3 ss.
- TALAMANCA M., voce *Pena privata (dir. romano)*, in *Enc. dir.*, XXIX, 1982, 712 ss.
- TARZIA G., *Presente e futuro delle misure coercitive civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, 800 ss.
- TASSONE A.R., *Situazioni giuridiche soggettive (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, aggiornamento, II, Milano, 1998, 966 ss.
- TEDESCHI G., *Legittima difesa, stato di necessità e compensazione delle colpe*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, I, 741 ss.
- TERRÈ F. –LEQUETTE Y., *Droit civil. Le successions. Le libéralités*, Paris, 1997, 45.
- TESAURO G., *Sovranità degli Stati e integrazione comunitaria*, Napoli, 2006, 27 ss.
- TESCIONE F., *Il danno non patrimoniale da contratto*, Napoli, 2008.
- THIMANY J., *Fonctions et révisibilité des clauses pénales en droit comparé*, in *Rev. Int. Dr. Comp.*, 1980, 29.
- THON A., *Norma giuridica e diritto soggettivo. Indagini di teoria generale del diritto*, trad. it. con annotazioni di A. LEVI, Padova, 1951.
- TITZE H., *Die Notstandsrechte*, Leipzig, 1897, 7-8; Tuhr, *Der allg. Teil*, vol. II, parte 2<sup>a</sup>, 456 ss.
- TOMARCHIO V., *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Napoli, 2009.
- TOMARCHIO V., *L'unilateralità del danno non patrimoniale nella prospettiva delle Sezioni unite*, in *Giur. it.*, 2009, I, 61 ss.
- TOMARCHIO V., *Responsabilità contrattuale e danno non patrimoniale. Il problema della tipologia dei pregiudizi risarcibili*, in *Danno e resp.*, 2009, 1028 ss.
- TOMMASI S., *Note a margine della codificazione del danno da vacanza rovinata*, in *Contr. impr.*, 2013, 32 ss.
- TRIMARCHI P., *Il contratto. Inadempimenti e rimedi*, Milano, 2010.
- TRIMARCHI P., *Illecito (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XX, 1970, 90 ss.
- TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, a cura di G. TRABUCCHI, s.d., ma Padova, 2013.
- TRIMARCHI P., *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962.
- TRIMARCHI V.M., *La clausola penale*, Milano, 1954.
- TRIMARCHI P., *La responsabilità civile per danni all'ambiente: prime riflessioni*, in *Amministrare*, 1987, 195 ss.
- TROIANO O., *La tutela del diritto di autore attraverso la disciplina dell'arricchimento ingiustificato*, in *AIDA*, 2000, 207 ss.
- TUCCI G., *Giudice civile e affievolimento del diritto soggettivo*, Milano, 1991.
- TUCCI G., *La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, 240 ss.
- TULLINI P., *Mobbing e rapporto di lavoro. Una fattispecie emergente di danni alla persona*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2000, I, 251 ss.
- TUNC A., *Introduzione*, in *Int. Enc. Comp.* L. XII, 63 ss.
- TURCO C., *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990.

