

IL DANNO NON PATRIMONIALE NEL TEMPO DELLA COMPLESSITÀ

1. L'arco temporale che ormai ci separa dalle sentenze delle Sezioni Unite dell'11 novembre 2008 nn. 26972/5 permette una considerazione dei principi dalle stesse enunciati che si sforzi di coglierne non solo, come pure è necessario, la portata applicativa e la dimensione operativa, ma anche le coordinate metodologiche che quelle sentenze hanno ispirato e le linee generali del problema del danno non patrimoniale che da esse emerge. Ed infatti, al di là delle posizioni, anche fortemente critiche, che si sono delineate nella ricchissima letteratura a commento delle pronunce delle Sezioni Unite, un merito a queste ultime va, in ogni caso, riconosciuto: il tentativo di costruire quello che, senza enfasi, potremmo definire un sistema del danno non patrimoniale del terzo millennio.

Del resto, a questo compito, certamente arduo, come subito diremo, ma da molti avvertito come necessario, le Sezioni Unite erano state invitate proprio dall'ordinanza di rimessione della Sezione Terza Civile n. 4712 del 25 febbraio 2008, laddove quest'ultima aveva rimproverato alla *"tutti gli operatori del diritto"* di essersi arroccati, dopo le sentenze della Cassazione nn. 8827 e 8828/03, *"su posizioni nuovamente contrapposte...quasi che il danno esistenziale, novella categoria metagiuridica di pensiero, dovesse corrispondere all'idea che ciascuno degli interpreti del pianeta dell'illecito civile si era comunque formato a priori, piuttosto che rappresentare il terreno di coltura e di analisi, sul piano positivo (e sulla base dell'esistente, del de iure condito, del diritto vivente) di una nuova categoria di danno del terzo millennio"*.

Anticipando subito una delle conclusioni che si cercheranno di argomentare in questo scritto, nella speranza che tale tecnica espositiva possa concorrere alla maggiore chiarezza del discorso, va subito rilevato che la riflessione dottrinale e l'elaborazione giurisprudenziale successive alle Sezioni Unite dell'11 novembre 2008 dimostrano che il tentativo di costruire un sistema definitivamente organizzato e concluso in se stesso del danno non patrimoniale è solo in parte riuscito. Né poteva essere altrimenti probabilmente, proprio perché – di qui il titolo ('il danno non patrimoniale' nel tempo della complessità) che abbiamo dato a questo intervento – nel tempo della complessità, e tale deve ritenersi quello presente, come cercheremo di dimostrare, non solo dal punto di vista della realtà economico – sociale, ma anche da quello normativo, non è forse possibile 'pensare', e tanto meno organizzare in regole operative, un sistema totalmente unitario del danno non patrimoniale. Nel tempo presente è invece, forse, necessario prendere atto, ancora una volta, della incomprimibile articolazione al suo interno del sintagma 'danno non patrimoniale': articolazione che corrisponde del resto a quella che potremmo definire come la 'densità' funzionale della categoria normativa del danno non patrimoniale.

E' stato d'altra parte assai di recente notato in dottrina che il germe della complessità risulta, in un certo senso, insito nell'estensione stessa "della responsabilità

alla pressoché integrale tutela del danno personale”<sup>1</sup>, quasi a voler sottolineare il primo, e forse il più vistoso, dei tanti paradossi del danno non patrimoniale e dei suoi percorsi: quello che vede affidato ad uno strumento intrinsecamente coerente a logiche di mercato, qual è quello che si realizza attraverso la condanna del responsabile al pagamento di una somma di danaro, il compito impegnativo di assicurare la tutela piena dei valori della persona<sup>2</sup>

Nel discorso che cercheremo qui di svolgere saranno, dunque, presi in esame gli snodi attraverso i quali si è venuto svolgendo lo sforzo, costruttivo di un nuovo sistema del danno non patrimoniale, delle sentenze delle Sezioni Unite: l’elaborazione di un concetto di ingiustizia del danno costituzionalmente qualificata, imperniata sulla lesione di diritti inviolabili della persona umana; l’individuazione di un ulteriore filtro alla risarcibilità del danno non patrimoniale, costituito dalla serietà della lesione e della gravità del danno che ne sia derivato; l’accreditamento della risarcibilità del danno non patrimoniale contrattuale, entro i limiti coincidenti anche in questo caso con le ipotesi di lesione dei diritti inviolabili della persona; la ribadita precisazione secondo la quale il danno non patrimoniale costituisce danno conseguenza, che deve essere allegato e provato; l’affermazione della unitarietà della categoria del danno non patrimoniale e la conseguente riduzione a fini meramente descrittivi, delle categorie nelle quali lo stesso si era venuto articolando (danno morale e danno biologico, nel quale ultimo, disattesa dalle Sezioni Unite la categoria del danno esistenziale, possono semmai trovare collocazione “pregiudizi di tipo esistenziale”<sup>3</sup>).

2. Il tentativo delle già più volte evocate sentenze delle Sezioni Unite di costruire un sistema, che prima definivamo organizzato e concluso in se stesso del danno non patrimoniale, così governandone la complessità, si coglie con chiarezza, già ove si consideri la scelta nel senso di riportare, attraverso la “rilettura costituzionalmente orientata dell’art. 2059 c.c., come norma deputata alla tutela risarcitoria del danno non patrimoniale inteso nella sua più ampia accezione...il sistema della responsabilità aquiliana nell’ambito della bipolarità prevista dal vigente codice civile tra danno patrimoniale (art. 2043 c.c.) e danno non patrimoniale (art. 2059 c.c.)”; contrapponendosi, in questo modo, alla atipicità, caratteristica del danno patrimoniale, dato che quest’ultimo sussiste in presenza della lesione di qualsiasi interesse giuridicamente rilevante, la tipicità del danno non patrimoniale “perché tale danno è risarcibile solo nei casi determinati dalla legge e nei casi in cui sia cagionato da un evento di danno consistente nella lesione di specifici diritti inviolabili della persona umana”<sup>4</sup>.

Sarebbe all’evidenza un fuor d’opera, in questa sede, ripercorrere analiticamente i passaggi successivi della motivazione delle pronunce delle Sezioni Unite: dalla notazione secondo la quale “in ragione della ampia accezione del danno non patrimoniale, in presenza del reato è risarcibile non soltanto il danno non patrimoniale, conseguente alla

---

<sup>1</sup> Cfr. M. BARCELLONA, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2008, p. 51

<sup>2</sup> Sul punto, cfr., da ultimo, 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 *Contratto e Impresa*, 2009, pp. 588 ss. e, in particolare, pp. 593 ss.

<sup>3</sup> Così definiti al § 4.9. della motivazione della sentenza; d’ora in poi, nell’ambito del quartetto di sentenze, i riferimenti saranno alla n. 26972/08

<sup>4</sup> Questa è, com’è noto, la formulazione che si legge al § 2.8. della sentenza.

lesione di diritti costituzionalmente inviolabili..., ma anche quello conseguente alla lesione di interessi inerenti la persona non presidiati da siffatti diritti, ma meritevoli di tutela in base all'ordinamento"<sup>5</sup>, alla presa d'atto che "non può tuttavia ritenersi precluso al legislatore ampliare il catalogo dei casi determinati dalla legge ordinaria prevedendo la tutela risarcitoria non patrimoniale anche in relazione ad interessi inerenti la persona non aventi il rango costituzionale di diritti inviolabili, privilegiando taluno rispetto agli altri", fino all'accreditamento della soluzione secondo la quale "fuori dai casi determinati dalla legge è data tutela risarcitoria al danno non patrimoniale solo se sia accertata la lesione di un diritto inviolabile della persona", dovendo sussistere "una ingiustizia costituzionalmente qualificata".

Si tratta di un tentativo di ricostruzione del c.d. sistema bipolare, in materia di risarcimento del danno, che ha sollevato critiche in dottrina, sia sulla premessa che "l'art. 2059 c.c. non può avocare a sé un connotato di autonomia tale da elevarlo "sic et simpliciter a 'norma deputata alla tutela risarcitoria del danno non patrimoniale inteso nella sua più ampia accezione", postulando pur sempre, anche la tutela risarcitoria del danno non patrimoniale, la sussistenza di tutti gli elementi costitutivi della struttura dell'illecito civile, così come richiesti dall'art. 2043 c.c., sia per l'ambiguità insita nella configurazione di una norma a doppia soglia di ingiustizia"<sup>6</sup>.

Il modulo argomentativo delle Sezioni Unite poc'anzi evocato sembra precludere a esiti applicativi caratterizzati da un particolare rigore nella selezione dell'interesse della persona la cui lesione sia in grado di innescare il giudizio di ingiustizia costituzionalmente qualificata: ed in questo senso depone anche la scelta, che ha suscitato dubbi da parte di alcuni autori, anche sul piano della legittimità costituzionale, nel senso di escludere la configurabilità di un'ingiustizia costituzionalmente qualificata nel caso di lesione dei diritti tutelati dalla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, sulla premessa che a questi "non spetta il rango di diritti costituzionalmente protetti, poiché la Convenzione, pur essendo dotata di una natura che la distingue dagli obblighi nascenti da altri Trattati internazionali, non assume, in forza dell'art. 11 Cost., il rango di fonte costituzionale, né può essere parificata, a tali fini, all'efficacia del diritto comunitario nell'ordinamento interno"<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Precisa, sul punto, la Corte che "la tipicità, in questo caso, non è determinata soltanto dal rango dell'interesse protetto, ma in ragione della scelta del legislatore di dire risarcibili i danni non patrimoniali cagionati da reato. Scelta che comunque implica la considerazione dell'interesse leso, desumibile dalla predisposizione della tutela penale"

<sup>6</sup> Così F.D. BUSNELLI, *Le Sezioni Unite ed il danno non patrimoniale*, p. 4 del dattiloscritto presentato in occasione dell'incontro di studi del 25 marzo 2009 su 'La contestata esistenza del danno esistenziale', dove si osserva che, nell'ambito dell'art. 2059, si troverebbero "a convivere un criterio di ingiustizia costituzionalmente qualificata, riferibile alla lesione di 'specifici diritti inviolabili della persona' ed un criterio di 'ingiustizia generica secondo l'art. 2043 c.c., ritenuto operante nei 'casi determinati dalla legge'".

<sup>7</sup> Cfr., su questo passaggio della motivazione delle sentenze delle Sezioni Unite, ma con argomentazione forse un po' troppo sbrigativa, 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 *Contratto e Impresa*, 2009, pp. 277 ss., sulla base dell'argomento che la giurisprudenza della Corte Costituzionale ha statuito che "l'art. 117, co. 1° Cost. condiziona l'esercizio della potestà legislativa dello stato e delle regioni al rispetto degli obblighi internazionali, fra i quali rientrano quelli derivanti dalla convenzione europea dei diritti dell'uomo, le cui norme pertanto, così come interpretate dalla corte europea dei diritti dell'uomo, costituiscono fonte integratrice del parametro di costituzionalità introdotto dall'art. 117, co. 1° Cost. e la loro violazione da parte di una legge statale o regionale comporta che tale legge deve essere dichiarata illegittima dalla corte costituzionale". Tuttavia, in questo modo, l'A. non coglie che, secondo le Sezioni Unite, l'attributo di inviolabilità non discende immediatamente dal fatto che l'interesse della persona sia dotato di protezione costituzionale, e, dunque, dalla rilevanza costituzionale del

Va tuttavia notato subito che il carattere di tipicità che le sentenze delle Sezioni Unite intendono, in tal modo, assegnare al danno non patrimoniale può essere semmai descritto, per riprendere la formulazione da tempo proposta in dottrina in sede di esegesi della norma racchiusa nell'art. 2043 c.c., in termini di tipicità evolutiva. Infatti, così come all'interno del discorso sui requisiti di risarcibilità del danno patrimoniale, il danno ingiusto è stato definito come quello risultante dalla lesione di una situazione giuridica soggettiva previamente riconosciuta dall'ordinamento, allo stesso modo le ipotesi di danno non patrimoniale risarcibile sono in realtà affidate, secondo l'impostazione del problema accreditata dalle Sezioni Unite, "ad un processo evolutivo (poiché) deve ritenersi consentito all'interprete rinvenire nel complessivo sistema costituzionale indici che siano idonei a valutare se nuovi interessi emersi nella realtà sociale siano, non genericamente rilevanti per l'ordinamento, ma di rango costituzionale attenendo a posizioni inviolabili della persona umana<sup>8</sup>.

3. Il discorso rifluisce, a questo punto, e si tratta sicuramente di uno degli aspetti più controversi della materia, così come la stessa risulta delineata dalle sentenze delle Sezioni Unite, sui criteri attraverso i quali è possibile formulare il giudizio di inviolabilità del diritto, necessario affinché la lesione del medesimo possa attingere la soglia dell'ingiustizia del danno costituzionalmente qualificata, non essendo possibile ritenere che l'area dei diritti inviolabili coincida, e si esaurisca, con quelli espressamente definiti come tali dalla Carta Costituzionale<sup>9</sup>: e ciò sotto un duplice angolo visuale.

Da un lato, infatti, non è seriamente discutibile che vi siano diritti, riconosciuti dalla Costituzione, ma dalla stessa non qualificati espressamente con l'attributo dell'inviolabilità che debbano essere considerati invece tali, attenendo gli stessi all'essenza stessa della persona umana: come, ad esempio, e sulla base di un ordine espositivo dettato soltanto dall'esistenza, quanto alla prima delle situazioni che si rammenterà, di un ormai consolidato diritto vivente nel senso della risarcibilità del danno derivante dalla lesione del diritto, il diritto alla salute (art. 32), il diritto a professare liberamente la fede religiosa che si intenda scegliere (art. 19), il diritto a manifestare liberamente il proprio pensiero (art. 21).

Quest'ultimo esempio, e cioè quello del diritto a manifestare liberamente il proprio pensiero, consente anche di rendersi conto che il *test* di inviolabilità del diritto,

---

medesimo: come dimostra la qualificazione di non – inviolabile che le Sezioni Unite riservano alla libertà di circolazione, dato che l'art. 16 Cost. fa salve "le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o di sicurezza"; sul punto dei criteri attraverso i quali formulare il giudizio di inviolabilità si avrà modo di tornare *infra*.

<sup>8</sup> Così il § 2.14 della motivazione. In quest'ultimo ordine di idee, appare del tutto condivisibile l'affermazione secondo la quale "poiché è l'interprete che deve riconoscere quando vi è stata lesione di un diritto inviolabile e non lo si sa a priori, è chiaro che il meccanismo di riconoscimento della tutela, almeno in questi casi, cioè al di fuori della previsione espressa, è identico a quello che opera nell'art. 2043 c.c., l'unica differenza essendo che la platea di norme interessate per evidenziare una lesione verso cui v'è tutela è ristretta alle norme costituzionali che riconoscono diritti inviolabili. Ed anzi avendo le SS.UU. sottolineato che il catalogo di diritti inviolabili è soggetto al 'fluire del tempo' ed al manifestarsi nel corso di esso di un diverso sentire sociale, il tratto di atipicità nel senso effettivamente affermato dalle SS.UU. a proposito dell'art. 2043 c.c. appare ancora più marcato": così U. FRASCA, *Spigolature su taluni interrogativi e su qualche questione che pone l'applicazione del quartetto di sentenze rese dalle SS.UU. sul danno esistenziale nel novembre del 2008*, p. 2 del dattiloscritto presentato in occasione dell'incontro di studi su 'La contestata esistenza del danno esistenziale'.

<sup>9</sup> Sono tali, ad esempio, e com'è noto, la libertà personale (art. 13), il domicilio (art. 14), la libertà e la segretezza della corrispondenza (art. 15)

che le stesse Sezioni Unite sembrano suggerire (e cioè la possibilità, contemplata dalla stessa norma costituzionale, di limitazioni all'esercizio dello stesso, dettate, come accade nel caso del diritto di libera circolazione, da motivi di sanità o di sicurezza), non sempre conduce a risultati pienamente attendibili; infatti, pure in presenza della previsione di limiti eccezionali e del tutto temporanei che possono essere frapposti all'esercizio del diritto di manifestare liberamente il pensiero (come accade nell'ipotesi dell'art. 21, 4° co. Cost., in caso di sequestro della stampa periodica ad opera di ufficiali di polizia giudiziaria), non sembra sostenibile, dal punto di vista sistematico, che il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero sia privo dell'attributo della inviolabilità.

Si tratta, dunque, di individuare un criterio normativo attraverso il quale operare il giudizio circa l'esistenza, nei casi concreti di un'ipotesi di ingiustizia costituzionalmente qualificata, nel senso attribuito a tale formula dalle Sezioni Unite: e deve trattarsi di un criterio normativo necessariamente elastico, in presenza della norma dell'art. 2 Cost., che modella come un *genus* aperto i diritti inviolabili della persona, come del resto ritenuto dalle stesse sentenze delle Sezioni Unite.

