

Dottorato in Diritti Umani: Evoluzione, Tutela e Limiti

Dipartimento di Giurisprudenza – Università degli Studi di Palermo

in cotutela con

Doctorado en Sostenibilidad y paz en la era posglobal

Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política - Universitat de València

Diritto Civile - IUS/01

**I DIRITTI FONDAMENTALI NEL SISTEMA DI COMPENSAZIONE ITALIANO
E NEL CONTESTO EUROPEO**

**IL DOTTORE
ELISA COLLETTI**

**IL COORDINATORE
CH.MA PROF.SSA ISABEL TRUJILLO**

**IL TUTOR
CH.MO PROF. GIORGIO PINO**

**IL TUTOR
CH.MA PROF. JAVIER PLAZA PENADEZ**

Il presente lavoro è stato redatto anche grazie al contributo della borsa di studio intitolata a Giovanni Falcone e Paolo Borsellino, conseguita nell'A.A. 2018/2019.

*Chi coltiva il sapere non è mai solo
(Andrea Camilleri)*

INDICE ANALITICO

<i>INTRODUZIONE</i>	7
---------------------	---

CAPITOLO I

LA TUTELA DELLA PERSONA E DEI SUOI DIRITTI: NODI DA SCIogliere

1. <i>LA SFERA DI TUTELA DEL SOGGETTO "ESISTENTE": UN CATALOGO APERTO O CHIUSO?</i>	9
2. <i>COMMERCIALIZZAZIONE, DISPONIBILITÀ DEI DIRITTI FONDAMENTALI E LORO COMMERCIALIZZAZIONE</i>	12
3. <i>ANALISI DI (ALCUNI DEI) NODI TEORICI CHE VENGONO AL PETTINE IN AMBITO RISARCITORIO: ESPEDIENTI DOTTRINARI E GIURISPRUDENZIALI AL VAGLIO DELLA PRASSI</i>	17
4.1. <i>EVENTISMO, CONSEQUENZIALISMO, PARAEVENTISMO</i>	19
4.2. <i>CATEGORIE DEL DANNO ALLA PERSONA: UNITARIETÀ, INTEGRALITÀ, ESIGENZE DI TUTELA</i>	26

CAPITOLO II

IL DANNO NON PATRIMONIALE IERI ED OGGI IN DOTTRINA ED IN GIURISPRUDENZA

1. <i>PROCESSI EVOLUTIVI DEL DANNO NON PATRIMONIALE E DEI SISTEMI RISARCITORI IN ITALIA</i>	42
--	----

2. LA GIURISPRUDENZA: I DANNI PUNITIVI NEI SISTEMI DI COMMON LAW	55
2.1 I DANNI PUNITIVI IN ITALIA: DALL'ORDINANZA DI REMISSIONE AL PRONUNCIAMENTO DELLA SUPREMA CORTE	61
3. LA DOTTRINA: GLI OBBLIGHI DI PROTEZIONE, LA CATEGORIA DELL'OBBLIGAZIONE SENZA PRESTAZIONE E QUELLA DEL CONTATTO SOCIALE. PROFILI ETICI E FILOSOFICI	81

CAPITOLO III

FORME RISARCITORIE PECULIARI: DAL DANNO DA RESPONSABILITÀ MEDICA AL DANNO DA CRIMINE DI MAFIA (RECTIUS DAL DANNO BIOLOGICO AL DANNO TERMINALE): SFACCETTATURE DEL DANNO ALLA PERSONA

1. CASI PECULIARI DI RISARCIMENTO DEL DANNO	104
1.1. LA RESPONSABILITÀ MEDICA: CONTRATTUALE O EXTRACONTRATTUALE. INCERTEZZE DI UNA RIFORMA	105
1.2. IL DIRITTO ALLA SALUTE: LA MATERIA DEL RISARCIMENTO DANNI IN AMBITO MEDICO	107
2. UNA SPECIES DEL PIÙ AMPIO GENUS: IL DANNO PSICHICO	114
3. IL DANNO TANATOLOGICO	122
3.1. APPLICAZIONI PRATICHE DEL DANNO TERMINALE CATASTROFALE: CONSEGUENZE CIVILISTICHE DI UN ECCIDIO MAFIOSO	133
3.2. VARIAZIONI SUL TEMA: IL CD. DANNO DA PREMORIENZA. DAL RICONOSCIMENTO GIURISPRUDENZIALE A QUELLO PARANORMATIVO	137
3.3. IL DANNO DA PERDITA DELLA RELAZIONE PARENTALE	145
4. IL DANNO DA NASCITA INDESIDERATA	151
5. LE TABELLE DI MILANO: L'EVOLUZIONE PARANORMATIVA DEI CRITERI DI LIQUIDAZIONE DEL DANNO ALLA PERSONA	165