- URSO R., *Recenti sviluppi nella giurisprudenza statunitense e inglese in materia di punitive damages: i casi TXO production Corporation v. alliance resources corporation e AB v. south west water services Ltd*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 81 ss.
- VACCA L., *Delitti privati e azioni penali nel principato*, in *ANRW*, 2, 14, Berlin-New York, 1982, 682 ss.
- VALDITARA G., *Dalla lex Aquilia all'art. 2043 del codice civile*, in *Diritto romano e terzo millennio – Radici e prospettive dell'esperienza giuridica contemporanea*, Napoli, 2002.
- VALDITARA G., *Damnum iniuria datum*, Torino, 1996.
- VALDITARA G., *Sulle origini del concetto di damnum*, Torino, 1998, 21 ss.
- VAN LOOK F., *Vereinsstrafen als Vertragsstrafen. Ein Beitrag zum inneren Vereinsrecht*, Berlin, 1990.
- VASSALLI F., *Estrastatalità del diritto civile*, in *ID.*, *Studi giuridici*, III, 2, Milano, 1960.
- VASSALLI F., voce *Codice civile*, in *Enc. it.*, II App. (AH), Roma, 1948, 632 ss.
- VENCHIARUTTI A., *Le astreintes sono compatibili con l'ordine pubblico interno. E i punitive damages?*, in *Resp. Civ. prev.*, 2105, 1899.
- VENEZIAN G., *Studi delle obbligazioni*, in *Opere giuridiche*, I, Roma, 1919, 16.
- VENOSTA F. *Prestazioni non dovute, "contatto sociale" e doveri di protezione "autonomi"*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, 113 ss.
- VENOSTA F., *Profili della disciplina dei doveri di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 841 ss.
- VENTURELLI A., *Danno non patrimoniale per irragionevole durata del processo*, in *Il "nuovo" danno non patrimoniale*, a cura di G. PONZANELLI, Padova, 2004.
- VENTURELLI A., *Legge Pinto: per le Sezioni Unite la prova del danno non patrimoniale è in re ipsa*, in *Danno resp.*, 2004, 512 ss.
- VIGANÒ F., *Sentenza pilota della Corte e.d.u. sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 9 gennaio 2013.
- VIGORITI V., *L'azione risarcitoria di classe: sollecitazioni europee, resistenze italiane*, in *Contr. impr. Europa*, 2, 2009, 1 ss.
- VINCENTI U., *L'equa riparazione del danno non patrimoniale per l'eccessiva durata di un processo*, in *Dir. reg.*, 2004, 289 ss.
- VINEY G., *La responsabilité civile*, in *Le Code civil 1804-2004. Livre du Bicentenaire*, Paris, 2004, 321 ss.
- VISCOMI A., *Il mobbing: alcune questioni su fattispecie ed effetti*, in *Lavoro e diritto*, 2002, 45 ss.
- VISINTINI G., *La responsabilità contrattuale per fatto degli ausiliari*, Padova, 1965.
- VISINTINI G., *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 2005,.
- VISINTINI, G. *Inadempimento e mora del debitore*, in *Comm. Schlesinger, sub artt. 1218-1222 c.c.*, Milano, 2006, 95 ss.
- VOCI P., *Manuale di diritto romano*, 1, Milano, 1984.
- VOCI P., *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*, Milano, 1939.
- VOLTERRA E., *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, 1977.
- VON JHERING R., *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, in *Jherings Jb.*, 1861, 1 ss. (ristampa a cura di E. SCHIMDT, *Nachwort* a R. Von Jhering e