In questa ricerca, il dato normativo costituzionale ci può offrire una prima, anche se non esaustiva, indicazione, laddove dallo stesso, secondo una lettura che può ritenersi ormai da tempo consolidata, emerge chiara la scelta nel senso della centralità del valore della persona umana<sup>10</sup>; ma tale scelta assiologica della Costituzione italiana deve essere ora ulteriormente meditata alla luce del contenuto della Carta Europea dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, la quale, com'è noto, e sulla base dell'art. 6 del Trattato istitutivo dell'Unione europea, così come modificato dall'art. 1 del Trattato di Lisbona, ha ormai "lo stesso valore giuridico dei trattati" e, dunque, si inserisce, nel disegno delle fonti del diritto, superate ormai le incertezze sul suo statuto normativo che ne avevano seguito l'originaria adozione, nel 2000, su un piano di equiordinazione con la Costituzione del 1948

Il titolo I della Carta ("Dignità") si apre, all'art. 1, con l'enunciazione secondo la quale "la dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata", cui fanno seguito, inseriti all'interno del medesimo titolo, gli articoli 2 – 5, che riconoscono il diritto alla vita (art. 2) ed il diritto all'integrità fisica e psichica della persona (art. 3), sancendo, poi, la proibizione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (art. 4) nonché la proibizione della schiavitù e del lavoro forzato (art. 5).

---

<sup>10</sup> Cfr., in particolare, C. CASTRONOVO, "Danno biologico" senza miti, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, pp. 3 ss. e, più di recente, ID., *Danno biologico – Un itinerario di diritto giurisprudenziale*, Milano, 1998, pp. 1 ss., per la inequivoca affermazione della persona come il nucleo cui convergono tutti gli altri ambiti di disciplina della Carta fondamentale. Nel quadro di una rigorosa individuazione dei modi attraverso cui il valore della persona è oggetto di qualificazione giuridica da parte dell'ordinamento, si veda anche D. MESSINETTI, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, pp. 361 ss. In una prospettiva più generale, l'affermazione della centralità della persona umana nel vigente ordinamento costituzionale è particolarmente chiara già nei notissimi, ed ormai risalenti, contributi di P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli s.d. (ma 1972), pp. 12 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984, pp. 77 ss., pp. 347 ss. (anche per il rilievo della inadeguatezza di una tutela giuridica della persona umana che si esaurisce nel profilo strettamente privatistico del risarcimento del danno). Si veda, poi, L. MENGONI, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, (in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, pp. 1117 ss. nonché in *Diritto e valori*, cit., pp. 133 ss.

L'assetto normativo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea induce, pertanto, a formulare la conclusione secondo la quale debbono considerarsi inviolabili tutti i diritti della persona che attengono al nucleo essenziale della sua dignità: e qui l'elaborazione giurisprudenziale della Suprema Corte successiva alle Sezioni Unite ci mostra, come vedremo più ampiamente tra breve, esempi suggestivi di moduli argomentativi che muovono dalla qualificazione come diritto inviolabile della dignità umana, laddove si tratti, in particolare, di procedere al risarcimento del danno morale: ed invero quest'ultimo, come si accennava da principio e secondo quanto si avrà modo di vedere più ampiamente tra breve, sembra davvero assumere un ruolo di primo piano nel disegnare la 'complessità' del danno non patrimoniale<sup>11</sup>.

Si può, dunque, riconoscere che, nel disegno di tipicità evolutiva che le Sezioni Unite intendevano modellare quanto all'area di risarcibilità del danno non patrimoniale, la categoria dei diritti inviolabili poteva in effetti giocare un ruolo significativo quale criterio di selezione del danno non patrimoniale risarcibile, circoscrivendo l'ambito di estensione dei casi di risarcibilità di quest'ultimo alle ipotesi in cui il risarcimento fosse davvero necessario al fine di tutelare la dignità della persona.

Le prime pronunce immediatamente successive alle Sezioni Unite hanno in effetti utilizzato il predetto criterio: così, in presenza di una domanda risarcitoria relativa ad un illecito di pubblicità ingannevole, l'accertamento circa la configurabilità, o meno, di un diritto inviolabile del consumatore alla libera determinazione intorno ad una scelta ed all'uso del prodotto (art. 21, co. 2 cod. cons.), ha assunto un rilievo centrale nell'economia della motivazione<sup>12</sup>.

Occorre tuttavia dare atto che, nella elaborazione giurisprudenziale recentissima della Suprema Corte, il parametro del diritto inviolabile sembra scolorare, rifluendo sovente e semplicemente nell'accertamento circa la configurabilità della lesione di un diritto fondamentale della persona costituzionalmente garantito.

Così, ad esempio, in una pronuncia in materia di danno non patrimoniale derivante, secondo la tesi della vittima, da immissioni intollerabili ed illecite, la motivazione della sentenza risulta impostata in termini di lesione non di un diritto inviolabile della persona, bensì di un diritto fondamentale costituzionalmente garantito, escludendo la pronuncia che tale potesse considerarsi il diritto alla tranquillità domestica<sup>13</sup>.

Analogamente, in un'altra assai recente decisione, che ha risarcito il danno morale, in presenza di un'ipotesi di fatto di gravi lesioni subite da una persona di cittadinanza extracomunitaria, cui – nel processo di merito – era stato riconosciuto il danno biologico, ma non il danno morale, si discorre in termini di risarcimento del danno non patrimoniale configurabile come risvolto della lesione del diritto alla salute, riguardato come diritto fondamentale<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> Si intende alludere, in particolare, a Cass., sez. III civ., 12 dicembre 2008 n. 29191.

<sup>12</sup> Il riferimento è a Cass. S.U. 15 gennaio 2009 n. 794.

<sup>13</sup> Così Cass. sez. II, 8 marzo 2010, n. 5564.

<sup>14</sup> Questa è la massima, ancora non ufficiale, di Cass., sez. III, 24 febbraio 2010 n. 4484: se ben si comprende dalla massima il contenuto dell'ipotesi di fatto cui aveva riguardo la decisione – diniego del risarcimento del danno morale in favore della persona extracomunitaria vittima di una lesione della salute – si sarebbe trattato in effetti di un'ipotesi nella quale particolarmente pertinente poteva essere l'argomentazione in termini di inviolabilità del diritto, perché attinente all'essenza stessa della dignità della persona.

Moduli argomentativi analoghi si rinvencono anche in una sentenza, del pari assai recente, nel contesto della soluzione del problema della risarcibilità del danno non patrimoniale in caso di concorso di colpa del danneggiato: ed infatti la risarcibilità dei danni non patrimoniali anche in tale ipotesi viene affermata “ove l’illecito rivesta oggettivamente gli estremi del reato, o, comunque comporti la lesione di valori della persona costituzionalmente protetti, o configuri altra fattispecie di risarcibilità prevista dalla legge, ai sensi dell’art. 2059 c.c.”, potendo, invece, il concorso di colpa rilevare ai soli fini della liquidazione<sup>15</sup>.

V’è da domandarsi, certo, se la mancata utilizzazione, del modulo argomentativo che ha riguardo alla individuazione di diritti inviolabili sia frutto semplicemente, e per così dire, di un’abitudine terminologica, tale da ricollegarsi al ben noto indirizzo accreditato dalle sentenze c.d. gemelle del 2003<sup>16</sup> ovvero discenda dal fatto che, quanto meno nel caso di lesione del diritto alla salute, l’inviolabilità del medesimo risulti, per così dire, auto - evidente e, dunque, non bisognosa di ulteriori sostegni argomentativi; mentre il criterio valutativo che si basa sulla possibilità di individuare, o meno, nel caso di specie, la lesione di un diritto inviolabile è destinato a rilevare soprattutto ove si tratti di scrutinare situazioni giuridiche soggettive nuove e non ancora definitivamente accreditate nel senso della loro idoneità ad innescare, se lese, la tutela risarcitoria.

Vedremo tuttavia, con riferimento al tema della risarcibilità del danno non patrimoniale contrattuale o, più propriamente, da inadempimento di un’obbligazione preesistente che effettivamente la tecnica argomentativa imperniata sulla individuazione di un diritto inviolabile appare largamente recessiva, ove pure venga formalmente utilizzata, come attesta una pronuncia della Suprema Corte anch’essa successiva alle Sezioni Unite e che assume un particolare interesse, perché riferita ad un’ipotesi di obbligazione di fonte contrattuale a fronte della quale non poteva certo ravvisarsi la lesione di un diritto fondamentale della persona<sup>17</sup>.

La conclusione che si impone su questo primo snodo fondamentale dello sforzo argomentativo delle Sezioni Unite, finalizzato alla costruzione di un sistema del danno non patrimoniale, può essere, allora, sintetizzata in questi termini: le motivazioni delle sentenze utilizzano raramente questo criterio argomentativo, che pure costituiva un caposaldo del discorso imperniato sulla ingiustizia costituzionalmente qualificata, richiesta per dare ingresso al risarcimento del danno non patrimoniale; ed anche quando lo utilizzano si tratta di ipotesi abbastanza chiare di divaricazione tra *ratio decidendi* e massima, nel senso che l’evocazione della sussistenza, nel caso di specie, di un diritto

---

<sup>15</sup> Così Cass., sez. III, 10 novembre 2009 n. 23734, in corso di pubblicazione in *I Contratti*, 2010, con nota di M. PIROVANO; semplicemente alla lesione di interessi costituzionalmente protetti fa riferimento anche Cass. 17 dicembre 2009 n. 26516.

<sup>16</sup> Il riferimento è, ovviamente, alle sentenze della Corte di Cassazione 31 maggio 2003 nn. 8827 e 8828, pubblicate, tra gli altri luoghi, in *Foro It.*, 2003, I, 2272 ss, con nota di E. NAVARRETTA, *Danni non patrimoniali: il dogma infranto e il nuovo diritto vivente*, e si veda ovviamente anche la sentenza della Corte Costituzionale 11 luglio 2003 n. 233, in *Foro It.*, 2003, I; 2201 ss., con nota di E. NAVARRETTA, *La Corte Costituzionale e il danno alla persona ‘in fieri’*

<sup>17</sup> Il riferimento è a Cass. sez. II civ., 15 ottobre 2009 n. 21925, in *I Contratti*, 2010, pp. 479 ss., con nota di G. CRICENTI la quale ha cassato la sentenza di merito che aveva negato la risarcibilità del danno non patrimoniale derivante dalla violazione del dovere di informazione del mediatore, che aveva vanificato la possibilità di acquistare un bene immobile; è singolare notare che la sentenza evochi il modello argomentativo del diritto inviolabile, pur prescindendo completamente dallo specificare quale fosse, nel caso di specie, il diritto inviolabile violato.

inviolabile, rappresenta solo il rivestimento di una decisione che rinviene altrove il proprio reale fondamento.

4. Il secondo momento qualificante della costruzione del sistema del danno non patrimoniale delineato dalle Sezioni Unite dell'11 novembre 2008 è costituito, com'è noto, dalla affermazione secondo la quale “la gravità dell'offesa costituisce requisito ulteriore per l'ammissione a risarcimento dei danni non patrimoniali alla persona conseguenti alla lesione di diritti costituzionali inviolabili”, nel senso che “il diritto deve essere inciso oltre una soglia minima cagionando un pregiudizio serio” e “la lesione deve eccedere una certa soglia di offensività, rendendo il pregiudizio tanto serio da essere meritevole di tutela in un sistema che impone un grado minimo di tolleranza”. In particolare, “il filtro della gravità della lesione e della serietà del danno attua il bilanciamento tra il principio di solidarietà verso la vittima e quello di tolleranza, con la conseguenza che il risarcimento del danno non patrimoniale è dovuto solo nel caso in cui sia superato il livello di tollerabilità ed il pregiudizio non sia futile”, restando rimesso l'accertamento di entrambi i requisiti al parametro costituito dalla coscienza sociale in un dato momento storico<sup>18</sup>.

Si tratta di enunciazioni che hanno suscitato, in dottrina, atteggiamenti radicalmente contrastanti: dalla piena condivisione da parte di autori che, del resto, le avevano in sostanza ispirate<sup>19</sup>, alla sottoscrizione dell'idea sottesa alla regola, pur con qualche precisazione critica in ordine all'apparato argomentativo che avrebbe dovuto sostenerla ovvero alle conclusioni da essa suscettibili di essere tratte<sup>20</sup> fino all'affermazione che l'introduzione del superamento del limite della tolleranza, quale ulteriore presupposto di risarcibilità del danno non patrimoniale, determinando un'irragionevole disparità di trattamento tra il risarcimento del danno non patrimoniale e quello del danno patrimoniale esporrebbe la soluzione accreditata dalle Sezioni Unite ad un dubbio di illegittimità costituzionale<sup>21</sup>.

In effetti, sono la stessa considerazione della funzione dell'istituto aquiliano (tanto più) quando vengano in considerazione danni non patrimoniali, e la ricognizione degli sviluppi del diritto privato europeo della responsabilità civile, a permettere di confermare che la regola della irrisarcibilità del danno non serio costituisce un reale guadagno sistematico ed applicativo, ma che la stessa ha probabilmente bisogno di essere argomentata in modo più articolato e precisata in alcuni dei suoi aspetti applicativi.

Così, e sul versante di quello che poc'anzi definivamo il diritto privato europeo della responsabilità civile, sia la ricognizione dei modelli di regolamentazione uniforme della materia, che si sono succeduti negli ultimi anni, sia gli spunti che emergono da

---

<sup>18</sup> I brani riportati nel testo si rinvengono al § 3.11 della motivazione della sentenza

<sup>19</sup> Il riferimento è, in particolare, a E. NAVARRETTA, *Il danno alla persona fra solidarietà e tolleranza*, in *Resp.civ.*, 2001, pp. 801 ss.; EAD., *Art. 2059 c.c. e valori costituzionali: dal limite del reato alla soglia della tolleranza*, in *Danno e resp.*, 2002., pp. 872 ss. nonché, in sede di commento alle sentenze delle Sezioni Unite, EAD., *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali*, in *Foro It.*, 2009, cc. 139 ss.

<sup>20</sup> Così. S. MAZZAMUTO, *Il rapporto tra gli art. 2059 e 2043 c.c. ecc.*, cit., p. 593; ci si permetta il rinvio, in questa prospettiva, anche al nostro *Il sistema del danno non patrimoniale dopo le decisioni delle Sezioni Unite*, in AA.VV., *Il danno non patrimoniale. Guida commentata alle decisioni delle S.U. 11 novembre 2008 nn. 26972/3/4/5*, Milano, 2009, pp. 460 ss.

<sup>21</sup> Cfr. P. ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale: istruzioni per l'uso*, in *Resp.civ. e prev.*, 2009, p. 98; A. RICCIO, *Verso l'atipicità del danno non patrimoniale*, cit., p. 282.

soluzioni normative recentemente accreditate depongono nel senso della piena condivisibilità della regola risarcitoria della soglia di tolleranza. Infatti, se – all’interno dei *Principles of European Tort Law*, a cura dell’*European Group on Tort Law* - “la gravità, la durata e le conseguenze del torto” entrano in gioco (solo) quali criteri di valutazione del danno non patrimoniale, esplicita, nell’ambito del *Draft Common Frame of Reference* si trova esplicitata, e generalizzata, a questo punto, anche all’area del danno patrimoniale, la c.d. *de minimis rule*, secondo la quale (VI – 6.102) “*Trivial damage is to be disregarded*”: e la generalizzazione della regola anche all’ambito del danno patrimoniale sarebbe, ovviamente, di per sé sufficiente a sgombrare il campo da ogni perplessità di disarmonia, o addirittura irragionevolezza rilevante sul piano del giudizio di legittimità costituzionale, tra il trattamento del danno patrimoniale e quello del danno non patrimoniale.

Dal canto suo, all’interno del sistema del BGB, così come modificato dallo *Zweites Gesetz zur Aenderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften* del 19 luglio del 2002 la regola della riparazione integrale o *Totalreparation*, con la previsione, affidata al § 253 BGB, e non più limitata all’area della responsabilità aquiliana, di una *billige Entschädigung in Geld*: un equo indennizzo in denaro, dunque, e cioè un concetto all’interno del quale il riferimento all’equità può essere utilizzato, tra l’altro, nella concretizzazione giudiziale, proprio per respingere le domande risarcitorie bagattellari, pur essendo venuta meno, nella formulazione definitiva della disposizione, la previsione del terzo comma della stessa, che introduceva esplicitamente il limite della *Bagatellschwelle*<sup>22</sup>.

Dal punto di vista funzionale e sistematico, poi, la regola della irrisarcibilità del danno non serio rappresenta finalmente un punto di emersione della consapevolezza dei limiti dell’istituto aquiliano: nel senso che quest’ultimo, pur nella duttilità delle regole che lo caratterizzano, almeno nel nostro sistema normativo, non può vedersi attribuita l’idoneità a seguire, offrendogli tutela attraverso la modalità della condanna risarcitoria, ogni situazione di interesse giuridicamente rilevante, che si delinei nell’esperienza, dovendo invece scontare l’esistenza di un’area di pregiudizi destinati a rimanere affidati alla complessità sociale<sup>23</sup>. E la conclusione nel senso che tale idoneità non gli possa essere attribuita si ricollega già all’esigenza di evitare quella che, da tempo, è stata efficacemente descritta come una crisi da eccesso di *inputs*, o di domande, dell’istituto della responsabilità civile, al quale non può essere seriamente affidata una complessiva e pervasiva funzione di ‘governo’ della realtà economico – sociale.