CAPITOLO IV

L'ACQUIS COMMUNAUTAIRE DEL DANNO ALLA PERSONA: IL PROCESSO DI ARMONIZZAZIONE EUROPEA

1.	<i>INTRODUZIONE: VERSO LA COSTRUZIONE DI UNA TUTELA UNITARIA DELLA PERSONA</i>	<i>179</i>
1.1.	<i>SEGUE: LA DIMENSIONE ETICA DEL GIUDIZIO NEL CONTESTO DELLA TUTELA UNITARIA DELLA PERSONA</i>	<i>182</i>
2.	<i>IL CAMMINO DELL'ARMONIZZAZIONE ED IL RUOLO DEL DIRITTO PRIVATO EUROPEO: STRUMENTI E LIMITI</i>	<i>185</i>
3.	<i>PRECEDENTI ILLUSTRI: LA DISCIPLINA EUROPEA IN AMBITO CONSUMERISTICO E LA TUTELA DEL TURISTA INSODDISFATTO</i>	<i>190</i>
4.	<i>IL RAPPORTO TRA DIRITTO COMUNITARIO E LA CATEGORIA DEL DANNO ALLA PERSONA</i>	<i>198</i>
5.	<i>IL DANNO ALLA PERSONA NELLA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA E NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA</i>	<i>201</i>
6.	<i>I PRINCIPI UNIDROIT E IL DANNO ALLA PERSONA</i>	<i>204</i>
	<i>CONCLUSIONI</i>	<i>208</i>
	<i>BIBLIOGRAFIA</i>	<i>217</i>

INTRODUCCIÓN

EL presente trabajo de investigación pretende analizar aquellos elementos perturbadores que se interponen en el camino de la protección de la persona, en el caso de que la misma sufra daños no patrimoniales contra su integridad física y psíquica o contra su propia vida, daños por los cuales pretenda obtener una compensación.

De hecho, es la protección de la persona, de su integridad física y psíquica y en última instancia de su vida, lo que constituye actualmente, sobretodo tras la constitucionalización del derecho civil y los derechos humanos, el núcleo de un sistema de garantías destinadas a redefinir el concepto del individuo.

Sin embargo, para poder profundizar en el problema, es fundamental analizar de forma preliminar aquellas cuestiones relacionadas con la evaluación efectiva del daño inmaterial.

Los problemas, *rectius* las categorías de problemas, cuya investigación se hace necesaria, con el fin de un estudio más completo del daño biológico y de sus hermanos menores, son esencialmente dos:

Identificar el número de derechos realmente compensables y los límites que esta protección encuentra en la relación con agentes externos, en particular, los límites que se derivan del uso (o abuso) que los titulares de estos derechos hacen de ellos.

En este sentido, en el Capítulo I se investiga el tema de la *cd. commodification*, o mercantilización de los derechos del individuo, por parte del mismo, con fines de lucro.

A continuación, se ha procedido con la investigación de algunas de las diferentes categorías jurisprudenciales de indemnización por "daño a la persona": la *ratio* radica en el deseo de determinar los problemas críticos detrás de la aplicación práctica de las categorías de indemnización por daños biológicos, morales,

existenciales, parentales *etc...* en caso de indemnización por daños que sean necesarios debido a una lesión de carácter no pecuniario.

El propósito, de hecho, es verificar si, en estos casos particulares, las fórmulas de compensación mencionadas y los criterios para la liquidación del daño adoptado en los procedimientos civiles son válidos para garantizar a la víctima la compensación total y efectiva del daño sufrido, o si, en cambio, el principio de reparación integral da paso a un intento de *reductio ad unum* de los posibles elementos de daño. Distinguir las características de cada uno de ellos ha permitido aclarar el contexto de compensación en el que el juez civil opera cuando se enfrenta a la necesidad de compensar a la víctima de un daño civil.

A partir de la investigación del contexto antes mencionado, ha sido luego posible identificar los fallos del sistema de compensación y de los criterios adoptados en sede civil para liquidar el daño que, de hecho, no permiten la protección total de la víctima del daño.

Las operaciones descritas anteriormente, en realidad, han sido todas preliminares a un segundo paso de investigación, que ha consistido en la formulación de hipótesis de soluciones jurisprudenciales o legislativas que se aplicarán a nivel supranacional, a fin de proteger mejor a la parte perjudicada en el presente caso.

De hecho, la perspectiva adoptada en el análisis plantea la necesidad de cruzar las fronteras nacionales para alcanzar la identificación de posibles perfiles de indemnización civil en el contexto europeo, dado que la protección de lesiones personales en ámbito civil requeriría un nivel de cumplimiento e implementación que basa sus raíces en una dimensión supranacional.

CAPITOLO I

LA TUTELA DELLA PERSONA IN AMBITO RISARCITORIO: NODI DA SCIogliere

1- LA SFERA DI TUTELA DEL SOGGETTO "ESISTENTE": UN CATALOGO APERTO O CHIUSO?; 2- COMMODIFICATION, DISPONIBILITÀ DEI DIRITTI FONDAMENTALI E LORO COMMERCIALIZZAZIONE; 3- ANALISI DI (ALCUNI DEI) NODI TEORICI CHE VENGONO AL PETTINE IN AMBITO RISARCITORIO: ESPEDIENTI DOTTRINARI E GIURISPRUDENZIALI AL VAGLIO DELLA PRASSI; 4.1.- EVENTISMO, CONSEQUENZIALISMO, PARAEVENTISMO; 4.2.- CATEGORIE DEL DANNO ALLA PERSONA: UNITARIETÀ, INTEGRALITÀ, ESIGENZE DI TUTELA.

1. LA SFERA DI TUTELA DEL SOGGETTO "ESISTENTE": UN CATALOGO APERTO O CHIUSO?

Per lungo tempo percepita dalla cultura civilistica come una questione secondaria, la tutela della persona ha ormai acquisito un rilievo centrale, tanto sul piano dell'applicazione pratica, quanto su quello della riflessione scientifica¹.

Ma cosa è diritto della persona e cosa non lo è?