- H. Staub, nuova ed., Bad Homburg-Berlin-Zürich, 1969, 7 ss.) trad. it. di F. PROCCHI, *Della culpa in contrahendo ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, Napoli, 2005.
- VON JHERING R., *Das Schuldmoment in römischen Privatrecht*, in *Vermischte Schriften juristischen Inhalts*, Leipzig, 1879.
- VON SAVIGNY F.C., *Le obbligazioni*, trad. it. di G. PACCHIONI, vol. II, Torino, 1915.
- WASHINGTON G.T., *Damages in contract at Common Law*, in 47 (1931) *Law Quarterly Review*, 345
- WEINRIB E.J., *Punishment and disgorgement as contract remedies*, *ibid.*, 55.
- WEITNAUER H., *Vereinsstrafe, Vertragsstrafe und Betriebsstrafe*, in *Festschrift für R. Reinhardt*, Köln-Marienburg, 1972, 179 ss.
- WHEELER M. E., *The constitutional case for reforming punitive damages*, 69 *Va. L. rev.* 269 (1983);
- WIEACKER F., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, 1967.
- ZACCARIA A., *Il risarcimento del danno non patrimoniale in sede contrattuale*, in *Resp. civ.*, 2009, 28 ss.
- ZAMBRANO V. – STANZIONE P., *Attività sanitaria e responsabilità civile*, Milano, 1998.
- ZANA M., *La responsabilità del medico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 162 ss.
- ZANA M., *Responsabilità del professionista*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVII, Roma, 1991, 1 ss.
- ZENO ZENCOVICH V., *Danni non patrimoniali e inadempimento*, in G. VISINTINI (a cura di), *Risarcimento dei danni contrattuali ed extracontrattuali*, Milano, 1984.
- ZENO-ZENCOVICH V., *Il danno al nascituro*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, 695 ss.
- ZENO ZENCOVICH V., *Il danno da vacanza rovinata: questioni teoriche e prassi applicative*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, 875 ss.
- ZENO ZENCOVICH V., *Il problema della pena privata nell'ordinamento italiano: un approccio comparatistico ai "punitive damages" di "common law"*, in *Giur. it.*, 1985, IV, 12 ss.
- ZENO ZENCOVICH V., *Interesse del creditore e danno contrattuale non patrimoniale*, in *Riv. dir. comm.*, 1987, 77 ss.
- ZIMMERMANN R., *Il BGB e l'evoluzione del diritto civile*, in *Contr. impr./Europa*, 2004, 625 ss.
- ZIMMERMANN R., *The new German Law of Obligations, Historical and Comparative Perspectives*, New York, 2005.
- ZINGALES I., *Misure sanzionatorie e processo civile: osservazioni a margine dell'art 709 ter c.p.c.*, in *Il dir. famiglia*, 2009, 404 ss.
- ZIPURSKY C., *A theory of punitive damages*, in 84 *Tex. L. Rev.*, 2005, 105 ss.
- ZIVIZ P., *Il danno non patrimoniale: istruzioni per l'uso*, in *Resp civ. e prev.*, 2009, 98 ss.
- ZIVIZ P., *Il nuovo volto dell'art. 2059 c.c.*, in *Danno e resp.*, 2003, 1036 ss.
- ZIVIZ P., *La tutela risarcitoria della persona: danno morale e danno esistenziale*, Milano, 1999.
- ZIVIZ P., *Verso un altro paradigma risarcitorio*, in *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, a cura di P. CENDON – P. ZIVIZ, Milano, 2000, 839 ss.
- ZOLI C., *Il mobbing: brevi osservazioni in tema di fattispecie ed effetti*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2003, 337 ss.
- ZOPPINI A., *La pena contrattuale*, Milano, 1991.

## RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

- Corte Cost., 30 giugno 1986, n. 184, in *Foro it.*, I, 2053.
- Corte Cost. 11 luglio 2003, n. 233 in *Giur. it.* 2004, 1129.
- Corte Cost., 10 dicembre 2003, n. 359, nel testo di S. MAZZAMUTO, *Il mobbing*, Milano, 2004.
- C. Giust. CE 19 novembre 1991, *Francovich*, causa c-6/90, in *Foro it.*, 1992, IV, 145.
- Corte di Giustizia, 12 marzo 2002, n. C-168/00, in *Resp. civ. prev.*, 2002, 360.
- Corte e.d.u., 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia*, ric. n. 22635/03, in *Cass. pen.* 2009, 4928.
- Corte e.d.u., 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*, ric. nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 9 gennaio 2013.
- Cass., s. u., 26 Gennaio 1971, n.174, in *Foro it.*,1971, c. 1286.
- Cass., s. u., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Foro it.*, 1999, I, 3332.
- Cass., s. u., 22 luglio 1999, n.500, in *Giust. Civ.*, 1999, I, 2261.
- Cass. s.u., 21 febbraio 2002, n. 2515, in *Danno e resp.* 2002, 499.
- Cass., s. u., 26 gennaio 2004, nn. 1338-1341, in *Giur. it.*, 2004, 944.
- Cass., s.u., 4 marzo 2004, n. 8438, consultabile nel testo di S. MAZZAMUTO, *Il mobbing*, Milano, 2004.
- Cass., s.u., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Obbl. e contr.*, 2006, 415.
- Cass. s.u., 24 marzo 2006, n. 6572, in *Foro it.*, 2006, 1343.
- Cass., s.u., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Foro it.*, 2008, I, 2968.
- Cass., s. u., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno e responsabilità*, 2008, 871.
- Cass., s. u., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974, 26975, in *Foro it.*, 2009, I, c. 121.
- Cass., s.u., 17 aprile 2009, n. 9147, in *Foro amm. - Cds*, 2274.
- Cass., s.u., 18 febbraio 2010, n. 3947, in *Contratti*, 2010, 440.
- Cass., s.u., 20 novembre 2012, n. 20323, in [www.neldiritto.it](http://www.neldiritto.it).
- Cass. Torino, 6 dicembre 1900, in *La Legge*, 1901, I, 228
- Cass., 4 Luglio 1953, n. 2085, in *Giur. it.*, 1953, 828.
- Cass., 17 aprile 1970, in *R.C.J.B.*, 1972, 454.
- Cass., 24 novembre 1972, in *R.C.J.B.*, 1973, 302.
- Cass., 29 marzo 1976, n. 1132, *Foro it*, voce., *Professioni intellettuali*, n. 35.
- Cass., 26 marzo 1981, n. 1773, in *Foro it. Rep.*, 1977, voce *Professioni intellettuali*, n. 59.
- Cass. 4 maggio 1982, n. 2765, in *Foro it*, 1982, 1747.
- Cass., 18 dicembre 1984, in *Gazz. Pal.*, 1985, II, 221.
- Cass. 22 novembre 1993, n. 11503, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, 695
- Cass., 25 novembre 1994, n. 10014, in *Foro it.*, 1995, I, c. 2913.
- Cass., 27 febbraio 1996, n. 1541, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 801.
- Cass.,15 gennaio 1997, n. 364, in *Giur. it.*,1998, 38.
- Cass., 21 giugno 1999, n. 6233, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 1444.
- Cass., 6 ottobre 1999, n. 9705, in *Resp. civ. e prev.*, 1998, 667.

Cass., 5 febbraio 2000, 1307, in *Giust. civ.*, 2000, I, 664.

Cass. 2 maggio 2000, n. 5491, in *Lav. e giur.*, 2000, 830.

Cass., 16 maggio 2000, n. 6356, in *Notiziario giur. lav.*, 2001, 449.

Cass. 6 novembre 2000, n. 14443, in *Lav. e prev. oggi*, 2000, 2287.

Cass., 9 aprile 2001, n. 5249, in *Foro it.*, 2002, I, 2663.

Cass., 10 maggio 2001, n. 6507, in *Resp. civ. e prev.*, 2001, 1177.

Cass., 26 luglio 2002, n. 11046, in *Giust. civ.*, 2003, 696.

Cass., 2 agosto 2002, n. 11600, in *Foro it.*, 2003, 852.

Cass., 8 agosto 2002, n. 11987, in *Foro it.*, 2003, 849.

Cass., 22 ottobre 2002, n. 14885, in *Foro it.*, 2003, 846.

Cass. 12 novembre 2002 n. 15868, in *Rep. giur. It.*, 2002, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 796.

Cass., 3 aprile 2003, n. 5110, in *Giust. civ.*, 2003, 893.

Cass. 12 maggio 2003, n. 7281 in *Foro it.* 2003, I,2274.

Cass. 12 maggio 2003, n.7282, in *Resp. civ. e prev.* 2003, 676.

Cass. 12 maggio 2003, n. 7283 in *Giur. it.* 2004, 1130.

Cass. 31 maggio 2003,n. 8827, in *Danno e resp.* 2003, 819.

Cass. 31 maggio 2003, n. 8828, in *Giur. it.*, 2004.