Nel settore specifico del danno non patrimoniale, la regola che limita l’area del danno risarcibile a quello ‘serio’ appare, poi, tanto più giustificata, poiché, quando si tratti di assegnare riconoscimento pieno al valore della persona, appare se non altro contraddittoria l’operazione ermeneutica di chi, a tal fine, si affidi esclusivamente al rimedio risarcitorio: quest’ultimo, infatti, ontologicamente appare sfasato rispetto alla tutela di beni che, proprio per non disattendere la premessa assiologica della non –

---

<sup>22</sup> Si veda, sul punto, G. GRISI, *Il danno (di tipo) esistenziale e la ‘nomofilachia creativa’ delle Sezioni Unite*, in *Europa dir. priv.*, 2009, pp. 426 s. nota 111

<sup>23</sup> Così, da ultimo, S. MAZZAMUTO, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. ecc.*, cit. p. 593. Fondamentali, naturalmente, in quest’opera di delimitazione del “non risarcibile aquiliano”, i contributi di C. CASTRONOVO, tra i quali cfr., in questa prospettiva, ed in particolare, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Europa. Dir. priv.*, 2008., pp. 315 ss.

patrimonialità essenziale di ciò che attiene alla persona, si vorrebbe mantenere al di fuori del circuito di valutazione proprio dell'economia di mercato<sup>24</sup>.

La regola della irrilevanza del danno non serio può, dunque, essere condivisa, ed anzi, in prospettiva, generalizzata, seguendo lo schema della sopra menzionata *de minimis rule*, sulla base della considerazione che, se l'istituto della responsabilità civile è funzionale alla riallocazione di perdite, che si tratti di perdite di utilità patrimoniali o di utilità personali di vita, queste debbono poter essere apprezzate come tali secondo un metro di valutazione dotato di un grado apprezzabile di oggettività, normativa e sociale: diversamente, il diritto cesserebbe di espletare la funzione relazionale che gli è propria, refluendo, invece, nell'ambito di una idiosincratica soggettività.

Il riferimento alla necessaria valutazione della perdita secondo un grado apprezzabile di oggettività consente anche di negare uno degli esiti applicativi dei principi enunciati dalle Sezioni Unite, che è apparso per lo più inaccettabile ai commentatori delle medesime: e cioè quello secondo il quale la costruzione di un doppio meccanismo di sbarramento, la “coppia gravità della lesione dell'interesse personale – serietà del conseguente pregiudizio” sarebbe tale da “condurre all'ammissibilità del *vulnus* al diritto inviolabile ogni qualvolta la lesione dell'interesse sia grave (e dunque venga integrata l'ingiustizia) e di contro il pregiudizio che ne discende si mantenga lieve”<sup>25</sup>. Infatti, proprio perché l'inviolabilità del diritto assicura, comunque, l'oggettività normativa e sociale della perdita che dalla lesione del medesimo discenda, si potrà dare ingresso al risarcimento del danno non patrimoniale anche laddove lo stesso risulti di lieve entità. Non appare, del resto, casuale, in questa prospettiva, che una delle pochissime sentenze successive alle Sezioni Unite, la cui motivazione evoca specificamente il presupposto che “la lesione sia grave (e, cioè, superi la soglia minima di tollerabilità, imposta dai doveri di solidarietà sociale) e che il danno non sia futile (vale a dire che non consista in meri disagi o fastidi o sia addirittura meramente immaginario)” possa risolvere, poi, la questione senz'altro sulla premessa dell'assenza di un'ingiustizia costituzionalmente qualificata, trattandosi, in quel caso, di “sconvolgimenti della quotidianità ‘consistenti in disagi, fastidi, disappunti, ansie ed in ogni altro stato di insoddisfazione’ ritenuti non meritevoli di tutela risarcitoria”<sup>26</sup>.

Anche sul punto, dunque, il tentativo delle Sezioni Unite di costruire un nuovo sistema del danno non patrimoniale del Terzo millennio appare riuscito solo in parte: la negazione della risarcibilità del danno non serio risulta invero regola condivisibile, ma suscettibile di costituire, più che una caratteristica specifica del sistema del danno non

---

<sup>24</sup> Sul punto, segnalava già questa contraddizione D. MESSINETTI, *Danno giuridico*, in *Enc. Dir. – Agg. I*, Milano, 1997, p. 477, sottolineando che il risarcimento del danno non patrimoniale implica una deviazione dalla funzione risarcitoria; si veda anche, da ultimo, S. MAZZAMUTO, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. ecc. cit.*, p. 593.

<sup>25</sup> Così S. MAZZAMUTO, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. ecc. cit.*, p. 600; G. PONZANELLI, Sezioni Unite: il nuovo statuto del danno non patrimoniale, in *Foro it.*, 2009, I, c. 137, il quale correttamente osserva che “i diritti inviolabili, se sono tali, devono essere sempre risarciti (anche con un piccolo risarcimento nel caso si trattasse di un danno non serio). La serietà del danno e la gravità dell'offesa devono operare come criteri di risarcimento del danno: non già, invece, quali metri di selezione dei danni non patrimoniali”. Questa precisazione, in attesa dell'eventuale introduzione anche nel nostro ordinamento della *de minimis rule*, consente anche di superare i dubbi di irrazionalità, se non di illegittimità costituzionale, che deriverebbero dall'ammissione al risarcimento del danno di minima entità derivante, ad esempio, dalla lesione del diritto di proprietà e dalla negazione, invece, della tutela risarcitoria per il danno non patrimoniale da lesione di un diritto inviolabile che risulti di minima consistenza.

<sup>26</sup> Così Cass., sez. III civ., 9 aprile 2009 n. 8703.

patrimoniale, una enunciazione suscettibile di applicazione generalizzata all'intero sistema aquiliano.

Né va trascurato, per volgersi ad un aspetto più squisitamente applicativo, che la finalità deflattiva, perseguita dalle Sezioni Unite con riferimento alle liti bagattellari, dove più chiaro si era delineato il fenomeno della proliferazione della categoria del danno esistenziale, potrebbe anche essere vanificata, ove si accreditasse l'enunciazione, fatta propria da una recentissima pronuncia, secondo la quale “nel giudizio di equità del giudice di pace, venendo in rilievo l'equità c.d. formativa o sostitutiva della norma di diritto sostanziale, non opera la limitazione del risarcimento del danno non patrimoniale ai soli casi determinati dalla legge, fissata dall'art. 2059 c.c., sia pure nell'interpretazione costituzionalmente corretta di tale disposizione”, con l'ulteriore corollario secondo il quale, e sia pure nell'ambito del solo giudizio di equità del giudice di pace, quest'ultimo potrebbe disporre il risarcimento del danno non patrimoniale anche al di fuori dei casi determinati dalla legge e di quelli attinenti alla lesione dei valori della persona umana costituzionalmente protetti<sup>27</sup>.

5. L'affermazione di risarcibilità del danno non patrimoniale contrattuale, o del danno non patrimoniale da inadempimento di un'obbligazione preesistente<sup>28</sup>, formulata sulla premessa che “dal principio del necessario riconoscimento, per i diritti inviolabili della persona, della minima tutela costituita dal risarcimento, consegue che la lesione dei diritti inviolabili della persona che abbia determinato un danno non patrimoniale comporta l'obbligo di risarcire tale danno, quale che sia la fonte della responsabilità, contrattuale o extracontrattuale” costituisce, senza dubbio, un altro dei pilastri su cui si fonda il sistema del danno non patrimoniale che le Sezioni Unite della Suprema Corte hanno tentato di tratteggiare: e non è certamente quello di minore interesse, ove si consideri che, in tal modo, ed in piena assonanza con le linee di evoluzione del diritto privato europeo in materia, si ridà finalmente spazio ad un tema che era rimasto, fino a pochi anni or sono, ingiustificatamente ai margini della riflessione dottrinale e dell'elaborazione giurisprudenziale.

Si è fatto subito cenno delle linee evolutive del diritto privato europeo, poiché è in quell'ambito che ha trovato più chiaramente espressione l'affermazione della risarcibilità del danno non patrimoniale contrattuale.

Infatti, la soluzione ammissiva della risarcibilità del danno non patrimoniale - già enunciata senz'altro nell'articolo 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 esplicitazione 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>29</sup>: e si tratta di una soluzione che

---

<sup>27</sup> Cfr. Cass., sez. III civ. 25 febbraio 2009 n. 4493, peraltro con riferimento ad un'ipotesi da qualificarsi in realtà in termini di responsabilità da inadempimento di un'obbligazione di fonte contrattuale.

<sup>28</sup> Si deve subito anticipare che, nell'area di problemi dei quali qui ci occupiamo, la distinzione tra responsabilità contrattuale e responsabilità da inadempimento di un'obbligazione preesistente assume un rilievo particolare.

<sup>29</sup> Cfr. la edizione italiana dei *Principi di diritto europeo dei contratti* a cura di C. Castronovo, Milano, 2001, p. 490.

compone, riconducendole ad unità regole estremamente diversificate, accreditate nelle differenti esperienze giuridiche nazionali.

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 III - 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*”.

Nell'ambito di regole già positivamente sancite in altri ordinamenti giuridici, deve, poi, essere menzionato il § 253 BGB, che ha generalizzato, sia pure entro i ben noti limiti che incontra, all'interno del sistema tedesco, la *billige Entschädigung* del danno non patrimoniale, la rilevanza dello stesso pure in contesti di responsabilità contrattuale.

Al contrario, una ricognizione della dottrina italiana degli ultimi decenni, ed anche di quella che - sul piano della responsabilità aquiliana - più sensibile si mostrava all'esigenza di assicurare una tutela risarcitoria forte agli interessi della persona insuscettibili di una valutazione immediata in danaro, rende evidente un atteggiamento di grande cautela della medesima nei confronti del problema della risarcibilità del danno non patrimoniale contrattuale.

Si afferma così senz'altro da un Autore che, al di fuori della lesione dei diritti fondamentali (e delle rare ipotesi di inadempimenti - reati) il danno non patrimoniale contrattuale è giuridicamente irrilevante<sup>30</sup>; mentre, da un altro Autore, il problema della risarcibilità del danno non patrimoniale contrattuale viene affrontato esclusivamente nel contesto di un discorso sulla c.d. contrattualizzazione dei danni alla persona<sup>31</sup> e quindi nell'ambito della riflessione sulla linea di confine o sul concorso tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.

Sono rimaste così, a lungo, prive di seguito le considerazioni, pure acutamente proposte da una parte della dottrina, la quale - dopo avere dimostrato l'insensibilità rispetto al problema della risarcibilità del danno non patrimoniale contrattuale della disposizione dell'art. 2059 c.c. - aveva sottolineato come, di per sé, il termine “perdita”, contenuto nell'art. 1223 c.c., si presta a ricomprendere la privazione di qualsiasi cosa o vantaggio e quindi tanto di un bene suscettibile di essere valutato “*pecuniariamente in via oggettiva quanto di un bene che sfugge invece a tale caratteristica, in quanto non del mondo economico*”<sup>32</sup>; così come non vengono valorizzati gli spunti di chi aveva segnalato come in realtà già la norma che ammetteva il carattere non patrimoniale dell'interesse creditorio fosse

---

<sup>30</sup> Così C. M. BIANCA, *Diritto civile V. La responsabilità*, Milano, 1994, p. 171: l'accenno alla risarcibilità del danno non patrimoniale in caso di lesione di diritti fondamentali potrebbe indurre a ritenere che l'Autore citato si collochi lungo la linea di sviluppo che ha poi condotto all'elaborazione della categoria del danno esistenziale, ma pare sottesa all'impostazione ora in esame un'accezione più rigorosa dell'ambito dei “diritti fondamentali” idonei, se lesi attraverso l'inadempimento di un'obbligazione di fonte contrattuale, al risarcimento del danno. Si è già accennato, e lo si vedrà meglio tra breve, che anche la soluzione offerta al problema nell'ambito della recentissima giurisprudenza delle Sezioni Unite, laddove quest'ultima sembra circoscrivere l'area di risarcibilità del danno non patrimoniale contrattuale a quello arrecato con lesione di diritti inviolabili della persona, costituzionalmente garantiti, non risulta in effetti condivisibile.

<sup>31</sup> Cfr. U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, Milano, 1991, p. 673.

<sup>32</sup> Cfr. G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, p. 232.

sufficiente a giustificare la rilevanza e la risarcibilità dei danni non patrimoniali contrattuali<sup>33</sup>.

Da ultimo, tuttavia, in significativa assonanza di sviluppo con gli esiti della elaborazione giurisprudenziale, sfociati nelle ormai più volte menzionate sentenze delle Sezioni Unite, è dato riscontrare un'attenzione accentuata, da parte della riflessione scientifica in materia, sui temi del danno non patrimoniale contrattuale.

Si è così osservato, sulla premessa che la disposizione dell'art. 1223 c.c. possa avere riguardo a "qualunque perdita o mancato guadagno anche ove non patrimoniali" che "l'obbligo di risarcire integralmente il danno (unitariamente inteso) subito dalla vittima dell'inadempimento contrattuale non può essere inteso quale eccezione ad un principio (risarcibilità dei soli danni patrimoniali) discendendo invece direttamente dall'art. 1223 c.c.", dovendo, poi, escludersi ogni dubbio ricollegato ad un'ipotetica imprevedibilità del danno non patrimoniale, dato che "sin dal momento delle trattative...le Persone definiscono le potenze che il contratto dovrebbe attualizzare nel suo evolversi fisiologico"<sup>34</sup>.

In un differente ordine di idee, e nel solco di spunti ricostruttivi che chi scrive aveva ritenuto di proporre ormai qualche anno addietro, si è osservato che "l'individuazione dell'ambito di risarcimento dei danni non patrimoniali rimanga, per un verso, un problema di corretta interpretazione del titolo circa la delimitazione degli obblighi gravanti sulle parti (e, in particolare, sul debitore) e, per altro verso, un problema di prevedibilità del danno al tempo in cui è sorta l'obbligazione *ex* art. 1225 c.c.", sottolineandosi anche che "l'art. 1174 c.c. riveste un ruolo fondamentale nella materia del risarcimento del danno non patrimoniale da inadempimento", poiché "questa disposizione, ammettendo che l'obbligazione possa corrispondere anche ad un interesse non patrimoniale, fornisce...un argomento determinante a favore della risarcibilità del danno *de quo*"<sup>35</sup>.

La stessa elaborazione giurisprudenziale - stando almeno al modo in cui essa era stata letta ed interpretata dalla dottrina più risalente (e vedremo che si tratta di una lettura quanto meno parziale) - non sembrava offrire, almeno fino ad anni recenti, e prima del già più volte menzionato quartetto di sentenze delle Sezioni Unite, originato dal contrasto di giurisprudenza verificatosi sulla categoria del danno esistenziale, spunti di particolare interesse<sup>36</sup>, almeno quanto a varietà di ipotesi disciplinate: tanto che l'attenzione si era concentrata, negli ultimi anni<sup>37</sup>, sulla tematica del danno da vacanza rovinata (nel solco delle previsioni degli artt. 14 e 15 del decr. lgs. 17 marzo 1995 n. 111, di attuazione della direttiva n. 90/314 concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti 'tutto

---

<sup>33</sup> Cfr. M. COSTANZA, *Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 127 e si vedano anche le considerazioni di B. GRASSO, *Il danno contrattuale non patrimoniale*. Intervento al Convegno di Catania su *Le nuove figure di danno risarcibile*, in *Atti del Convegno*, 1995.

<sup>34</sup> Si tratta degli svolgimenti della tesi di F. TASCIONE, *Il danno non patrimoniale da contratto*, Napoli, 2008, in particolare, pp. 252 ss.

<sup>35</sup> Cfr. V. TOMARCHIO, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Napoli, 2009, p. 95

<sup>36</sup> Si veda, comunque, l'ampia rassegna di C. AMATO, *Il 'nuovo' danno non patrimoniale*, a cura di G. PONZANELLI, Padova, 2004, 141 ss.

<sup>37</sup> Vedi anche la rassegna di giurisprudenza di P. PETRELLI, *Il danno non patrimoniale*, Padova, 1997, pp. 302 ss., nella quale si individuano essenzialmente - accanto alle ipotesi delle quali si dirà *infra* nel testo - precedenti nei quali il danno non patrimoniale da risarcire era un danno discendente dalla lesione dell'integrità psico - fisica.

compreso' ed ora dell'art. 93 del codice del consumo)<sup>38</sup> ovvero su qualche ipotesi marginale dell'esperienza forse più idonea ad innescare un sorriso che non a dare vita ad una riflessione approfondita sul danno non patrimoniale contrattuale (si pensi, ad esempio, al caso del danno da servizio cinematografico della cerimonia nuziale mal eseguito e come tale insuscettibile di fruizione da parte dei protagonisti della cerimonia medesima)<sup>39</sup>.