Diversi, in effetti, sono gli aspetti di tutela del soggetto esistente potenzialmente oggetto di protezione giuridica: quelli attinenti alla "persona", intesa nella sua corporeità, e quelli riguardanti la "personalità" della medesima, che si estrinseca nella sua dimensione morale, ideale, spirituale, relazionale, sociale: il diritto al nome, allo pseudonimo, all'immagine, alla reputazione, all'identità personale, all'identità sessuale, alla riservatezza, il diritto morale di autore, il diritto all'oblio, il diritto allo sfruttamento economico della propria notorietà, il diritto sui propri dati.

Si riconduce invece alla categoria dei diritti della persona l'insieme degli interessi e dei profili di tutela attinenti all'integrità psicofisica dell'individuo che,

¹ RESTA G., "Dignità, Persone, Mercati", Giappichelli - Torino, 2014.

a quanto emerge dal panorama dottrinario e giurisprudenziale più recente, ruotano principalmente intorno alla tutela del diritto all'integrità psico-fisica del medesimo.

A livello costituzionale, il principio solitamente individuato come stella polare nella teoria dei diritti della personalità è il c.d. principio personalistico². Tale principio, considerato uno dei valori fondanti della Costituzione, può essere definito come il diritto di ciascuno all'autodeterminazione personale come irretrattabile valore appartenente ad ogni essere umano³. Il fondamento costituzionale è normalmente individuato nell'art. 2, talvolta letto in combinato disposto con altre disposizioni costituzionali, quali in primo luogo l'art. 3, comma 2⁴. Tra l'altro, le norme costituzionali sono oggi universalmente riconosciute dalla dottrina costituzionalistica come direttamente applicabili a livello interpretativo, anche in assenza di una *interpositio legislatoris*⁵, secondo alcuni proprio per rendere effettivo il riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo di cui all'art. 2

² MESSINETTI D., *Personalità (diritti della)*, RESCIGNO P., *Personalità (diritti della)*, Enc. Giur. Treccani. 1994; BARBAZZA A., *Natura, contenuto e struttura dei diritti della personalità* in I diritti della personalità di Ruscica S. (a cura), 2013, Cedam; per l'influenza del principio personalista nel diritto civile si veda BESSONE M., FERRANDO G., *Persona fisica (diritto privato)*, cit. RESCIGNO. P., *Introduzione al Codice civile*, Roma-Bari, Laterza, 1994, pp. 56-64. ROLLA G., *Le prospettive dei diritti della persona alla luce delle recenti tendenze costituzionali*, in «Quaderni costituzionali», 1997, 3, pp. 417-459.

³ ROLLA G., *Le prospettive dei diritti della persona alla luce delle recenti tendenze costituzionali*, in Quaderni costituzionali, 1997, 3, pp. 417-459.

⁴ Il principio personalistico "anima la nostra Costituzione, la quale vede nella persona umana un valore etico in sé, vieta ogni strumentalizzazione della medesima per alcun fine eteronomo ed assorbente, concepisce l'intervento solidaristico e sociale in funzione della persona e del suo sviluppo e non viceversa, e guarda al limite del 'rispetto della persona umana' in riferimento al singolo individuo, in qualsiasi momento della sua vita e nell'integralità della sua persona, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive". V. Cass. Civ., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748.

⁵ TARELLO G., *L'interpretazione della legge*, cit., p. 337; GAMBARO A., PARDOLESI R., *L'influenza dei valori costituzionali sul diritto civile*, in PIZZORUSSO A., VARANO V. (a cura di), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Giuffrè, Milano, 1985, t. I, pp. 5-13, a p. 12; GUASTINI R., *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Giappichelli, 2006, pp. 238-267.

Cost., la peculiarità del quale, come noto, è quella di non fissare un *numerus clausus* di diritti risarcibili.

Il problema che ne deriva, invero, è quello dell'individuazione di cosa è degno di ristoro e di cosa non lo è.

Ad esempio, mentre è certamente riconosciuta tutela risarcitoria a diritti quali quello all'autodeterminazione terapeutica, non è detto che debbano allo stesso modo risarcirsi formule più late, come il diritto alla "qualità della vita".

Dovrebbero esulare dall'essere oggetto di risarcimento, inoltre, anche tutti quei diritti che, pur di rango costituzionali, hanno però una valenza marcatamente economica, e non ineriscono alla sfera della persona nelle sue componenti personali e relazionali. Si tratta, in effetti, di quella vasta sottocategoria della Costituzione che viene definita Costituzione economica. Ciò che va tutelato, in effetti, è l'essere, e non l'avere⁶.

Ma cosa, dell'essere, in particolare?

In base alla teoria pluralista⁷, o atomista, si possono solo configurare singoli, specifici diritti della personalità, come il diritto al nome, il diritto all'immagine, il diritto all'identità personale, il diritto alla riservatezza, e così via. Esiste poi un orientamento restrittivo, nettamente minoritario, secondo il quale la categoria

⁶ Il nostro ordinamento sconta qui una diversità rispetto ad altri ordinamenti e all'ordinamento unionale. Nel sistema italiano, infatti, la proprietà non è un diritto inviolabile. Ed infatti, avendo *"perduto quel carattere di stretta inerenza alla persona che gli era stato annesso artificialmente in passato"*, per SANDULLI A.M. il diritto di proprietà *"non rientra tra quei diritti dell'uomo che globalmente la Costituzione definisce, nell'art. 2, inviolabili"*. D'altra parte, per MENGONI L. definire la proprietà come diritto "fondamentale", è possibile solo *"attraverso la distinzione tra diritti fondamentali inviolabili e diritti fondamentali non correlati dell'attributo dell'invulnerabilità"*.