Cass. 8 novembre.2003, n. 16792, in *Mass.* 2003, 16792.

Cass., 26 marzo 2004 n. 6071, in *Dir. e giust.* 2004, 34 116.

Cass., 24 maggio 2004, n. 8438, in *Foro Ital.*, 2004, I, 2320.

Cass. 28 maggio 2004 n. 10361, in *Mass.*, 2004, 10361.

Cass. 23 luglio 2004 n. 13887, in *Mass.*, 2004, 13887.

Cass., 19 gennaio 2005 n. 1094, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 4.

Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, in *Danno e resp.*, 2006, 25.

Cass., 19 gennaio 2007 n. 1183, in *Foro it.*, 2007, I, 1460.

Cass., 27 marzo 2007, n. 7449, , *Giust. civ* 2007, 567.

Cass. 13 aprile 2007, n. 8826 in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1824.

Cass., ord., 25 febbraio 2008, n. 4712, in *Corriere giur.*, 2008, 621.

Cass., 12 febbraio 2008, n. 3283, in *Danno e Resp.*, 2008, 5, 58.

Cass., 13 gennaio 2009, n. 409, in *Resp. civ.*, 2009, 277.

Cass., 9 febbraio 2010 n. 2847, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 2, 174.

Cass., 10 marzo 2010, n. 5842, in *Giust. civ.*, 2011, 1586.

Cass., 11 maggio 2010, n. 11353, in *Foro it.*, 2011, I, 540.

Cass. 30 luglio 2010, n. 17902, in *Foro it.*, 2011, I, 3134.

Cass., 10 novembre 2010, n. 22819, in *La resp. civ.*, 2011, 752 ss.

Cass., 17 febbraio 2011, n. 3847, in *Guida al diritto*, 2011, 14, 42.

Cass., 30 marzo 2011, n. 7237, in *Dir. e Giust. online*, 2011.

Cass., 15 aprile 2011 n. 8730, in *Foro it.*, 2011, I, 3073.

Cass., 8 febbraio 2012, n. 178, in *Corriere Giur.*, 2012, 9, 1068.

Cass. 20 marzo 2012, n. 4372, in *Danno e resp.*, 2012, 856.

Cass., 16 maggio 2013, n. 11950, in *Guida al diritto*, 2013, 33.

Cass., 15 aprile 2015, n. 7613, in *Danno e Resp.* 2015, 1155.

Cass., 12 giugno 2015, n. 12205, in *foroitaliano.it*.

Cass., 16 maggio 2016, n. 9978, in *Foro it.* 2016, 6, I, 1973.

Cass., 30 settembre 2016, n. 19384, in [www.dirittocivilecontemporaneo.it](http://www.dirittocivilecontemporaneo.it)

Cass., 22 novembre 2016, n. 23730, in [www.dirittocivilecontemporaneo.it](http://www.dirittocivilecontemporaneo.it)

Corte d'Appello di Genova, 17 Giugno 1973, *Giurisprudenza Italiana*, 1973, 1184.

Trib. Firenze, 7 gennaio 1999, in *Resp. civ. e prev.*, 2000, 157.

Trib. Macerata, 26 marzo 2003, in *Riv. not.*, 2003, 1293 ss.

Trib. Roma, 16 gennaio 2004, in *Giur. romana*, 2004, 106.

Trib. Varese 30 ottobre 2009, in *Nuova giur. civ.*, 2010, 488.

Tribunale di Lecce, Ufficio di Sorveglianza, ordinanza n. 17/10 Reg. S15, consultabile in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

Trib. Bari, 28 aprile 2011, in *Foro it.*, 2011, I, 2171.

Trib. Matera, 23 settembre 2015, consultabile su [www.dirittocivilecontemporaneo.com](http://www.dirittocivilecontemporaneo.com).

Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, 6 aprile 1987, in *Foro it.*, 1987, IV, 297.