Un discorso diverso sembrava potersi fare soltanto per l'area della responsabilità del datore di lavoro derivante dalla violazione dell'obbligo di protezione della personalità morale e dell'integrità fisica del prestatore, sancito dall'art. 2087 c.c.

E' proprio in quest'ultima area, infatti, che, nell'ambito della nostra esperienza, la giurisprudenza è sovente pervenuta di fatto - anche se non sempre in maniera consapevole - all'affermazione di risarcibilità del danno non patrimoniale contrattuale, muovendo proprio dalla disposizione normativa appena menzionata<sup>40</sup>.

Esemplare, in quest'ultima prospettiva, è l'ormai risalente orientamento della Corte di Cassazione, laddove quest'ultima - in relazione ad un'ipotesi di demansionamento del lavoratore (e cioè di sottrazione allo stesso di mansioni proprie della sua qualifica di appartenenza, in violazione del precetto normativo desumibile dall'art. 2103 c.c.) - aveva osservato che quest'ultimo "costituisce lesione del diritto fondamentale alla libera esplicazione della personalità del lavoratore nel luogo di lavoro, con la conseguenza che il pregiudizio conseguente incide sulla vita professionale e di relazione dell'interessato"<sup>41</sup>: ancorché la motivazione della sentenza faccia riferimento ad una "dimensione patrimoniale" di tale perdita sembra chiaro, da una lettura complessiva della decisione, che la stessa è stata qualificata invece come danno non patrimoniale (in quanto viene contrapposta alle ipotesi in cui il lavoratore dia la prova della sussistenza effettiva di un danno patrimoniale).

Qui il discorso dovrebbe volgersi ad illustrare i confini della categoria dei contratti con effetti protettivi; ma il privilegio, che chi scrive ha avuto, di leggere in anticipo l'ampia e lucida relazione del Cons. Amatucci, che, sull'argomento, sarà presentata a questo stesso Seminario, consente di indirizzare subito la riflessione sul punto se sia, o

---

<sup>38</sup> Cfr., ad esempio, C. VACCA, *Inadempimento contrattuale e risarcimento del danno non patrimoniale: vacanze da sogno e vacanze da incubo*, nota Trib. Roma, 6 ottobre 1989, in *Resp. civ. prev.*, 1992, p. 263 ss.; M. GORGONI, *I giudici e l'inadempimento del contratto di viaggio*, nota a Pret. Conegliano, 4 febbraio 1997 e Trib. Torino, 8 novembre 1996, *ivi*, 1997, 818 ss. nonché, più di recente, C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007, II 997 ss.

<sup>39</sup> Cfr. Pret. Salerno - sez. Eboli, 17 febbraio 1997, in *Giust. civ.*, 1998, 2037 ss. con nota di G. SAPIO, *Lesione della sfera psico affettiva emotiva e responsabilità contrattuale*.

<sup>40</sup> E' appena il caso di notare incidentalmente in questa sede che - proprio in presenza del generale obbligo di protezione dell'integrità fisica e della personalità morale del lavoratore posto dall'art. 2087 c.c. - il recente accreditamento, nell'elaborazione giurisprudenziale così come in quella dottrinale, del termine *mobbing* (ad indicare appunto comportamenti lesivi della dignità e della personalità morale del prestatore di lavoro) finisce per assumere rilievo esclusivamente come descrizione sociologica di un fenomeno, piuttosto che come qualificazione giuridica di esso: si veda, comunque, per una recente messa a punto della tematica, anche alla luce del nuovo contesto normativo introdotto con il d. lgs. 23 febbraio 2000 n. 38, L. ZOPPOLI, *Il danno biologico tra principi costituzionali, rigidità civilistiche e tutela previdenziale*, in *Dir. rel. ind.*, 2001, p. 389 s. (e, per una delle ultime applicazioni concrete della categoria del mobbing, tale da evidenziarne in maniera particolarmente chiara la piena sovrapposibilità all'area di operatività dell'art. 2087 c.c., Trib. Forlì, 15 marzo 2001, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, p. 728 s. con nota di M. VINCIERI, *Natura del danno risarcibile, danno esistenziale e responsabilità datoriale in ipotesi di mobbing sul luogo di lavoro*).

<sup>41</sup> Cfr., per una delle più chiare affermazioni in tal senso, Cass. 6 novembre 2000 n. 14443, in *Lav. e prev. oggi*, 2000, p. 2287 s.

meno, condivisibile il criterio selettivo del danno non patrimoniale contrattuale proposto dalle Sezioni Unite, attraverso il ricorso, anche in questo caso, alla categoria dei diritti inviolabili; e la risposta deve essere, al riguardo, negativa, sia pure con una precisazione.

Infatti, è del tutto coerente alla natura stessa dell'obbligazione di fonte contrattuale, quale schema di contatto sociale progettato dalle parti di esso, rendere decisiva, ai fini dell'attivazione della tutela risarcitoria, la scelta dei contraenti, che avevano, in ipotesi, inteso far rientrare nello 'scopo di protezione'<sup>42</sup> del contratto una specifica situazione giuridica soggettiva, pur non appartenente all'area dei diritti inviolabili; in altre parole, ed a voler mutuare la terminologia prescelta dalle Sezioni Unite, si tratterà di accertare "la causa concreta del negozio, da intendersi come sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare" e, nel caso in cui l'interesse leso rientri tra quelli, l'unico limite ravvisabile al risarcimento (anche) del danno non patrimoniale potrà essere quello della prevedibilità del medesimo, *ex art.* 1225 c.c., ove l'inadempimento non sia doloso<sup>43</sup>.

Il limite alla risarcibilità del danno non patrimoniale, ravvisato nel fatto che lo stesso discenda dalla lesione di diritti inviolabili della persona oggetto di protezione costituzionale, potrà invece assumere rilievo nel caso di obbligazione di fonte non contrattuale: in quel caso, infatti, non potrà entrare in gioco l'interpretazione del titolo contrattuale e, dunque, la ricostruzione della causa concreta di esso. Ed è appena il caso di segnalare l'importanza di tale conclusione, ove si consideri l'estensione dell'area della responsabilità da contatto sociale, nell'ambito della più recente giurisprudenza di legittimità.

Un altro discorso è, infine, e naturalmente, che anche il danno non patrimoniale derivante da un'obbligazione di fonte contrattuale, sia pure inteso il contratto nella articolazione delle fonti che ne compongono il regolamento, possa essere risarcito solo se venga in considerazione una perdita effettiva di utilità, sia pure personali, tale da superare la soglia minima di tollerabilità e da non esaurirsi semplicemente in fastidi e disagi<sup>44</sup>.

6. Un discorso più breve può essere riservato allo snodo argomentativo delle Sezioni Unite, laddove le stesse hanno ribadito che "il danno non patrimoniale, anche quando sia determinato dalla lesione di diritti inviolabili della persona, costituisce danno conseguenza, che deve essere allegato e provato": ma non certo per la minore importanza della enunciazione, bensì perché la stessa era stata, almeno in parte, preparata dalla elaborazione giurisprudenziale precedente.

In effetti, la figura del danno *in re ipsa*, – pure dopo la serrata, ed all'apparenza definitiva, critica della stessa operata, in anni ormai non più recenti, dalla Corte Costituzionale<sup>45</sup> - era tornata ad affacciarsi in diverse occasioni, sia in materia di danno

---

<sup>42</sup> Secondo la formulazione che avevamo proposto nel nostro *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Il contratto e le tutele – Prospettive di diritto privato europeo*, Torino, 2002, 477.

<sup>43</sup> D'altra parte, e come notavamo anche in precedenza, una delle pronunce che ha applicato il nuovo indirizzo delle Sezioni Unite - Cass. sez. II civ., 15 ottobre 2009 n. 21925 – pur ragionando in termini di danno non patrimoniale contrattuale da lesione di diritti inviolabili omette completamente di precisare quale esso, nel caso di specie (violazione del dovere di informazione del mediatore), fosse.

<sup>44</sup> Così, con riferimento al c.d. consenso informato, Cass. sez. III civ., 9 febbraio 2010 n. 2847.

<sup>45</sup> Il riferimento è a Corte Cost., 27 ottobre 1994 n. 372, pubblicata, tra gli altri luoghi, in *Giust. Civ.*, 1994, I, 3040 ss., con nota di F.D. BUSNELLI, *Tre 'punti esclamativi', tre 'punti interrogativi', un 'punto e a capo'*.

esistenziale<sup>46</sup>, sia in tema di danno non patrimoniale alla reputazione da protesto illegittimo di una cambiale<sup>47</sup>.

Né il problema poteva dirsi risolto in maniera conclusiva già dal precedente intervento delle Sezioni Unite sullo specifico tema dell'onere della prova in materia di danno derivante dalla dequalificazione subita dal lavoratore subordinato<sup>48</sup>, essendo i principi enunciati in quell'occasione dall'Organo di nomofilachia comunque riferiti ad un'ipotesi di fatto indubbiamente connotata da tratti di peculiarità, che ne avrebbero potuto ostacolare la generalizzazione quale regola cardine della tecnica di tutela risarcitoria<sup>49</sup>.

La risposta delle Sezioni Unite è stata, sul punto, come si è appena accennato, netta; e netta è anche la ribadita affermazione secondo la quale la tesi del danno *in re ipsa* finirebbe per snaturare la funzione del risarcimento, che, può, dunque, essere accordato solo a fronte di una perdita effettivamente subita, mentre non può snaturarsi in pena privata per un comportamento lesivo: così da allontanare sempre di più la prospettiva di un riconoscimento nel nostro sistema giuridico dei danni punitivi, già considerati ad esso estranei, com'è noto, da una ancora recente sentenza della Suprema Corte<sup>50</sup>.

Anche sul punto, tuttavia, il sistema del danno non patrimoniale cui hanno posto mano le Sezioni Unite mostra qualche incrinatura: non tanto sotto il profilo del

---

<sup>46</sup> Cfr. Cass. 7 giugno 2000 n. 7713, in *Foro It.*, 2001, I, 188 (nonché in *Danno e responsabilità*, 2000, 835 ss., con nota critica di G. PONZANELLI), la quale affermava, un po' ambiguamente, che la lesione di diritti fondamentali della persona "collocati al vertice della gerarchia dei valori costituzionalmente garantiti, vada incontro alla sanzione risarcitoria per il fatto in sé della lesione (danno evento) indipendentemente dalle eventuali conseguenze patrimoniali che la stessa possa comportare (danno conseguenza)"

<sup>47</sup> Cfr. Cass. 3 aprile 2001 n. 4881, secondo la quale "Per effetto dell'illegittimo protesto di una cambiale può verificarsi sia una lesione alla reputazione commerciale, dalla quale può conseguire un danno patrimoniale (oggetto di risarcimento), sia una lesione alla reputazione del protestato quale persona, dalla quale consegue automaticamente la perdita o la riduzione di un valore della persona umana, che dà diritto al risarcimento del danno" con il corollario che "Dalla diversa struttura ontologica tra reputazione economica e reputazione personale deriva una diversa estensione dell'onere probatorio in caso di lesione di esse: nel caso in cui si versi in ipotesi di lesione della reputazione commerciale deve provarsi oltre all'evento lesivo, anche il pregiudizio economico conseguente". Più di recente, la tesi dal danno *in re ipsa* era stata riproposta, sempre in materia di danno da protesto illegittimo, da Cass. 20 giugno 2006 n. 14977, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 548 ss., con nostra nota di commento.

<sup>48</sup> Cfr. Cass. S.U. 24 marzo 2006 n. 6572, pubblicata, tra gli altri luoghi, in *Foro It.*, 2006, I, 1344 ed ivi, I, 2334, con nota di P. CENDON, *Voci lontane, sempre presenti sul danno esistenziale* e di G. PONZANELLI, *La prova del danno non patrimoniale e i confini tra danno esistenziale e danno non patrimoniale*,

<sup>49</sup> Infatti, le Sezioni Unite non richiamano, sul punto, il precedente di Cass. S.U. 6572/06.

<sup>50</sup> Si intende alludere a Cass. 19 gennaio 2007 n. 1183, in *Foro It.*, I, 2007, 1460 ss. con nota critica di G. PONZANELLI, *Danni punitivi: no, grazie*. Va peraltro sottolineato fin d'ora che perplessità, in ordine alla ammissibilità dei danni punitivi, non molto dissimili da quelle espresse dalla nostra Corte di Cassazione sono state prospettate anche dalla più recente elaborazione dottrinale francese e pure in presenza, com'è noto, di una proposta di innovazione legislativa, relativa all'art. 1371 *code civil*, che sarebbe destinata ad introdurre, appunto, i danni punitivi. Si veda, sul punto, Y. LAMBERT - FAIVRE, *Les effets de la responsabilité (Les articles 1367 à 1383 nouveaux du code civil)*, in *Revue des contrats*, 2007/1 (*Colloque L'avant – projet de réforme du droit de la responsabilité*), 164 ss.; P. WESSNER, *Les effets de la responsabilité civile dans la perspective d'une révision du code civil français; quelques observations débridées d'un juriste suisse, ibidem*, 174 s., rammenta, dal canto suo, che l'istituto dei danni punitivi è stato ignorato dal recente, anche se per ora accantonato, progetto di riforma del diritto delle obbligazioni in Svizzera e cita (175, nota 3) una pronuncia del Tribunale Federale Svizzero del 1996 che, in termini del tutto analoghi a quelli della recentissima giurisprudenza della Suprema Corte, ha ritenuto contraria all'ordine pubblico elvetico una sentenza statunitense recante la condanna del responsabile di un fatto illecito al pagamento di danni punitivi. Considera radicalmente estranei i danni punitivi alla nostra tradizione ed al nostro sistema C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, cit., 326 ss.

recepimento della regola ad opera della giurisprudenza successiva<sup>51</sup>, quanto dall'angolo visuale della effettiva possibilità di espungere dalla condanna risarcitoria per danno non patrimoniale ogni finalità diversa da quella riparatoria; ma sul punto, delle finalità della condanna risarcitoria in caso di danno non patrimoniale, ci soffermeremo nel paragrafo che segue.

7. Il cardine del sistema del danno non patrimoniale delineato dalle Sezioni Unite deve tuttavia essere ravvisato proprio nella affermazione secondo la quale il danno non patrimoniale costituisce categoria generale ed unitaria, insuscettibile di "suddivisione in sottocategorie variamente etichettate"<sup>52</sup>.

Tale scelta, che ha condotto le Sezioni Unite a negare l'accreditamento della categoria del danno esistenziale, è stata, proprio per questa ragione, quella maggiormente sottoposta a critiche, nell'ampio dibattito dottrinale che ne è seguito e che ha riproposto, sovente con accenti vivamente polemici, la contrapposizione tra esistenziali ed antiesistenzialisti.

Non è tuttavia, ed ancora una volta, del problema se la categoria del danno esistenziale sia sopravvissuta alla critica delle Sezioni Unite, che intendiamo parlare in questa sede: infatti, la considerazione dell'elaborazione giurisprudenziale di legittimità successiva alle Sezioni Unite suggerisce di concentrare il *test* di tenuta della raffigurazione unitaria del danno non patrimoniale su un'altra categoria, o sottocategoria, di origini assai più risalenti, rispetto a quella del danno esistenziale, e cioè il danno morale soggettivo: il cui accantonamento da parte delle Sezioni Unite, reale o apparente, si tratta a questo punto di verificare, avrebbe costituito, secondo alcuni, una delle novità più importanti dell'orientamento avviato dalle medesime<sup>53</sup>.

La delicatezza e l'importanza del passaggio suggerisce una breve considerazione del momento in cui il problema del danno morale soggettivo si delinea nella riflessione della dottrina italiana contemporanea.

Si intende alludere alle ricostruzioni<sup>54</sup> che, alla stregua di argomentazioni suggestive e mosse, all'evidenza, dall'intento nobile (di assicurare una più ampia risarcibilità del danno non patrimoniale, avevano respinto nel limbo dell'art. 2059 i soli danni morali soggettivi ed avevano accreditato pertanto l'art. 2043 c.c. come norma comprensiva tanto del danno patrimoniale come di quello personale<sup>55</sup>.

<sup>51</sup> Cfr, infatti, in senso conforme, Cass. sez. lav., 19 dicembre 2008 n. 29832, con riferimento al caso del danno da dequalificazione; in materia di danno da protesto di cambiale, Cass. 25 marzo 2009 n. 7211; tuttavia, per la precisazione secondo la quale, in caso di revoca illegittima dell'incarico ad un dirigente pubblico, il danno non patrimoniale all'immagine non abbisogna di allegazione e prova, costituendo un pregiudizio che discende oggettivamente dalla vicenda lesiva, Cass. S.U. 16 febbraio 2009 n. 3677, in *Mass. Giur. Lav.*, 2009. pp. 308 ss.

<sup>52</sup> Così Cass. S.U. n. 26972, pag. 38 della motivazione.

<sup>53</sup> Sul punto, cfr. G. PONZANELLI, *Il nuovo statuto del danno non patrimoniale*, cit., c. 137.