⁷ DEGNI F., *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, Torino, Utet, 1939, p. 161; DE CUPIS A., *I diritti della personalità*, Giuffrè, 1982; PUGLIESE G., *Aspetti civilistici della tutela del diritto della personalità nell'ordinamento italiano*, in AA.VV., *Alcuni problemi sui diritti della personalità*, Milano, Giuffrè, 1964, pp. 3-37; ONDEI E., *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, Utet, 1965, p. 234; VERCELLONE P., *Personalità (diritti della)*, in Digesto delle Discipline Privatistiche - Sez. Civile, vol. XIII, Utet, Torino, 1995, p. 1084; BIANCA C. M., *Diritto civile I. La norma giuridica. I soggetti*, Giuffrè Milano, 2000, pp. 144-146; GIACOBBE G., *L'identità personale tra dottrina e giurisprudenza. Diritto sostanziale e strumenti di tutela*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1983, pp. 810-887; MACIOCE F., *Tutela civile della persona e identità personale*, Padova, Cedam, 1984, pp. 20-23; RESCIGNO P., *Personalità (diritti della)*, cit., p. 5.

dei diritti della personalità sarebbe una categoria chiusa, che concepisce non singoli diritti della personalità, ma un diritto generale della (o alla) personalità, vale a dire un diritto unitario all'autonomo sviluppo della propria personalità, che si articola poi in diversi aspetti o specifiche facoltà.

Mentre le teorie pluraliste si accostano ad un'impostazione penalistica della materia, quelle moniste⁸ si identificano con il diritto di proprietà: allo stesso modo in cui vi è un diritto di proprietà, che certamente include una serie di facoltà anche eterogenee (di disposizione, di godimento *etc.*), così vi è un unitario diritto della personalità, che ricomprende diversi profili, tutti strutturalmente e funzionalmente collegati alla personalità stessa⁹.

2. COMMERCIALIZZAZIONE, DISPONIBILITÀ DEI DIRITTI FONDAMENTALI E LORO COMMERCIALIZZAZIONE

Altra questione problematica riguarda l'atteggiarsi della persona stessa in relazione ai propri diritti, ovvero la tendenza dell'individuo alla mercificazione dei propri diritti fondamentali (in particolare, il diritto alla salute) e allo

⁸ ASCARELLI T., *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Giuffrè, Milano, 1957, cap. VIII; GIAMPICCOLO G., *La tutela giuridica della persona umana e il cd. diritto alla riservatezza*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1958, pp. 458-473; SCHERMI A., *Il diritto assoluto della personalità ed il rispetto della verità nella cronaca, nell'opera storiografica, nell'opera biografica e nell'opera narrativa di fantasia*, in «Giustizia civile», 1966, I, pp. 1252-1270; LIOTTA M., *Onore (diritto all')*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXX, 1980, pp. 202-209; DOGLIOTTI M., *Le persone fisiche*, cit., pp. 66-70; FERRI G. B., *Oggetto del diritto della personalità e danno non patrimoniale*, in Id., *Persona e formalismo giuridico*, Giuffrè Milano, 1985; ZENCOVICH Z., *Onore e reputazione nel sistema del diritto civile*, Jovene, 1985, p. 154.

⁹ PINO G., *Teorie e dottrine dei diritti della personalità. Uno studio di meta-giurisprudenza analitica*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2003/1, pp. 237-274.

svilimento della propria dignità¹⁰. L'elemento della dignità, in particolare, è spesso presente nella letteratura sui diritti umani, soprattutto a livello sovranazionale: i più importanti documenti internazionali adottati in ambiti istituzionali quali l'Unesco, il Consiglio d'Europa o l'Unione Europea annoverano la dignità umana tra i principi fondamentali cui orientare le attività di tutela della persona umana.

Nel tempo, la frequenza dei richiami al concetto di dignità è andata aumentando in maniera esponenziale: dalla Convenzione di Oviedo, alla dichiarazione Unesco sulla Bioetica, dalla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea¹¹ alla Convenzione Europea sui Diritti dell'Uomo e del cittadino, tanto da portare gli studiosi a ritenere che *“la dignità dell'uomo costituisca l'unico valore assoluto in un contesto informato al relativismo dei valori”*¹².

Inoltre, la funzione attribuita ai diritti fondamentali è mutata col mutare della società, con lo spostamento degli equilibri tra potere pubblico e privato. Ed infatti, negli ultimi cinquant'anni si è passati da una accezione prevalentemente negativa e statica dei diritti fondamentali ad una positiva e dinamica¹³: la prima

¹⁰ Sul tema della dignità cfr. ALPA G., *Dignità, Usi giurisprudenziali e confini concettuali*, in *La Nuova giur. Civ. comm.*, 1997, II, p. 415 ss.; ID. *Dignità personale e diritti fondamentali*, in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 2011, p. 21 ss.; ZATTI P., *Note sulla semantica della dignità*, in *Maschere del diritto, volti della vita*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 29 ss.; RODOTÀ S., *La vita e le regole*, Feltrinelli, Milano, 2006; Id., *Antropologia dell' homo dignus*, ora in *Critica del diritto privato* Editoriali e saggi della Rivista Critica del Diritto Privato, raccolti da ALPA G. e MARELLA M.R., Jovene, Napoli, 2017, p. 345 ss.; MARELLA M.R., *Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti*, in *Riv. Crit. Dir. priv.*, 2007, p. 67 ss.; RESTA G., *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità* (Note in margine alla Carta dei diritti), in *Riv. Dir. civ.*, 2002, p. 801 ss.; Id., *La dignità*, nel *Trattato di biodiritto*, diretto da Giuffrè, Milano, 2010, p. 259 ss.; CRICENTI G., *Il sè e l'altro*, Bioetica del diritto civile, Edizioni ETS, Pisa, 2013; SCALISI V., *L'ermeneutica della dignità*, Giuffrè, Milano, 2018; ALPA G., *Autonomia privata, diritti fondamentali e “linguaggio dell'odio*, in *Contr. e impr.*, 2018, p. 45 ss.