<sup>54</sup> E', in particolare, la prospettiva aperta da R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, pp. 287 ss., con la enucleazione della categoria dei c.d. danni personali. Questa ricostruzione muove dall'assunto che l'art. 2043 non offrirebbe alcun elemento decisivo nel senso della identificazione del danno risarcibile col danno patrimoniale, limitandosi a richiedere - come presupposto per l'attivazione del rimedio risarcitorio - l'ingiustizia del danno e sottopone ad una critica serrata l'orientamento che, avvolgendosi - ad avviso della dottrina in esame - in un palese vizio logico, desume la nozione di danno dalla definizione del rimedio (il risarcimento, di regola per equivalente), che la legge contro di esso appresta. La tesi è stata poi sviluppata dall'Autore, in una prospettiva più generale, nello scritto *Appunti sulla nozione di danno*, *passim* e su di essa ci soffermeremo più ampiamente in seguito).

<sup>55</sup> Si veda, al riguardo, soprattutto, il contributo di C. SALVI, *Il danno extracontrattuale*, Napoli, 1985, in particolare, pp. 67 ss., il quale, sulla base dell'esigenza di fornire una nozione di danno rigorosamente modellata sul dato normativo,

In realtà, e come è stato notato persuasivamente in dottrina, queste proposte teoriche si avvolgevano, di fronte al dato normativo offerto dal sistema del codice civile vigente, in difficoltà pressoché inestricabili. E', infatti, del tutto condivisibile, non solo alla stregua del tenore letterale dell'art. 2059 c.c. del codice civile (il quale, attraverso l'attributo 'non patrimoniale' riferito al danno, intende chiaramente alludere ai danni insuscettibili di essere ricondotti ad una valutazione immediata in danaro), ma anche alla luce della verosimile *ratio* allo stesso sottostante (prevedere un regime di risarcibilità differenziata, ed ancorata a casi previsti dal legislatore, dei danni estranei ai circuiti valutativi propri dell'economia di mercato) l'assunto secondo il quale "il rigore concettuale esclude che 'danno morale' e 'danno non patrimoniale' siano omologhi", alludendo la prima espressione "tradizionalmente al dolore, ai patemi dell'animo, alle sofferenze spirituali", mentre, con la seconda, si deve intendere "ogni conseguenza peggiorativa che non tollera, alla stregua di criteri oggettivi, di mercato, una valutazione pecuniaria rigorosa"<sup>56</sup>.

In altre parole, il danno morale soggettivo, se costituisce una porzione significativa dell'area del danno non patrimoniale, non ne esaurisce l'ambito, dato che quest'ultimo comprende anche, al proprio interno, "qualsivoglia modificazione *in pejus* di un bene socialmente apprezzabile, che, non potendo giovare di parametri valutativi di mercato, sfugge alla tecnica risarcitoria"<sup>57</sup>: ed appare allora irresistibile la conclusione che "il danno non patrimoniale...è categoria legislativa acclarata dal giudizio di non valutabilità a danaro attraverso criteri oggettivi, laddove il danno morale è categoria non legislativa: utile dommaticamente, ampiamente conosciuta nella precedente esperienza dottrinale e giurisprudenziale, ma ora superata dal dato di legge, che...le sostituisce appunto quella del danno non patrimoniale"<sup>58</sup>.

La circostanza che il nostro sistema del risarcimento del danno si muove all'interno della coppia categoriale danno patrimoniale e danno non patrimoniale, nel contesto della quale si risolve, senza residui, ogni possibile voce di perdita di utilità giuridicamente rilevante, rinviene, del resto, un ulteriore riscontro, al livello del dato normativo, nella disposizione dell'art. 185 c.p., laddove la stessa pone a carico del colpevole di un reato l'obbligo di risarcire il danno "patrimoniale o non patrimoniale", restando così esclusa in radice la possibilità di individuare una terza categoria di danno risarcibile. Né deve trascurarsi che, come rilevato in dottrina<sup>59</sup>, la riduzione della nozione di danno non patrimoniale a quella di danno morale soggettivo, già ben poco persuasiva nel sistema tradizionale del codice, dove l'ambito di risarcibilità del danno non patrimoniale era circoscritto essenzialmente alle ipotesi di reato, lo è ancora di meno nei casi, sempre più frequenti, in cui il diritto al risarcimento del danno non patrimoniale è

---

osserva che la logica del codice sembra limitare la portata dell'art. 2043 al danno patrimoniale: contrapponendosi così al danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 il danno patrimoniale e non già quello *tout court* ingiusto o materiale (cfr. anche C. SALVI, *Responsabilità extracontrattuale (diritto vigente)*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, pp. 1204 – 1205). Concorda sull'audacia della proposta ricostruttiva di cui si parla nel testo, pur ritenendola maggiormente sostenibile delle altre prospettate in dottrina, M. LIBERTINI, *Le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contratto e impresa*, 1987, pp. 96 ss.

<sup>56</sup> Così G. BONILINI, *Danno morale*, in *Dig. Disc. priv. – sez. civ.*, V., Torino, 1989, p. 85.

<sup>57</sup> Cfr., di nuovo, sul punto, G. BONILINI, *Danno morale*, cit., p. 85.

<sup>58</sup> Cfr. ancora G. BONILINI, *Danno morale*, cit., p. 86.

<sup>59</sup> Si veda, ancora, al riguardo, C. SALVI, *La responsabilità civile*, cit., pp. 66 ss.

accordato pure a prescindere dalla stessa configurabilità di una sensazione afflittiva o dolorosa patita dalla vittima<sup>60</sup>.

La prospettiva di diritto privato europeo, se conferma, da un lato, l'ampia rilevanza ai fini risarcitori di perdite non patrimoniali, attesta, per altro verso, che la sofferenza o il dolore della vittima primaria dell'illecito, o di colui che abbia con quest'ultima una relazione sufficientemente prossima, non costituiscono una categoria normativa autonoma rispetto al danno non immediatamente riconducibile ad una valutazione in danaro.

Sotto il profilo della rilevanza in chiave risarcitoria delle perdite non patrimoniali, per arrestarsi ad una prima ed essenziale considerazione, può essere richiamato già il contenuto della *section 2*, inserita nel *Chapter 2*, dedicato al *Legally relevant damage*, dei *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of reference*, dove tre delle ipotesi specifiche (*particular instances*) delle ipotesi di danno giuridicamente rilevante<sup>61</sup> sono riferibili a fattispecie che attengono, per la gran parte, all'area del danno insuscettibile di immediata riconduzione ad una valutazione in danaro; e rafforza la conclusione appena prospettata il rilievo che anche il catalogo degli interessi protetti in via aquiliana, che si legge all'art. 2:102 dei *Principles of European Tort Law*, esordisca, al co. 2°, proprio con l'affermazione che “la vita, l'integrità psico – fisica, la dignità umana e la libertà ricevono la più ampia tutela”.

L'estraneità agli sviluppi del diritto privato europeo di una soluzione ricostruttiva che contrapponga una figura di danno morale soggettivo al danno non patrimoniale risulta chiara dalle soluzioni che si leggono, sul punto, sia nell'uno che nell'altro dei due progetti di regolamentazione del diritto privato europeo, che si sono appena evocati.

Infatti, nei già menzionati *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of reference*, la bipartizione dell'area del danno giuridicamente rilevante (appunto, il *legally relevant damage*) è quella secondo la quale (VI. – 2.101 (4)) “(a) *economic loss includes loss of income or profit, burdens incurred and reduction in the value of property*; (b) *non – economic loss includes pain and suffering and impairment of the quality of life*”.

Un'opzione ancora più netta, in tal senso, sembra emergere dai *Principles of European Tort Law*, dove, sulla premessa (art. 2:101) che “il danno postula una lesione materiale o immateriale ad un interesse giuridicamente protetto” si afferma (art. 10:301

---

<sup>60</sup> Come accade, tipicamente, quando – secondo un orientamento ormai consolidato – si ammette la risarcibilità del danno non patrimoniale lamentato dalla persona giuridica: cfr., sul tema, G. ALPA, *Il danno morale e il danno all'immagine della P.A. e delle comunità locali*, in *Studi in onore di Davide Messinetti*, Napoli, 2008, pp. 39 ss.; G. CRICENTI, *Il danno non patrimoniale*, cit., pp. 411 ss

<sup>61</sup> Cfr., infatti, VI. – 2.201: *Personal injury and consequential loss*, dove si afferma, al primo comma, che “*loss caused to a natural person as a result of injury to his or her body or health and the injury as such are legally relevant damage*”, con la precisazione, al secondo comma, che “*In this Book: (a) such loss includes the costs of health care including expenses reasonably occurred for the care of the injured person by those close to him or her; and (b) personal injury includes injury to mental health only if it amounts to a medical condition*”; VI. – 2: 202: *Loss suffered by third persons as a result of another's personal injury or death*, dove si afferma che “(1) *Non – economic loss caused to a natural person as a result of another's personal injury or death is legally relevant damage if at the time of injury that person is in a particularly close personal relationship to the injured person; (2) Where a person has been fatally injured: (a) legally relevant damage caused to the deceased on account of the injury to the time of death becomes legally relevant damage to the deceased successors...*”; VI. – 2:203: *Infringement of dignity, liberty and privacy*, dove si afferma che “(1) *Loss caused to a natural person as a result of infringement of his or her right to respect for his or her dignity, such as the rights to liberty and privacy, and the injury as such are legally relevant damage; (2) Loss caused to a person as a result of injury to that person's reputation and the injury as such are also legally relevant damage if national law so provides*”.

(3)) che “in caso di danno alla persona, il danno non patrimoniale corrisponde alla sofferenza del danneggiato e alla menomazione della sua integrità psico – fisica”, così facendosi coincidere l’area del danno non patrimoniale alla persona risarcibile con i profili di quelli che, a voler usare il linguaggio tradizionale del giurista italiano, possono essere definiti come danno morale soggettivo e danno biologico.

Il quadro destinato ad emergere da tali considerazioni sembra attribuire alla categoria del danno morale soggettivo ormai un rilievo soltanto descrittivo, se non puramente storico: infatti, soddisfatta altrimenti – attraverso l’elaborazione teorica e giurisprudenziale del danno non patrimoniale da lesione di diritti inviolabili della personalità costituzionalmente garantiti – l’esigenza di sganciare la risarcibilità del danno non patrimoniale dai limiti tracciati dall’art. 2059 c.c. (o, meglio, dalla sua lettura all’interno del sistema originario del codice civile), in termini tali da rendere senz’altro superflua la forzatura ermeneutica che aveva condotto a leggere nel danno non patrimoniale, così come disciplinato dall’art. 2059 c.c., il solo danno morale soggettivo, quest’ultimo risulterebbe ormai privo di ogni autonoma capacità ricognitiva della realtà giuridica del nostro sistema di risarcimento del danno.

Del resto, l’indicazione sul punto della configurabilità come autonoma voce risarcitoria del danno morale soggettivo, impartita dalle Sezioni Unite non deve essere letta, del resto, solo in chiave restrittiva della tutela risarcitoria, quasi una sorta di preconcetto *floodgates argument*.

E’ ben vero, in effetti, che l’indicazione della sentenza delle Sezioni Unite, con riferimento all’ipotesi di turbamento dell’animo o di dolore intimo sofferti dalla persona diffamata con degenerazioni patologiche della sofferenza, è nel senso che integra duplicazione risarcitoria la congiunta attribuzione del risarcimento del danno biologico e di quello morale; ed analoga indicazione proviene, nell’ambito dei principi enunciati dalle Sezioni Unite, con riguardo all’ipotesi del risarcimento congiunto del danno morale e del danno da perdita del rapporto parentale, considerata non come voci duplicabili, ma quali “componenti del complesso pregiudizio, che va integralmente ed unitariamente ristorato”.

Va tuttavia notato che la stessa concezione unitaria del danno non patrimoniale, coniugata col principio della riparazione integrale del danno, conduce, per altro verso, anche ad eliminare vuoti di tutela, quali quelli originati dalla nota elaborazione giurisprudenziale in tema di danno biologico da morte, che ne escludeva la risarcibilità in favore della vittima primaria dell’illecito altrui, in caso di decesso non separato da un apprezzabile lasso di tempo rispetto all’illecito: in questo caso, infatti, osservano le Sezioni Unite, potrà essere riconosciuto senz’altro “il solo danno morale, a ristoro della sofferenza psichica provata dalla vittima di lesioni fisiche, alle quali sia seguita dopo breve tempo la morte”, dato che “una sofferenza psichica siffatta, di massima intensità anche se di durata contenuta, non essendo suscettibile in ragione del limitato intervallo di tempo tra lesioni e morte di degenerare in patologia e dare luogo a danno biologico, va risarcita come danno morale, nella sua nuova, più ampia accezione”.

8. L’approdo interpretativo, ed applicativo, che parrebbe imporsi nel solco delle considerazioni appena svolte - nel senso del superamento, ormai consumato, della categoria del danno morale soggettivo, quanto meno come criterio dotato di una pur

minima forza costruttiva – risulta tuttavia contrastato da una serie di indici, alcuni di portata, per così dire, generale, perché riferibili all'intera area del danno non patrimoniale (e tali da revocare in discussione, almeno sotto taluni profili, l'affermazione della unitarietà della categoria del danno non patrimoniale, accreditata nella giurisprudenza delle Sezioni Unite), altri, invece, specificamente apprezzabili proprio in relazione al danno morale soggettivo.

E' noto, infatti, che la giurisprudenza recentissima, e successiva alle enunciazioni delle Sezioni Unite dell'11 novembre 2008, ha continuato sovente ad utilizzare, nella prospettiva della realizzazione della finalità dell'integrale risarcimento del danno alla persona, moduli argomentativi che echeggiano, in maniera più o meno esplicita, sia la categoria del danno esistenziale, sia, e soprattutto, quella del danno morale soggettivo e che intendono, comunque, offrire tutela risarcitoria a quegli aspetti (il dolore, il patema d'animo) che all'area del danno morale soggettivo restavano tradizionalmente ascritti.

Possono essere richiamate in tale prospettiva, tra le altre<sup>62</sup>, la sentenza della Corte di Cassazione, la quale ha confermato una decisione di merito, recante una condanna risarcitoria a carico del proprietario di un bar per le immissioni di fumo di sigarette subite dai condomini di un edificio, i quali, per evitare le conseguenze dannose per la salute di tali immissioni erano stati costretti a tenere chiuse le finestre, anche nel periodo estivo, con conseguente incidenza di tale situazione “sul modo di vivere la casa dei danneggiati”<sup>63</sup>; la sentenza del Consiglio di Stato che ha affermato che “l'illegittima revoca dell'autorizzazione di polizia per la gestione di un istituto di vigilanza privata, con conseguente cessazione dell'azienda, cagiona ad un imprenditore un danno esistenziale risarcibile, identificabile in una compressione dell'autostima, del benessere e della sfera relazionale del danneggiato, in termini suscettibili di apprezzamento presuntivo e di liquidazione in via equitativa. In particolare, la lunga interruzione subita dall'azienda, sulla quale il professionista ha concentrato i propri interessi professionali e la propria posizione, in termini economici e sociali, determina la lesione di diritti della persona costituzionalmente garantiti, con particolare riguardo agli artt. 2, 4, 36 e 42 Cost.”<sup>64</sup>; ovvero la sentenza della Corte d'Appello di Roma che ha motivato in termini di danno esistenziale da dequalificazione professionale, in presenza di un'ipotesi di danno alla salute, subito dal medico ginecologo in servizio presso un'azienda ospedaliera in occasione dell'esecuzione, da parte sua, di un intervento chirurgico<sup>65</sup>; ovvero ancora la sentenza della Corte d'Appello di Firenze, la quale ha risarcito al marito della vittima di un sinistro stradale con esiti letali il danno non patrimoniale da essa stessa definito

---

<sup>62</sup> Le citazioni sono tratte dalla corrispondente sezione del sito *personaedanno*, alla quale si rinvia per l'illustrazione completa ed aggiornata degli sviluppi giurisprudenziali accennati nel testo

<sup>63</sup> Si tratta di Cass. sez. III civ., 31 marzo 2009 n. 7875

<sup>64</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 8 settembre 2009 n. 5266, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, pp. 300 ss.; è evidente qui, in modo particolare, la divaricazione rispetto ai principi enunciati dalle Sezioni Unite, non solo per l'utilizzo della categoria del danno esistenziale, ma anche in relazione al fatto che anche la libertà di iniziativa economica privata viene accostata, senza alcuna preoccupazione per la verifica della inviolabilità del diritto, a situazioni giuridiche della persona, oggetto di tutela da parte delle norme costituzionali.

<sup>65</sup> E' il caso deciso da App. Roma, sez. I civ., 23 febbraio 2009 n. 847: più in particolare ancora, si trattava, appunto, del danno alla salute subito da un sanitario a causa del contagio da virus HIV occorso a seguito di uno schizzo di sangue proveniente dal paziente operato, che l'aveva colpito al volto durante un intervento, il danno esistenziale da impedimento al pieno sviluppo della personalità, e della professionalità, nell'ambito lavorativo, danno che è stato liquidato attraverso un aumento percentuale del risarcimento del danno biologico in concreto riconosciuto.

esistenziale, ravvisato nella “compromissione del patrimonio psichico (tale da impedire) la esplicazione del ruolo (del coniuge della vittima) nell’ambito del rapporto coniugale”, con conseguente lesione dei “diritti inviolabili e rilevanti costituzionalmente della famiglia”<sup>66</sup>.

Analogo sforzo di pervenire, pur nel rispetto formale del principio della unitarietà della categoria del danno non patrimoniale, ad un’adeguata personalizzazione del risarcimento del danno alla persona si coglie anche con riferimento a pronunce che si riferiscono specificamente ad ipotesi di danno da sofferenza soggettiva, pienamente riconducibili all’area del danno morale soggettivo.

Così, in particolare, in presenza di un’ipotesi di illecito sanitario, con conseguente lesione gravissima alla salute del neonato, è stato affermato che “il danno morale richiesto *iure proprio* dai genitori deve essere comunque risarcito come danno non patrimoniale, nell’ampia accezione ricostruita dalle S.U. come principio informatore della materia”, con l’ulteriore precisazione che “il risarcimento deve avvenire secondo equità circostanziata, tenendosi conto che anche per il danno non patrimoniale il risarcimento deve essere integrale e tanto più elevato, quanto maggiore è la lesione che determina la doverosità dell’assistenza familiare ed un sacrificio totale ed amorevole verso il macroleso”<sup>67</sup>; e la figura del danno morale è stata più volte valorizzata anche da ulteriori pronunce di legittimità posteriori alle Sezioni Unite del 2008, ora sotto il profilo della perdurante autonomia ontologica della medesima rispetto al danno biologico ed all’interno della più ampia categoria del danno non patrimoniale<sup>68</sup>

<sup>66</sup> Così App. Firenze, sez. II civ., 29 gennaio 2009 n. 113.

<sup>67</sup> Cfr. Cass. sez. III civ., 13 gennaio 2009 n. 469, consultabile sul sito *Altalex*.

<sup>68</sup> Cfr. Cass. sez. III civ., 28 novembre 2008 n. 28407, la quale ha enunciato il seguente principio di diritto: “il danno morale parentale per la morte dei congiunti deve essere integralmente risarcito mediante l’applicazione di criteri di valutazione equitativa rimessi alla prudente discrezionalità del giudice, in relazione alle perdite irreparabili della comunione di vita e di affetti e della integrità della famiglia, naturale o legittima, ma solidale in senso etico”; Cass. sez. III civ., 12 dicembre 2008 n. 29191, che ha formulato il seguente principio di diritto: “nella valutazione del danno morale contestuale alla lesione del diritto alla salute, la valutazione di tale voce, dotata di logica autonomia in relazione alla diversità del bene protetto, che pure attiene ad un diritto inviolabile della persona (la sua integrità morale; art. 2 della Costituzione in relazione all’art.1 della Carta di Nizza, che il Trattato di Lisbona, ratificato dall’Italia con L. 2 agosto 2008 n. 190, riconosce, collocando la Dignità umana come la massima espressione della sua integrità morale e biologica) deve tenere conto delle condizioni soggettive della persona umana e della gravità del fatto, senza che possa considerarsi il valore della integrità morale una quota minore del danno alla salute”; Cass. sez. III civ., 20 maggio 2009 n. 11701; Cass. sez. III civ., 19 gennaio 2010 n. 702, secondo la quale “ai fini della liquidazione del danno morale si deve tener conto delle condizioni soggettive della persona danneggiata e della gravità del fatto, senza che possa escludersi l’ammissibilità della sua quantificazione in proporzione al danno biologico riconosciuto”; Cass. sez. III civ., 12 febbraio 2010 n. 3357, secondo la quale “in caso di morte che segua le lesioni dopo breve tempo, la sofferenza psichica patita dalla vittima delle lesioni integra un danno che deve essere qualificato e risarcito *iure haereditatis* (come liquidazione ancorata alla gravità dell’offesa ed alla serietà del pregiudizio), come danno morale e non come danno biologico, giacché una tale sofferenza, di massima intensità anche se di durata contenuta, non è suscettibile, in ragione del limitato intervallo temporale tra lesione e morte, di degenerare in patologia”; Cass. 4484/10, cit.; Cass. 16 febbraio 2010 n. 3581, secondo la quale “ai fini della liquidazione, in favore dei familiari superstiti, del danno morale conseguente alle morte di un figlio, il giudice di merito legittimamente può prendere in considerazione, in vista di una valutazione equitativa personalizzata, la composizione della famiglia nella sua globalità; per cui – pur dando per pacifico che il valore della vita non è mai compensabile con una somma di denaro – non è illogico affermare che la perdita di un congiunto è meglio tollerata nell’ambito di una famiglia numerosa di quanto non avvenga ove il defunto fosse l’unico familiare o parente esistente”; Cass. sez. III civ., 18 febbraio 2010 n. 3906, la quale appare invece più coerente all’insegnamento delle Sezioni Unite, laddove afferma che “il danno morale soggettivo, inteso, quale sofferenza psichica transeunte, non costituisce un pregiudizio autonomo, ma uno dei molteplici aspetti di cui il giudice deve tenere conto nella liquidazione dell’unico ed unitario danno non patrimoniale; pertanto, laddove sia esclusa la sussistenza di una menomazione dell’integrità psico – fisica e cioè del danno biologico, viene meno in conseguenza il presupposto per la riconoscibilità del danno morale soggettivo”.

Dettata da analoga preoccupazione, nel senso di pervenire, in ogni caso, ad un risarcimento integrale del danno sofferto dalla vittima, è pure una sentenza di merito, secondo la quale ai congiunti di una vittima di un sinistro stradale compete sia il danno morale soggettivo, inteso come ristoro delle sofferenze morali patite in conseguenza della perdita traumatica del loro congiunto, sia il danno non patrimoniale da perdita del rapporto parentale, consistente nello sconvolgimento delle abitudini di vita e nella improvvisa privazione del contributo di esperienza, suggerimenti, consigli e sostegno morale assicurati dal defunto<sup>69</sup>.

L'esigenza di prevedere una personalizzazione adeguata del danno non patrimoniale, al fine di tenere conto della voce del medesimo suscettibile di essere descritta in termini di 'sofferenza soggettiva' è, del resto, propria di numerose altre sentenze di merito, pronte ad utilizzare lo strumento equitativo al fine di risarcire, nella sussistenza degli altri presupposti (la lesione di un diritto inviolabile della persona costituzionalmente garantito; la serietà della lesione) fissati dalla elaborazione delle Sezioni Unite anche "l'ulteriore pregiudizio subito dalla parte danneggiata e consistente nel turbamento psichico transitorio e soggettivo conseguente al sinistro"<sup>70</sup>.

Non è questa la sede per affrontare la questione se tali sviluppi giurisprudenziali siano tali da dare ragione a quanti, all'indomani delle pronunce delle Sezioni Unite dell'11 novembre 2008, avevano considerato la principale formulazione dalle stesse accreditata (l'unitarietà della categoria del danno non patrimoniale) come inidonea ad introdurre davvero un elemento di apprezzabile novità nella sistematica del danno non patrimoniale; benché sia difficile negare che, se dovessero consolidarsi gli orientamenti dei quali si è fin qui fatto cenno, l'impatto applicativo più significativo del *grand – arrêt* delle Sezioni Unite finirebbe per cogliersi sul piano delle tecniche di formulazione della domanda giudiziale, non più bisognosa della elencazione analitica delle singole voci di danno, ma sufficientemente specificata attraverso la richiesta *tout court* del risarcimento del danno non patrimoniale: ferma sempre restando la necessità di allegazione e prova, sia pure presuntiva, delle singole perdite non patrimoniali lamentate<sup>71</sup>.

---

<sup>69</sup> Così Trib. Lecce – Sez. Maglie, sentenza 29 novembre 2008 n. 368 consultabile sul sito *Altalex*: quest'ultima pronuncia sembra in effetti davvero al limite di quella indebita duplicazione di poste risarcitorie per danni in sostanza coincidenti, il superamento della quale aveva costituito uno degli snodi fondamentali della più volte citata pronuncia delle Sezioni Unite dell'11 novembre 2008.

<sup>70</sup> Cfr., in tal senso, Trib. Roma, 30 marzo 2009 n. 10697, inedita per quel che consta; Trib. Milano, sentenza 19 febbraio 2009 n. 2334, consultabile sul sito *Altalex*.

<sup>71</sup> E' noto, al riguardo, che un altro dei principi enunciati – meglio, in questo caso, ribaditi – dalle Sezioni Unite è quello della necessità che colui intenda far valere una pretesa risarcitoria a titolo di danno non patrimoniale allegghi e provi le perdite – di utilità non patrimoniali di vita – da lui subite. Tale assunto – sul quale concorda anche la giurisprudenza successiva alle Sezioni Unite (cfr., ad esempio, Cass. sez. lav. 19 dicembre 2008 n. 29832, con riferimento al danno non patrimoniale da dequalificazione del lavoratore, Cass. sez. I civ., 25 marzo 2009 n. 7211) – pare rinvenire una sola, ma a questo punto decisamente discutibile, eccezione in caso di danno non patrimoniale all'immagine del lavoratore (cfr., con riferimento ad un'ipotesi di revoca illegittima di un incarico dirigenziale nell'area del lavoro pubblico privatizzato, Cass. Sez. Un. 16 febbraio 2009 n. 3677, in *Mass. Giur. Lav.*, 2009, pp. 308 ss., per l'affermazione del principio secondo il quale "il danno non patrimoniale all'immagine non abbisogna di allegazione e prova, costituendo un pregiudizio che discende oggettivamente dalla vicenda lesiva, nella specie consistente nella illegittima revoca dell'incarico dirigenziale". Secondo quanto si dirà più avanti nel testo, la allegazione e la prova del danno morale soggettivo – o, se si preferisce, dei profili del danno non patrimoniale che attengono al dolore ed alla sofferenza soggettiva della persona – scontano evidentemente la peculiarità di tale perdita e sono inevitabilmente da affidarsi, per lo più, all'argomentazione presuntiva (purché, ovviamente, fondata su elementi ritualmente acquisiti al processo ovvero suscettibili di essere considerati notori).

L'aspetto che deve essere invece sottolineato in questa sede, e che costituisce il primo di quelli che potremmo definire i due paradossi del danno morale, è che il danno morale sembra godere, da ultimo, sia pure al livello di una legislazione caratterizzata da un tasso particolarmente elevato di specialità ed avente finalità indennitarie più che propriamente risarcitorie, di una rinnovata fortuna.

Il riferimento è, infatti, ed innanzi tutto, al D.P.R. 3 marzo 2009 n. 37<sup>72</sup>, il quale, contiene, all'art. 5, co. 1° lett. c) un criterio di determinazione della percentuale del danno morale, "effettuata, caso per caso, tenendo conto della entità della sofferenza e del turbamento dello stato d'animo, oltre che della lesione alla dignità della persona, connessi e in rapporto all'evento dannoso, in una misura fino ad un massimo di due terzi del valore percentuale del danno biologico"; ed ancora al D.P.R. 30 ottobre 2009 n. 181<sup>73</sup>, il quale contiene, all'art. 1, co. 1° lett. b), una definizione di danno morale, inteso come "pregiudizio non patrimoniale costituito dalla differenza soggettiva cagionata dal fatto lesivo in sé considerato" nonché, all'art. 4, co. 3° lett. c) un criterio di determinazione della percentuale del danno morale, del tutto coincidente con quello posto dal D.P.R. 37/2009.

Non è certo possibile enfatizzare oltre misura il significato di tali dati normativi, affatto settoriali e neppure riferiti specificamente, lo si è già accennato, ad un contesto di responsabilità civile in senso proprio; tanto più che la formulazione degli stessi risente, all'evidenza, del linguaggio della prassi giurisprudenziale largamente accreditata fino alle Sezioni Unite dell'11 novembre 2008 (e, come si è visto, in buona parte sopravvissuta anche a queste ultime).

E' tuttavia indubbio che, con queste proposizioni normative, il legislatore manifesta la perdurante esigenza di avvalersi di uno strumento di tutela, la condanna risarcitoria (o, nei casi oggetto degli interventi normativi menzionati, indennitaria) per il danno morale sofferto dalla vittima, primaria o secondaria, dell'illecito, in grado di reagire, sia pure con la tecnica sempre inappagante, quando si tratti della sofferenza di una persona, della attribuzione di una somma di danaro ad offese avvertite come di particolare gravità della dignità e della integrità della medesima.

L'accenno da ultimo proposto alla funzione di reazione alla gravità della lesione alla dignità ed integrità della persona, che assume la condanna risarcitoria per danno non patrimoniale ci conduce ad affrontare, a questo punto, il secondo paradosso del danno morale soggettivo all'interno della categoria del danno non patrimoniale e dell'evoluzione stessa dell'istituto aquiliano nella nostra esperienza giuridica.

Si è osservato anche di recente in dottrina che la storia dell'elaborazione giurisprudenziale e della riflessione dottrinale dell'ultimo mezzo secolo in materia di

---

<sup>72</sup> Regolamento per la disciplina dei termini e delle modalità di riconoscimento di particolari infermità da cause di servizio per il personale impiegato nelle missioni militari all'estero, nei conflitti e nelle basi militari nazionali a norma dell'art. 2, commi 78 e 79, della legge 24 dicembre 2007 n. 244: in particolare, e come si desume dall'art. 2, la finalità del D.P.R. è quella di determinare l'elargizione – così definita nel testo normativo, in relazione all'art. 5, co. 1° e 5° della L. 206/204 – spettante a coloro che "abbiano contratto menomazioni all'integrità psico – fisica permanentemente invalidanti o a cui è conseguito il decesso, delle quali l'esposizione e l'utilizzo di proiettili all'uranio impoverito e la dispersione nell'ambiente di nano – particelle di minerali pesanti prodotte da esplosione di materiale bellico abbiano costituito la causa ovvero la concausa efficiente e determinante".

<sup>73</sup> Regolamento recante i criteri medico – legali per l'accertamento e la determinazione dell'invalidità e del danno biologico e morale a carico delle vittime del terrorismo e delle stragi di tale matrice, a norma dell'articolo 6 della legge 3 agosto 2004 n. 206

responsabilità civile è, infatti, essenzialmente, la narrazione del modo in cui la responsabilità civile si è trasformata da istituto posto a presidio del patrimonio, “deputata ad un rigido dispositivo di mera riallocazione della ricchezza materiale”<sup>74</sup> a tecnica di protezione della persona umana e dei valori ed interessi dei quali la stessa è espressione. Il processo di depatrimonializzazione che, dunque, anche in ambito aquiliano, si delinea come la chiave di lettura dell’evoluzione del sistema del diritto privato sconta tuttavia, ed appunto per quel che concerne il tema della risarcibilità del danno non patrimoniale, un paradosso, che si ricollega, del resto, all’essenza, a sua volta paradossale, della condanna risarcitoria per danno non patrimoniale: ed infatti, come è stato detto di recente, se “tutto il ricentrimento della fattispecie di responsabilità intorno al problema della riallocazione del danno si è sviluppato sulla critica della funzione tradizionalmente sanzionatoria attribuita a questo istituto...al contrario, sul versante della critica del principio di patrimonialità dottrina e giurisprudenza sembrano voler riscoprire e rilanciare la funzione punitiva, e dunque propriamente sanzionatoria, del risarcimento”<sup>75</sup>.

Ora, se davvero quello appena evocato deve considerarsi un paradosso, lo stesso si delinea, nei termini più nitidi, proprio con riferimento al danno morale soggettivo: infatti, la densità di funzioni del risarcimento del danno non patrimoniale, sulla quale concorda ormai la dottrina<sup>76</sup>, esibisce una particolare accentuazione nelle ipotesi di danno morale soggettivo: in presenza del dolore o della sofferenza patiti dalla vittima dell’illecito, l’attribuzione di una somma di danaro, nella quale è già difficile ravvisare un risarcimento in senso tecnico nell’ambito della categoria generale del danno non patrimoniale<sup>77</sup>, assume una curvatura funzionale sempre più sbilanciata sul piano sanzionatorio e, correlativamente, della deterrenza nei confronti di comportamenti illeciti.

Si tratta, a questo punto, di verificare se tale funzione, di sanzione e di deterrenza, sia in grado di unificare attorno a sé una tecnica (che continueremo stipulativamente a chiamare di condanna risarcitoria per danno morale soggettivo), la quale, come si è visto, continua ad essere utilizzata, in concreto, nella produzione normativa e nella elaborazione giurisprudenziale: la risposta a questa domanda consentirà di chiarire ulteriormente quali siano i punti di crisi del sistema del danno non patrimoniale che le Sezioni Unite avevano cercato di erigere.

9. E’ ricorrente l’affermazione secondo la quale – almeno nei casi di responsabilità imputata a titolo di dolo o colpa - la riparazione del danno non patrimoniale costituisca una pena privata<sup>78</sup>, avente la funzione di punire l’agente per avere tenuto una condotta colpevole e destinata ad operare, insieme ad apparati sanzionatori ordinamentali di altra

---

<sup>74</sup> Così, da ultimo, M. BARCELLONA, *Il danno non patrimoniale*, cit., p. 2.