¹¹ Ad esempio, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, all'art. 1 chiarisce che: *“La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata”*. Anche la Convenzione per la protezione dei Diritti dell'Uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti delle applicazioni della biologia e della medicina (1996), assicura l'importanza della dignità umana.

¹² RESTA G., *op.cit.*

¹³ RESTA G., *op.cit.*

fase del riconoscimento di tali diritti ha registrato la prevalenza dell'aspetto difensivo degli stessi, concepiti come strumenti di protezione dei singoli contro le ingerenze statali e politiche.¹⁴ Solo quando i confini sono risultati chiari e ben definiti, si è cominciato a porre l'accento sulle condizioni necessarie per ottenere una tutela effettiva di tali diritti¹⁵, attività che ha portato alla scoperta di una inconfutabile verità: i principali limiti alla tutela dei diritti fondamentali derivano dal modo in cui gli stessi titolari ne beneficiano o, forse, ne abusano.

Il problema nasce dall'espansione delle logiche di mercato in aree ad esso estranee, come quella dei beni della persona: mentre in passato i diritti fondamentali erano da tutelare solamente contro le ingerenze del potere politico, oggi il potere che più di tutti si staglia come un'ombra sui diritti fondamentali sembra essere quello economico¹⁶. E' il caso, ad esempio, delle disposizioni di materiale biologico e di parti del corpo dietro corrispettivo, nonché della maternità surrogata¹⁷.

Il fenomeno descritto è quello della *commodification*, definito da Margaret Jane Radin¹⁸ come "la costruzione sociale di una determinata entità come merce" (cd.

¹⁴ RESTA G., *op.cit.*

¹⁵ Il mutamento descritto ha interessato anche la più recente giurisprudenza degli Stati Membri dell'Unione, nonché di organismi sovranazionali come la Corte di giustizia dell'Unione Europea e la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

¹⁶ GRIMM. D., *Autonomia e Libertà- Riflessioni sulla tutela dei diritti fondamentali e la "commercializzazione"*, 9 ss.

¹⁷ Ed infatti la dignità, così come concepita dalle norme costituzionali di cui agli artt. 3, 36,41,32 Cost., è valore da leggere in combinato disposto con quelli di libertà ed uguaglianza, e da ciò nasce l'idea che l'individuo ne possa disporre senza limiti. Ma, come ebbe a sostenere Rodotà già nel 2013, "proprio questa antropologia della modernità giuridica è ora messa in discussione, anzi sfidata e radicalmente negata, da una logica di mercato che, in nome della produttività e degli imperativi della globalizzazione, prosciuga i diritti e ci fa ritornare verso quella "gestione industriale degli uomini" che è stato il tratto angoscioso del totalitarismo del Novecento", Lectio magistralis "Antropologia dell'Homo dignus" tenuta nell'Aula Magna dell'Università di Macerata il 6 ottobre 2010 in occasione del conferimento della Laurea *honoris causa*.

¹⁸ RADIN M.J., "Contested commodities. The trouble with trade sex, children, body parts, and other things", Harvard University Press, Cambridge, London, 1996.

commodity)¹⁹, nonchè la sua attitudine ad essere prima commercializzata e poi scambiata secondo logiche e modelli mercantili.

Si va infatti sviluppando il problema della disponibilità dei diritti fondamentali: si rende di conseguenza necessario individuare dei limiti entro i quali il titolare di un diritto fondamentale possa validamente disporre, e sconfinati i quali il medesimo debba ritenersi definitivamente indisponibile.

Da qui l'esigenza, sentita da molti, di operare un ulteriore passo avanti verso la protezione dei diritti fondamentali: la tutela dalla loro tendenza alla commercializzazione²⁰.

La funzione della dignità²¹, in questo contesto, è quella di fondare una serie di divieti, non derogabili nemmeno attraverso il consenso del titolare della garanzia, che incidano sull'autonomia privata e sulla stessa libertà di autodeterminazione del soggetto.

Da ciò la necessità che anche i diritti fondamentali si pongano "*a presidio della vita, che in nessuna sua manifestazione può essere attratta nel mondo delle merci*"²². Gli stessi dovrebbero essere ripensati in un'ottica istituzionale, come strumenti di garanzia rispetto alle logiche pervasive dell'economia.

¹⁹ Radin sostiene che nella cultura occidentale alcune forme di proprietà, essenziali allo sviluppo della propria identità e alla salute fisica (cd. *personal property*) debbano essere tutelate per fini superiori di mantenimento della propria integrità fisica, e non scambiate alla stregua di altri generi di proprietà (cd. *fungible property*) La *commodity* viene definita dall'autore come quella costruzione sociale di una determinata entità come merce, con attitudine ad essere prima commercializzata e poi scambiata secondo logiche e modelli mercantili.