<sup>75</sup> Cfr., sul punto, M. BARCELLONA, *Il danno non patrimoniale*, cit., p. 6.

<sup>76</sup> Si veda, in luogo di molti altri contributi, l’efficace messa a punto di C. SALVI, *La responsabilità civile*, cit., pp. 59 ss.

<sup>77</sup> Così G. BONILINI, *Danno morale*, cit., p. 87: “identificato il danno non patrimoniale con il pregiudizio che non trova criteri obiettivi di valutazione economica, discende l’insuscettibilità di un suo risarcimento in senso tecnico, dal momento che questo postula un’attività liquidativa improntata a rigorosi criteri economici”.

<sup>78</sup> Secondo quanto ritenuto, sia pure con varie articolazioni, in dottrina, da G. BONILINI, *Danno morale*, cit., pp. 87 s. nonché – ma sull’articolazione del pensiero di quest’Autore si avrà modo di tornare tra breve – da G. B. FERRI, *Il danno alla salute e l’economia del dolore*, in *Riv. dir. comm.*, I, pp. 823 ss.

natura (ad esempio, le sanzioni amministrative e penali) al fine della prevenzione generale delle condotte illecite<sup>79</sup>.

Diverso risulterebbe, invece ed in ogni caso, il discorso all'interno di ipotesi di responsabilità oggettiva, poiché, in tale contesto, il presupposto per l'innescamento del meccanismo che conduce all'affermazione della responsabilità risarcitoria dell'agente prescinde da un giudizio di colpevolezza della condotta: cosicché si potrà in tali casi, discutere semmai di una funzione, attribuita alla riparazione del danno non patrimoniale, di prevenzione ottimale delle attività che introducano un rischio per i beni della personalità umana<sup>80</sup>.

Un approfondimento della riflessione intorno alla possibile funzione deterrente della condanna risarcitoria per danno morale deve tuttavia muovere dalla premessa che di funzione deterrente della responsabilità civile sia dato parlare o allorché l'affermazione della sussistenza, o meno, della responsabilità sia subordinata ad una particolare qualificazione soggettiva della condotta dell'autore del fatto ovvero quando la medesima qualificazione soggettiva, o i vantaggi che l'autore del fatto deriva dal compimento del medesimo, siano presi in considerazione dall'ordinamento ai fini della determinazione del *quantum* della condanna del responsabile<sup>81</sup>; quest'ultima, in tal caso, viene, dunque, a sganciarsi da quella relazione di tendenzialmente esatta corrispondenza rispetto all'ammontare della perdita subita dalla vittima, che è la caratteristica principale dell'istituto aquiliano.

In altre parole, e come del resto dovrebbe essere evidente, non è sufficiente, al fine di concludere che la condanna cui pone capo il giudizio di responsabilità civile, abbia un'efficacia deterrente o preventiva, affermare in tesi, come accade ad esempio, a voler proporre, di nuovo, una considerazione attenta ai profili di diritto privato europeo della materia, nei *Principi di diritto europeo della responsabilità civile*, che "il risarcimento dei danni ha anche per scopo la prevenzione del danno" (Art. 10:101)<sup>82</sup>: occorre, ben di più, che il dato normativo di riferimento conformi la determinazione quantitativa della prestazione da porre a carico del candidato responsabile sulla base di criteri riconducibili a quelli poc'anzi passati in rassegna.

Quest'ultima considerazione induce a ritenere che, al di là della declamazione dell'efficacia preventiva del risarcimento del danno, che si legge nel già menzionato

---

<sup>79</sup> Cfr. G. AFFERNI, *La riparazione del danno non patrimoniale nella responsabilità oggettiva*, in *Resp. Civ. prev.*, 2004, p. 870; P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996, in particolare pp. 61 ss., il quale differenzia la soluzione da adottare circa l'opportunità dell'introduzione di pene private in relazione al fatto che vengano in considerazione illeciti colposi, ipotesi di responsabilità oggettiva ed illeciti dolosi.

<sup>80</sup> Così G. AFFERNI, *La riparazione ecc.*, cit., p. 874.

<sup>81</sup> Secondo quanto accade, com'è noto ed in particolare, nell'art. 125, co. 1° del Decr. Lgs. 30/2006 (Codice della proprietà industriale), con la previsione secondo la quale "il risarcimento dovuto al danneggiato è liquidato secondo le disposizioni degli artt. 1223, 1226 e 1227 del codice civile, tenendo conto di tutti gli aspetti pertinenti, quali le conseguenze economiche negative, compreso il mancato guadagno del titolare del diritto leso, i benefici realizzati dall'autore della violazione e, nei casi appropriati, elementi diversi da quelli economici, come il danno morale arrecato al titolare del diritto dalla violazione" e, più specificamente ancora, con la disposizione del 1° co., alla cui stregua "il titolare del diritto leso può chiedere la restituzione degli utili realizzati dall'autore della violazione, in alternativa al risarcimento del lucro cessante o nella misura in cui essi eccedono tale risarcimento".

<sup>82</sup> Un'analoga individuazione programmatica delle funzioni proprie della responsabilità civile si ha anche nella recentissima legge della Repubblica Popolare Cinese in materia di responsabilità civile, nella quale si pone l'accento, tra l'altro, proprio sulla funzione di punizione e di prevenzione dell'atto lesivo propria della responsabilità civile, allo scopo di promuovere l'armonia sociale e la stabilità; sul punto, ci si permetta il rinvio al nostro *Profili della riforma della responsabilità civile nella Repubblica Popolare Cinese*, in *Resp. Civ. prev.*, 2009, pp. 208 ss.

luogo dei *Principi*, il concreto assetto normativo da essi prefigurato non tenga in realtà conto appieno dei criteri che dovrebbero, a questo punto, essere applicati.

Infatti, è vero che, in linea di principio, l'art. 2:102 (5) dei *Principi* afferma, in sede di determinazione degli interessi protetti, che “l'ambito della tutela può essere influenzato anche dalla natura della responsabilità”, nel senso che “un interesse può trovare tutela più ampia contro lesioni dolose rispetto ad altre ipotesi”: e questa scelta sembra appunto accreditare la soluzione secondo la quale la qualificazione soggettiva della condotta dell'autore può determinare la rilevanza del fatto di responsabilità civile.

Tuttavia, e proprio con specifico riferimento al tema del danno non patrimoniale e della sua valutazione, la disposizione dell'art. 10:301 (2), in materia di valutazione dei danni non patrimoniali, afferma che “nella valutazione di tali danni devono essere prese in considerazione tutte le circostanze del caso, compresa la gravità, la durata e le conseguenze del torto”, con la precisazione che “la colpa del danneggiante deve essere presa in considerazione solo ove contribuisca in modo significativo alla offesa subita dalla vittima”: e, dunque, con un'esplicita qualificazione di eccezionalità della rilevanza dell'elemento soggettivo sotteso alla condotta del danneggiante.

Pure nel nostro sistema normativo, ed anche in presenza di una scelta all'apparenza inequivoca nel senso di predisporre un meccanismo di condanna pecuniaria in funzione deterrente di determinati comportamenti illeciti (secondo quanto accaduto, nella recente legislazione speciale, con l'art. 4, 1° co. della L. 20 novembre 2006 n. 281)<sup>83</sup>, appare indubbio che la purezza della funzione deterrente sia stata incrinata dalla previsione, contenuta all'art. 4, 4° co. della stessa L. 281/2006 e secondo la quale “qualora sia promossa per i medesimi fatti di cui al comma 1 anche l'azione per il risarcimento del danno, il giudice tiene conto, in sede di determinazione e liquidazione dello stesso, della somma corrisposta ai sensi del comma 1”; ed è inevitabile il paragone con la – tecnicamente assai più puntuale – previsione dell'art. 1371 dell'*Avant projet de réforme du droit des obligations*<sup>84</sup>, dove, al contrario, si ha cura di precisare che l'ammontare dei danni punitivi, se riconosciuti, deve essere distinto da quello degli altri danni accordati alla vittima.

E' stato osservato, a tale proposito, che, una volta assunta la premessa che la riparazione del danno morale abbia una “finalità privatamente affittiva”, occorre considerare, sul piano degli elementi utili per la determinazione pecuniaria della riparazione, “la gravità dell'elemento psicologico che informa l'illecito e le condizioni patrimoniali del danneggiante”, potendone in tal modo derivare “una riparazione idonea a realizzare la funzione affittiva, ma, prima ancora, a coadiuvare quel fine di deterrenza che gli istituti giuridici dovrebbero perseguire in via primaria”<sup>85</sup>.

La linearità del modello ricostruttivo che ravvisa nella riparazione del danno morale, in assenza di un pregiudizio patrimoniale obiettivamente riscontrabile, una valenza decisamente sanzionatoria è destinata, tuttavia, ad articolarsi nel momento in cui

---

<sup>83</sup> Si tratta, com'è noto, della disciplina di “Conversione in legge, con modificazioni del decreto – legge 22 settembre 2006 n. 259, recante disposizioni urgenti per il riordino della normativa in tema di intercettazioni telefoniche”.

<sup>84</sup> Si tratta del c.d. *Avant projet Catala*, presentato il 22 settembre 2005 al Ministro francese della Giustizia.

<sup>85</sup> Così G. BONILINI, *Danno morale*, cit., p. 88, il quale ne trae il corollario della legittimità del ricorso alle disposizioni, dettate dagli artt. 133 e 133 – bis del c.p. in tema di fissazione dei criteri dei quali il Giudice deve tenere conto ai fini della determinazione della pena.

si accredita, come è accaduto ad opera della giurisprudenza della Corte Costituzionale<sup>86</sup> e della Corte di Cassazione<sup>87</sup>, l'affermazione secondo la quale l'evoluzione normativa, attraverso l'introduzione di casi di risarcibilità del danno non patrimoniale ai quali è estranea ogni funzione di carattere repressivo/sanzionatorio<sup>88</sup>, "ha fatto assumere all'art. 2059 c.c. una funzione non più sanzionatoria, ma soltanto tipizzante dei singoli casi di risarcibilità del danno non patrimoniale".

Infatti, una volta ammesso che il danno non patrimoniale (e, dunque, anche il danno morale in senso stretto), pure nei limiti in cui gli stessi non siano "coperti" dalla generale affermazione di risarcibilità di ogni danno derivante dalla lesione di diritti fondamentali della persona costituzionalmente garantiti<sup>89</sup>, possano essere risarciti anche in assenza di accertamento circa la ricorrenza di una concreta fattispecie di reato (e, dunque, di un comportamento colpevole), risulta difficile riconoscere all'art. 2059 c.c. una funzione sanzionatoria e non invece soltanto tipizzante dei singoli casi di risarcibilità del danno non patrimoniale<sup>90</sup>.

Se, dunque, si possono dare casi in cui alla risarcibilità del danno morale non osta l'assenza di un accertamento, in concreto, della colpevolezza del candidato responsabile (e cioè quando il dolore, la sofferenza o il patema d'animo siano il frutto della lesione di interessi della persona costituzionalmente garantiti), la concreta funzione sanzionatoria della condanna risarcitoria si attenua notevolmente, se non svanisce del tutto: ed infatti appare difficile sostenere, a meno di non voler accreditare meccanismi palesemente finzionistici, che una colpa semplicemente presunta, sulla base, ad esempio, della disposizione dell'art. 2054, 2° co. c.c., possa essere il termine di riferimento di un giudizio che implichi la riprovazione della condotta tenuta.

Un quadro non molto dissimile sembra, del resto, emergere dalle recenti modificazioni normative, sul punto, del sistema tedesco: all'interno del quale, com'è noto, attraverso l'abrogazione del § 847 BGB, e la modifica del § 253 BGB, è stata introdotta una regola normativa nuova. Ed infatti, benché il tenore della disposizione inserita al § 253 sia formalmente analogo a quello dell'abrogato § 847, la norma assume, come è stato notato, un significato radicalmente innovativo, poiché estende il risarcimento del danno non patrimoniale alla responsabilità oggettiva (oltre che alla responsabilità contrattuale) mentre la norma abrogata, in quanto contenuta all'interno della disciplina delle *unerlaubte Handlungen*, lo limitava alla sola responsabilità per colpa<sup>91</sup>.

Né d'altra parte va trascurato che, come è stato puntualmente, ed anche da ultimo, rilevato in dottrina<sup>92</sup>, l'efficacia propriamente punitiva della condanna risarcitoria poteva risultare già ridotta, se non addirittura annullata, dalla pratica, o dall'obbligo dell'assicurazione di responsabilità civile: la quale, sostanzialmente azzerando il costo

---

<sup>86</sup> Il riferimento è, ovviamente, a Corte Cost. 11 luglio 2003 n. 233, cit..

<sup>87</sup> Cfr. Cass. 12 maggio 2003 n. 7281, in *Foro It.*, 2003, I, 2274 ss.

<sup>88</sup> La Corte Costituzionale rammenta, in tale prospettiva, le ipotesi di azione per i danni derivanti da ingiusta privazione della libertà personale, art. 2 L. 117/1988 nonché la tutela risarcitoria per i danni derivanti dal mancato rispetto del termine ragionevole di durata del processo.

<sup>89</sup> Secondo la nota impostazione inaugurata da Cass. 31 maggio 2003 n. 8828; Id. 31 maggio 2003 n. 8827, cit.

<sup>90</sup> Questa è, infatti, com'è noto, la conclusione cui perviene Corte Cost. 11 luglio 2003 cit.

<sup>91</sup> Sul punto cfr. C. CASTRONOVO, *La responsabilità civile in Italia al passaggio del millennio*, in *Europa dir. priv.*, 2003, p. 145, nota 39.

<sup>92</sup> Cfr. G. AFFERNI, *La riparazione del danno non patrimoniale*, cit., p. 879.

economico della condanna risarcitoria per il responsabile, elide, appunto, la valenza affittivo – punitiva della condanna stessa<sup>93</sup>.

Se le considerazioni fin qui svolte colgono nel segno, l'affermazione di una (tendenzialmente generalizzata) funzione punitivo – sanzionatoria (e, dunque, di deterrenza) della condanna risarcitoria a fronte di un danno morale deve essere modulata, nel senso che tale, ipoteticamente generale, funzione punitivo – sanzionatoria debba essere esclusa almeno nei casi in cui il risarcimento prescinda del tutto da un accertamento in concreto della colpevolezza del candidato responsabile, mentre può rinvenire il proprio terreno di elezione nella materia degli illeciti dolosi: ed in questo senso può costituire, in effetti, un modello suggestivo quello del poc'anzi menzionato art. 1371 dell'*avant projet*, che prevede la possibilità per il Giudice di riconoscere il risarcimento dei danni punitivi solo in presenza di “*une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative*”.

Un'indicazione analoga, sia pure in termini di maggiore generalità, sembra provenire anche dal *Code civil* del Québec, il quale, all'art. 1621, ponendo l'accento sulla funzione preventiva che al risarcimento dei danni punitivi deve attribuirsi, individua, quali criteri dei quali tenere conto ai fini della loro determinazione (in ogni caso circoscritta all'ambito sufficiente, appunto, ad assicurarne funzione preventiva), quello della gravità della colpa del debitore e della sua situazione patrimoniale<sup>94</sup>.

Una conclusione analoga è raggiunta anche, in dottrina, sulla base di percorsi di indagine attenti alle suggestioni dell'analisi economica del diritto e che escludono l'opportunità di dare ingresso al meccanismo della condanna punitiva, o dell'applicazione di pene private, sia in presenza di ipotesi di responsabilità per colpa, sia nell'ambito della responsabilità oggettiva.

E' stato, infatti, osservato che, assumendo quale scopo della responsabilità quello di minimizzare il costo sociale complessivo, “l'eventuale imposizione dell'obbligo di devolvere somme a titolo di penale condurrebbe ad un innalzamento dell'attività preventiva al suo livello ottimale”: infatti, “l'imposizione di una penale condurrebbe...ad un innalzamento del costo complessivo che deve essere risarcito (costo dell'incidente + somma a titolo di penale), inducendo, come conseguenza ulteriore, ad un innalzamento delle misure preventive di sicurezza pari esattamente all'entità della somma concessa a titolo di penale”, con conseguenti “effetti disincentivanti e di iperdeterrenza che l'imposizione di una penale comporterebbe in relazione all'attività del soggetto agente”<sup>95</sup>.

Un discorso non dissimile viene proposto anche con riferimento alla materia della responsabilità oggettiva, poiché – sulla premessa che la funzione della responsabilità oggettiva sia quella di “consentire l'internalizzazione integrale del costo sociale complessivo conseguente la realizzazione di determinate attività produttive” – “imporre

---

<sup>93</sup> Del tutto coerentemente, allora, la disposizione dell'art. 1371 dell'*avant projet* prevede che i danni punitivi non siano assicurabili.

<sup>94</sup> Può essere interessante notare che, in prospettiva generale, la disciplina della responsabilità civile contenuta nel *code civil québécois* è stata descritta come caratterizzata, nel solco della tradizione giuridica nazionale, da una sorta di “ossessione della colpa come base della responsabilità civile” (cfr., sul punto, anche per qualche considerazione attenta ai principi generali che, sul punto, emergono nell'ambito della *Charte québécoise des droits et des libertés de la personne*, A. POPOVICI, *Tendances récentes du droit de la responsabilité civile au Québec*, in *Les métamorphoses de la responsabilité*, *Colloque commun aux Facultés de droit de l'Université de Montréal, de l'Université Catholique de Nimègue et de l'Université de Poitiers*, Paris, 1997, p. 133.

<sup>95</sup> Cfr. P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, cit., pp. 62 - 63

l'obbligo di devolvere penali produrrebbe un effetto di iperdeterrenza: con conseguente disincentivazione di attività d'impresa socialmente utile<sup>96</sup>.

Non è questa la sede per riprendere il discorso sulle perplessità metodologiche che può suscitare, in generale, il ricorso agli strumenti dell'analisi economica del diritto: decisivo essendo comunque, al riguardo, il rilievo, già da tempo proposto in dottrina, secondo il quale l'utilizzazione dell'argomento economico presuppone una giustificazione a livello di diritto positivo e di gerarchia delle fonti che non può, ovviamente, esaurirsi nella mera presa d'atto della suggestione dell'uno o dell'altro approccio dell'analisi economica del diritto<sup>97</sup>.

E' tuttavia significativo il convergere delle impostazioni fin qui esaminate verso la soluzione che esclude la seria configurabilità di una funzione sanzionatoria della condanna risarcitoria per danno morale tutte le volte che non sia possibile un accertamento circa la sussistenza di una concreta situazione di colpevolezza, in senso lato, e, dunque, comprensivo anche del dolo, del candidato responsabile.

10. Si possono, a questo punto, formulare le prime conclusioni in ordine ai limiti entro i quali sia dato configurare in effetti una funzione preventivo – sanzionatoria della condanna risarcitoria per danno morale.

Può ritenersi, innanzi tutto, che, in caso di fatto illecito doloso<sup>98</sup>, e che sia produttivo di un danno morale, la condanna del responsabile assuma in concreto anche una funzione sanzionatoria e possa produrre, al tempo stesso, un effetto deterrente avverso la reiterazione di comportamenti analoghi.

Tuttavia, anche in questi casi, ed almeno allo stato attuale del diritto positivo, la condanna del responsabile non potrà prescindere dall'allegazione, e dalla prova, delle conseguenze pregiudizievoli dell'illecito, sia pure riferite, secondo la tradizionale fenomenologia del danno morale, al dolore, nell'afflizione e nel patema d'animo: secondo quanto è stato ritenuto, anche in epoca relativamente recente, dalla Suprema Corte, in un caso, piuttosto insolito, di pretesa risarcitoria relativa all'asserito danno esistenziale discendente dalla lesione del legame di affezione con un cavallo<sup>99</sup>.

---

<sup>96</sup> Cfr. P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, cit., pp. 63 – 64;

<sup>97</sup> Si vedano, sul punto, le notazioni di C. SALVI, *Il paradosso della responsabilità civile*, *Riv. Crit. Dir. priv.*, p. 144; decisiva è, del resto, la considerazione, ampiamente argomentata, di nuovo, da quest'Autore, secondo la quale l'uso delle tecniche dell'analisi economica del diritto può di per sé condurre a conclusioni diametralmente in ordine al modello di responsabilità che si intenda accreditare (cfr. ID., *op. loc. cit.*).

<sup>98</sup> Sul punto è, ovviamente imprescindibile il rinvio alle riflessioni, tuttora attuali, di P. CENDON, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Torino, 1974 nonché, più di recente, ID. *Danno imprevedibile e illecito doloso*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale* a cura di G. Visintini, Milano, 1984, pp. 23 ss

<sup>99</sup> Il riferimento è a Cass. 27 giugno 2007 n. 14846, inedita, per quel che consta: la sentenza ha altresì escluso, concretizzando in termini sicuramente condivisibili il concetto di danno da lesione di diritti della persona costituzionalmente garantiti, che potesse essere considerato a tale stregua il danno derivante, appunto, dalla perdita di un cavallo. Più di recente, in tema di danno non patrimoniale da perdita di animale domestico, cfr. anche Cass. sez. III civ. 25 febbraio 2009 n. 4493, consultabile sul sito *Altalex*, secondo la quale “nel giudizio di equità del giudice di pace, venendo in rilievo l'equità c.d. formativa o sostitutiva della norma di diritto sostanziale, non opera la limitazione del risarcimento del danno non patrimoniale, fissata dall'art. 2059 c.c., sia pure nell'interpretazione costituzionalmente corretta di tale disposizione. Ne consegue che il giudice di pace, nell'ambito del solo giudizio di equità, può disporre il risarcimento del danno non patrimoniale anche fuori dei casi determinati dalla legge e di quelli attinenti alla lesione dei valori della persona umana costituzionalmente protetti, sempre che il danneggiato abbia allegato e provato (anche attraverso presunzioni) il pregiudizio subito, essendo da escludere che il danno non patrimoniale rappresenti una conseguenza automatica dell'illecito”: l'estrema peculiarità, anche dal punto di vista processuale, del caso non consente evidentemente di generalizzare il principio sancito da questa sentenza.

Il richiamo al rigore dell'onere probatorio<sup>100</sup>, suscettibile ovviamente di essere assolto anche mediante presunzioni<sup>101</sup>, desumibili dalla qualità del soggetto leso o, in caso di danno “di riflesso”<sup>102</sup> dalle sue relazioni con la vittima primaria, costituisce, allo stato attuale, l'unico possibile correttivo, benché affidato, inevitabilmente, alla discrezionalità giudiziale, al pericolo di un'esuberanza sanzionatoria della condanna.

Tale pericolo si coglie, se non in modo particolare, anche sul piano della moltiplicazione di richieste di condanna risarcitoria ad opera di una pluralità di soggetti che si assumono danneggiati: con un evidente effetto distorsivo rispetto ad un modello di funzione sanzionatoria, ma anche rispetto ad un modello di semplice deterrenza, la quale, per essere tale, postula che l'autore dell'illecito sia in grado di rappresentarsi le conseguenze derivanti dal medesimo.

In questo senso, appare suggestiva la considerazione, proposta da una dottrina recente, secondo la quale una funzione sanzionatoria “presa sul serio” della condanna risarcitoria per danno morale postulerebbe, in ogni caso, “la certezza della pena, non già una reazione indeterminata o basata su stime equitative”<sup>103</sup>; e le stesse obiezioni si possono muovere, come pure è stato puntualmente notato, alle teorie che ravvisano senz'altro nel risarcimento del danno non patrimoniale, e segnatamente di quello morale, una funzione preventiva, proprio perché, a sua volta, la deterrenza generale può funzionare solo attraverso la conoscenza e la certezza del costo del comportamento<sup>104</sup>.

Sotto quest'ultimo angolo visuale si delinea un limite intrinseco, per così dire, in prospettiva sanzionatoria, della condanna risarcitoria per danno morale, cosicché, a voler portare fino in fondo il discorso sulla funzione sanzionatoria, occorrerebbe sottrarre questa materia alla discrezionalità giudiziale ed ipotizzare un meccanismo di determinazione legislativa *a priori* degli importi suscettibili di essere posti a base della condanna, destinato, peraltro, ed a sua volta, a sfociare in una sorta di riedizione del guidrigildo, introdotto, com'è noto, dall'Editto di Rotari del 643: un esito applicativo che non sembra davvero desiderabile, dal punto di vista del progresso degli istituti giuridici.

Laddove, invece, la condanna risarcitoria per danno morale non possa assolvere, sia pure nei limiti fin qui esposti, una funzione sanzionatoria, il risarcimento del danno morale espletterà la funzione che è stata efficacemente definita di riconoscimento simbolico del valore attribuito alla persona e di riconoscimento, sul piano sociale della ingiustizia della sua violazione<sup>105</sup>. E qui, forse, potrebbe essere il caso di riconsiderare, dopo tanti decenni di riflessione giustamente attenta alle suggestioni, per così dire, a livello di analisi strutturale, dell'analisi economica del diritto, la valenza simbolico – culturale degli istituti e dei rimedi giuridici.

---

<sup>100</sup> Sul punto è d'obbligo rammentare Cass., sez. un., 24 marzo 2006, n. 6572, cit.

<sup>101</sup> Secondo quanto opportunamente ricorda Cass., 12 giugno 2006, n. 13546, in *Danno resp.*, 2006, 843, con nota di Ponzanelli

<sup>102</sup> Come accade nell'ipotesi di danno lamentato dai congiunti della vittima primaria, che ha assunto assai maggiore importanza pratica a partire dall'affermazione, ad opera di Cass. 23 aprile 1998 n. 4186, in *Danno resp.*, 1998, 687, della risarcibilità del danno morale dei congiunti della vittima primaria anche in caso di lesioni personali, e non di morte, di quest'ultima

<sup>103</sup> Cfr. G. CRICENTI, *Persona e risarcimento*, cit., p. 186

<sup>104</sup> Così ancora G. CRICENTI, *Persona e risarcimento*, cit., p. 187.

<sup>105</sup> Cfr. G.. CRICENTI, *Persona e risarcimento*, cit., pp. 190 – 191.

Infatti, ed a non voler ritenere che la condanna risarcitoria per danno morale debba risolversi in quella – efficacemente definita, a questo punto<sup>106</sup> - strana alchimia, che consiste appunto nel estrarre monete dalle proprie lacrime, il danaro non può assumere, in questo caso, il ruolo, che gli è normalmente proprio, di unità di misura dei valori di mercato, bensì, ed appunto, quello di ripristino dell'assetto di valori recepito dall'ordinamento.

Questa lettura del significato che assume, nel contesto dell'istituto aquiliano, la condanna risarcitoria – o, meglio, riparatoria - per danno morale soggettivo sembra trovare, ad onta delle prime apparenze, una conferma nella penetrante considerazione di chi ha osservato, di recente, che “nonostante l'estraneità originaria, l'innesto del danno non patrimoniale nelle strutture della responsabilità civile significa l'ascrizione alla logica risarcitoria anche di tale danno, nonostante esso sia di per sé insuscettibile della liquidazione per equivalente. L'aporia nella quale è venuto a trovarsi il danno non patrimoniale nel momento in cui, per diventare risarcibile, ha dovuto tradursi in una somma di denaro, ha suggerito, di quando in quando, letture penalistiche della responsabilità che lo riguarda, le quali sono potute sembrare lo sbocco coerente di un danno di per sé non suscettibile dell'apprezzamento patrimoniale consustanziale al risarcimento. Esse sono però frutto del non adeguato apprezzamento del significato dell'innesto del danno non patrimoniale nelle strutture della responsabilità civile con la totale depurazione di esso delle scorie originarie dell'*actio iniuriarum* e della sua natura penalistica. Tale significato consiste nel considerare il danno non patrimoniale *come se* esso fosse traducibile per equivalente in una somma di denaro negli stessi termini del danno patrimoniale. Equiparato, cioè, il danno non patrimoniale a quello patrimoniale, da sempre apprezzabile in danaro e perciò risarcibile, anche il primo diventa risarcibile. L'organo di tale transustanziazione diventa inevitabilmente il giudice, al quale viene affidato il compito di trasformare quella riparazione del danno non patrimoniale in risarcimento, il quale in essenza esigerebbe la patrimonialità”<sup>107</sup>.

Infatti, la finalità del processo, a tale stregua suggestivamente definito di transustanziazione, non può essere considerata quella di forzare, all'interno dei circuiti e dei criteri di valutazione del mercato, dati di realtà (la perdita non riconducibile ad una valutazione in danaro; ancora più chiaramente, la sofferenza o il dolore) ad essi ontologicamente estranei; mentre lo scopo del medesimo deve essere ravvisato proprio nel riconoscimento simbolico del valore della persona.

11. La considerazione da ultimo svolta, a proposito della funzione simbolica della condanna risarcitoria per danno morale, ci consente, a questo punto, di giungere alla conclusione del discorso e di delineare, anche alla luce dei dati normativi e giurisprudenziali in precedenza analizzati, un possibile statuto funzionale della condanna risarcitoria per danno morale soggettivo in grado di aggregare attorno a sé sia le ipotesi in cui tale profilo di danno sia liquidato in contesti di responsabilità per fatto illecito, sia quelle in cui lo stesso sia riconosciuto in ambiti di responsabilità per colpa: statuto

---

<sup>106</sup> L'espressione è di G. VINEY, *Les obligations. La responsabilité: conditions*, Paris, 1982, p. 927, la cui posizione, sul punto, è rammentata da F.D. BUSNELLI, *Interessi della persona e risarcimento del danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, p. 4.

<sup>107</sup> Così C. CASTRONOVO, *Sentieri di responsabilità civile europea*, in *Europa dir. priv.*, 2008, p. 805.

funzionale unitario che, come si è visto, non si presta ad essere assicurato dal profilo della funzione sanzionatoria, o deterrente, della condanna, che non può entrare in gioco nei casi di responsabilità oggettiva.

Muovendo, infatti, dalla premessa, sulla quale ci si è soffermati in precedenza, della centralità del valore della persona nel vigente ordinamento, lo strumento della condanna risarcitoria per danno morale soggettivo, commisurata alla serietà e gravità della lesione, può presidiare efficacemente la dignità della persona. La negazione del valore della persona, e della sua dignità, che il fatto produttivo di danno morale abbia potuto determinare, trova, dunque, risposta, da parte dell'ordinamento, nella condanna risarcitoria adottata a carico del responsabile.

Né deve sembrare che tale modalità rimediaria sia del tutto inadeguata rispetto all'esigenza di riaffermazione della dignità della persona; e qui possono essere richiamate le considerazioni poc'anzi richiamate di autorevole dottrina in ordine alla transustanziazione in danaro che anche entità non riconducibili al mercato debbono subire per poter essere inserite nel circuito della giustiziabilità.

Certamente, in questa sua funzione di presidio della dignità della persona<sup>108</sup>, la condanna risarcitoria per danno morale soggettivo<sup>109</sup> non potrà essere considerata isolatamente da altre tecniche, quale, in particolare, la pubblicazione della sentenza di condanna prevista dall'art. 120 c.p.c.<sup>110</sup>; ma neppure potrà essere negata nella sua incisività ed effettività.

D'altra parte, è proprio l'aggancio all'esigenza di tutela della dignità della persona, tanto più accentuata quanto più grave sia stata la lesione che il fatto illecito abbia alla stessa cagionato, che può costituire una giustificazione concorrente, e per certi versi, perfino più persuasiva, di quella proposta dalle Sezioni Unite, della regola di irrisarcibilità di danni non patrimoniali (qui specificamente, morali soggettivi) che non eccedano la soglia della apprezzabile gravità.

Si conferma, allora, che l'ipotesi di lavoro dalla quale avevamo ritenuto di prendere le mosse: in quello che avevamo definito il tempo della complessità anche la risposta dell'ordinamento, e le strategie da esso perseguite, al fine di soddisfare l'esigenza di tutela della persona non possono che riprodurre uno schema complesso. Ed allora l'affermazione, del tutto condivisibile dal punto di vista assiologico, dell'unità essenziale della persona umana, e del suo valore, deve scontare, sul piano dei rimedi, la consapevolezza dell'articolazione funzionale delle tutele, non sempre suscettibili di essere assicurate dallo strumento risarcitorio<sup>111</sup> ovvero tali, comunque, da esibire, pur a voler

---

<sup>108</sup> Sulla quale, come si accennava, anche la più recente giurisprudenza pone opportunamente l'accento: cfr. ancora Cass. 12 dicembre 2008 n. 29191, alla stregua di un importante richiamo al riconoscimento che il valore della dignità della persona assume all'interno della c.d. Costituzione europea e del Trattato di Lisbona,

<sup>109</sup> Configurabile, naturalmente, anche in ambiti di danno morale soggettivo derivante da responsabilità contrattuale: ma la presenza, all'interno di questo Trattato, di una parte specificamente dedicata al danno non patrimoniale da inadempimento non consente di affrontare *ex professo* l'argomento.

<sup>110</sup> Tanto più nella sua formulazione opportunamente adeguata alle nuove tecniche di comunicazione via internet introdotta dalla L. 18 giugno 2009 n. 69.

<sup>111</sup> Nota opportunamente S. MAZZAMUTO, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c.ecc.*, cit. p. 594 che "l'istanza panrisarcitoria si presenta come la linea di pensiero più sensibile alle ragioni dell'individuo e in definitiva più garantista, ma, a ben vedere, essa si risolve nell'esatto contrario, poiché, figlia del pensiero debole e schiava del preconetto secondo cui ogni lesione genera risarcimento, induce a trascurare il vero nodo della tutela della persona che consiste, nel vagliare quale sia, in relazione ai singoli profili della personalità, lo strumento migliore per la loro giuridificazione e la connessa tutela".

rimanere nel terreno risarcitorio (o riparatorio), un'incomprimibile articolazione funzionale dello stesso.