²⁰ RESTA G., *op.cit.*

²¹ Dunque la dignità da un lato ha ed ha avuto la funzione essenziale di fondare il riconoscimento, in capo a tutti gli esseri umani, di una serie di diritti fondamentali ed inalienabili, espandendo le sfere di libertà degli individui; dall'altra è chiamata, oggi, ad una ben più importante funzione: quella di "minimo comune etico" utile all'individuazione del perimetro entro il quale l'individuo possa esercitare la propria autonomia negoziale nei confronti di diritti tradizionalmente concepiti come indisponibili.

²² Così, RODOTA' S. in "*La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*", Feltrinelli, 2009.

Ed infatti, il processo di *commodification* non fa che moltiplicare le occasioni nelle quali è lo stesso soggetto tutelato e mettere in pericolo il sistema di garanzie apprestato dall'ordinamento a sua tutela, dando così vita a due tendenze confliggenti: da un lato l'ordinamento tende a rafforzare la protezione del singolo rispetto ai pericoli posti dallo sviluppo delle tecnologie²³; dall'altro, è lo stesso individuo che indebolisce l'apparato dei suoi interessi in virtù della commercializzazione dei beni e dei diritti che possiede e dell'ottenimento di un profitto²⁴.

E' in questo mutato contesto²⁵ che lo studioso dei diritti fondamentali dovrebbe tendere a forgiare uno scudo contro la trasformazione dell'autonomia privata in un nulla-osta per la riduzione dell'individuo a cosa mercificata²⁶; l'attuazione del valore della dignità, infatti, non può essere rimessa esclusivamente all'iniziativa dei privati, avendo i pubblici poteri un dovere positivo di controllarne la gestione.²⁷

E' a conclusione di tale discorso che riecheggia, più che mai attuale, il monito di Rodotà: *“Se si nasce eguali in dignità e diritti, custodire la dignità nella sua*

²³ Tale rafforzamento avviene per il tramite del riconoscimento all'individuo di diritti sempre nuovi, quali quello all'autodeterminazione bioetica. Si tratta dei cd. diritti di quarta generazione, riconosciuti anche nel campo delle manipolazioni genetiche, delle tecnologie, della comunicazione, del mondo degli animali. Per tali diritti si rende sempre necessario porre in essere un'attività di bilanciamento degli stessi con altre libertà positive e negative già riconosciute all'individuo.

²⁴ RESTA G., *op.cit.*

²⁵ Si tratta di un contesto socio economico improntato al multiculturalismo e connotato dalla crisi dei valori forti (primo tra tutti, il rispetto per se stessi), valori che ancora permettevano un intervento giuridico non autoritario.

²⁶ ZATTI P., *Note sulla semantica della dignità, in Maschere del diritto, volti della vita, op. cit.*

²⁷ Ciò risulta tanto più essenziale quanto più si espandono i processi di privatizzazione e si riducono, contestualmente, le prestazioni di Welfare, lasciando allo Stato rimane obbligato il compito di garantire in termini minimi le prestazioni sociali e le garanzie reddituali. La funzione quindi non è solo difensiva dei diritti fondamentali, ma anche protettiva da parte degli stessi beneficiari.

pienezza è un processo continuo, che corre sempre il rischio di approdare al suo opposto (...)".²⁸

3. ANALISI DI (ALCUNI DEI) NODI TEORICI CHE VENGONO AL PETTINE IN AMBITO RISARCITORIO: ESPEDIENTI DOTTRINARI E GIURISPRUDENZIALI AL VAGLIO DELLA PRASSI.

Ad incrementare il già cospicuo novero di problemi che la tutela dei diritti oggetto di risarcimento del danno alla persona incontra sul suo cammino, si ritiene opportuno menzionare in questa sede alcune delle maggiori questioni interpretative prodottesi in tema di danno non patrimoniale, quali, tra tutte, quella della scelta del *genus* del danno medesimo, per tale intendendosi il tipo di danno da risarcire, se quello connesso all'evento illecito produttivo della lesione (cd. danno evento), o, semmai, le sole conseguenze che dallo stesso derivano (cd. danno conseguenza), e del *modus* utilizzato per risarcirlo, sconfinando nell'annosa questione che vede, da un lato, l'esigenza di ridurre le formule risarcitorie ad un'unica categoria omnicomprensiva (eliminando dunque in radice le distinzioni esistenti tra danno biologico, morale, esistenziale) e, dall'altro, quella di garantire in ogni giudizio il rispetto del principio di integralità del risarcimento, cardine del sistema risarcitorio italiano.

L'odierno impianto compensatorio è (o è stato sino ad ora) il precipitato delle cd. sentenze di S. Martino²⁹, pronunciamenti che, nel bene e nel male, hanno fatto la

²⁸ RODOTA' S., *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2012;

²⁹ Cass. Civ., Sez. Un., 11.11.2008, n. 26972, 26973, 26974 e 26975, commentate in Giur.it, 2008, 12, 2650 e ss., *Epicedio del danno esistenziale*. La sentenza n° 26972/2008 è commentata in Giur.it 2009, 70-72, e *ibidem*, 2196 ss. con nota di ANGIULI A., *La riduzione delle poste risarcitorie come effetto della configurazione del "nuovo" danno non patrimoniale*; in Guida al dir, 2008 n° 47,

storia del danno non patrimoniale in Italia. Nel bene³⁰, ponendo un freno all'incessante riversarsi nelle Corti di liti bagatellari, che intralciavano in maniera considerevole il lavoro di quelle Sezioni dei Tribunali italiani adibite alla trattazione di cause riguardanti i diritti della personalità; nel male, creando un sistema risarcitorio improntato all'incertezza della decisione giudiziale³¹.

La trattazione delle suddette questioni, oggi, assume un carattere nuovo ed inconsueto rispetto a quello che avrebbe avuto due anni fa, e ciò perchè eventi quali la diffusione delle Tabelle di Milano 2018, le quali, come si vedrà, introducono nuove voci di danno, nonché l'emissione di pronunciamenti che, a dire di molti, sconfessano le stesse sentenze di S. Martino³² hanno condotto la dottrina a parlare del 2018 come dell'anno zero del danno non patrimoniale.³³

18 ss. con commento di COMANDE' G., *Risposta negativa a tutti quesiti sull'autonomia del danno esistenziale. Un'autentica estensione di tutela che cancella solo "diritti immaginari"*.

³⁰ E' CENDON P., *Danno esistenziale e Sezioni Unite: "Ha da passà 'a nuttata"*, 17.11.2008, rinvenibile in www.altalex.com, nonostante la contrarietà concettuale del suo pensiero rispetto alla maggior parte delle statuizioni delle pronunce di S. Martino, a menzionarne i tratti di pregio: *"l'aver ricordato a tutti quali sono i pilastri del risarcimento in tema di danno non patrimoniale, e cioè il principio del "risarcimento integrale", e la necessità dunque (ad es. in tema di famiglia, di lavoro, ma non solo) di tener conto degli "aspetti relazionali" della persona; (b) aver rimarcato che, ai fini della condanna risarcitoria, occorrerà sia stato colpito a monte un bene della persona di rango costituzionale, con un deciso no quindi ai danni c.d bagatellari (contro i quali, va detto, quando davvero bagatellari, gli esistenzialisti si sono sempre battuti; per quel che mi concerne, nel saggio "Esistere e non esistere", del 2000, esemplificavo a un certo punto: " (...) nessuna protezione .. per attività quali l'invio sistematico di lettere anonime, la frequentazione giornaliera della sala-corse, il voyeurismo rispetto alla casa di fronte, le ubriacature del sabato sera, le scorribande da hooligan, la collezione di trofei amorosi, i bagni d'inverno nel mare ghiacciato, l'attaccare bottoni con tutti, il canticchiare sottovoce ai concerti sinfonici, l'appostamento a qualche Vip, le richieste di elemosina per strada, i travestimenti fuori carnevale, le ostentazioni aristocratiche, la coltivazione di società segrete"*.

³¹ Si rimanda ai prg. 7.1 e 7.2 del presente capitolo.

³² Ci si riferisce alle sentenze di Cass. Civ. 392/2018, 7513/2018, 7840/2018, di cui si è già trattato diffusamente nel prg. 1, cap. II della presente tesi.

³³ Cfr. MAZZON R., *Il nuovo danno non patrimoniale*, Pacini Editore, 2018.

Anche il 2019³⁴, invero, si affaccia sulla scena risarcitoria foriero di pronunce innovative, che sembrano in effetti indicare un percorso diverso rispetto a quello tracciato dalla Cassazione nel 2008.

Poco più di 10 anni dopo, pare che la storia stia per essere riscritta.

4.1. EVENTISMO, CONSEQUENZIALISMO, PARAEVENTISMO

Un primo nodo da sciogliere prima di affrontare la disamina relativa al danno non patrimoniale riguarda la scelta del sistema con cui si intende operare ai fini del riconoscimento delle varie voci di danno, o meglio quale sia effettivamente il contenuto del danno, e dunque l'oggetto della prova.

Ed infatti, in un primo momento due orientamenti calcavano la scena della prova del danno non patrimoniale³⁵: il primo, eventista, enunciato dalla Corte costituzionale con sentenza n. 184/1986³⁶; il secondo, fondato sulla teoria del cd. danno *in re ipsa*, elaborato dalla giurisprudenza sulla base dell'affermazione secondo cui, nel caso di lesione dei valori della persona, il danno sarebbe appunto insito nella lesione medesima.

Con riguardo alla prima tesi, va rilevato che l'intento della Corte Costituzionale nel formularla era quello di salvare l'art. 2059 c.c. dagli attacchi di incostituzionalità che da più parti gli venivano mossi. A tal proposito, la Suprema Corte distingueva in quell'occasione le due voci di danno allora esistenti: il danno biologico ed il danno morale subiettivo, rispettivamente danno evento, il

³⁴ Ci si riferisce a Cass. Civ., ord. Sez. III, 27.3.2019, n. 8442.

³⁵ Per una disamina completa dei due orientamenti citati si veda SELLA M., *I danni non patrimoniali*, Giuffrè Editore, 2010.

³⁶ Corte cost. 14.7.1986, n. 184, FI, 1986, I, 2053.

primo, danno conseguenza il secondo³⁷. Di fatto, ciò significava garantire al danno biologico un risarcimento *ex se*, e ciò sulla base giuridica di cui al combinato disposto tra l'art. 2043 c.c. e l'art. 32 Cost. Il pronunciamento, da subito sottoposto a forti critiche, è stato definitivamente superato nel 2003 dalle cd. sentenze gemelle³⁸, le quali hanno operato una rilettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., riconducendo l'intera congerie dei danni non patrimoniali a tale norma giuridica, e superando altresì la concezione secondo cui fosse danno non patrimoniale il solo danno derivante da reato³⁹.

Quanto alla seconda tesi⁴⁰, la stessa giocava sulla identificazione tra il danno e la lesione di un interesse giuridicamente protetto. Si ritenne, però, che in tal modo si snaturasse la funzione medesima del risarcimento⁴¹, perchè sarebbe venuta

³⁷ La Corte, in quell'occasione, ebbe a sostenere che la “ *menomazione dell'integrità psico-fisica dell'offeso, che trasforma in patologica la stessa fisiologica integrità (e che non è per nulla equiparabile al momentaneo, tendenzialmente transeunte, turbamento psicologico del danno morale subiettivo) costituisce l'evento (da provare in ogni caso) interno al fatto illecito, legato da un canto all'altra componente interna del fatto, il comportamento, da un nesso di causalità e dall'altro, alla (eventuale) componente esterna, danno morale subiettivo (o danno patrimoniale) da altro, diverso, ulteriore rapporto di causalità materiale*”, mentre “ *il danno morale subiettivo, che si sostanzia nel transeunte turbamento psicologico del soggetto offeso, è danno - conseguenza, in senso proprio, del fatto illecito lesivo della salute e costituisce, quando esiste, condizione di risarcibilità del medesimo*”.

³⁸ Cass. Civ., 31.5.2003, n. 8828, GCM, 2003, 5.

³⁹ Se ne discuterà più articolatamente nel prg. 1 del cap. II. Per quanto di interesse in questa sede, va rilevato che la Cassazione sosteneva allora che “ *una lettura della norma costituzionalmente orientata impone di ritenere inoperante il detto limite se la lesione ha riguardato valori della persona costituzionalmente garantiti. Occorre considerare, infatti, che nel caso in cui la lesione abbia inciso su un interesse costituzionalmente protetto la riparazione mediante indennizzo (ove non sia praticabile quella in forma specifica) costituisce la forma minima di tutela, ed una tutela minima non è assoggettabile a specifici limiti, poiché ciò si risolve in rifiuto di tutela nei casi esclusi*”. Cfr. Cass. Civ., 31.5.2003, n. 8828, GCM, 2003, 5.

⁴⁰ In tal senso si espresse Cass. Civ., 7.6.2000, n. 7713, RCP, 2000,923: “ *la lesione di diritti siffatti, collocati al vertice della gerarchia dei valori costituzionalmente protetti, va incontro alla sanzione risarcitoria per il fatto in sé della lesione (danno-evento) indipendentemente dalle eventuali ricadute patrimoniali che la stessa possa comportare (danno-conseguenza)*”.

⁴¹ L'approccio eventista estremista fu criticato da quella parte della dottrina che ritenne che la semplice allegazione dell'interesse giuridicamente rilevante leso avrebbe comportato l'impossibilità di personalizzare il danno in relazione alle peculiarità del caso concreto di volta in

meno, in ogni caso, la necessità di provare il danno, considerandosi sufficiente la mera allegazione della violazione del diritto costituzionalmente garantito; ci si sarebbe attestati, in tal modo, su sistemi civilistici più punitivi che compensatori. Un primo punto di svolta lo si registra nel 2003⁴², quando la Corte di Cassazione, con le già citate sentenze gemelle, sconfessa in radice le teorie eventiste per approdare, di converso, ai ludi consequenzialisti.

Una conferma proviene poi dalle sentenze S. Martino⁴³ secondo cui il danno non patrimoniale, anche quando determinato dalla lesione di diritti inviolabili della persona, costituisce sempre danno conseguenza⁴⁴, e deve pertanto essere allegato e provato. Le tesi⁴⁵ che identificano il danno con l'evento lesivo prodottosi a detrimento di un valore fondamentale della persona, pertanto, deve essere definitivamente disattesa, così come le tesi che da questa derivano e che ne costituiscono specificazione, come quella del danno *in re ipsa*.

Oggi, l'evoluzione del danno non patrimoniale è andata in una direzione ben precisa, quella che vede l'interesse da tutelare come fondamento del prodursi del diritto risarcitorio a favore del soggetto danneggiato. Di conseguenza, gli effetti pregiudizievoli che dal danno derivano si risarciscono in capo alla vittima

volta prodottesi (così, ad esempio P. ZIVIZ, *Il danno morale*, in *Persona e danno*, a cura di CENDON P., Giuffrè, Milano, 2004, vol., I, 263-338, 2004).

⁴² Cass. Civ., 31.5.2003, n. 8828, GCM, 2003, 5, *cit.* La Corte sostenne infatti che “*volendo fare riferimento alla nota distinzione tra danno-evento e danno conseguenza (introdotta da Corte cost. n. 184/86, che ha collocato nella prima figura il danno biologico, ma abbandonata dalla successiva Corte cost. n. 372-94), si tratta di danno-conseguenza. Non vale pertanto l'assunto secondo cui il danno sarebbe in re ipsa, nel senso che sarebbe coincidente con la lesione dell'interesse. Deve affermarsi invece che dalla lesione dell'interesse scaturiscono, o meglio possono scaturire, le suindicate conseguenze, che, in relazione alle varie fattispecie, potranno avere diversa ampiezza e consistenza, in termini di intensità e protrazione nel tempo. Il danno in questione deve quindi essere allegato e provato. Trattandosi tuttavia di pregiudizio che si proietta nel futuro (diversamente dal danno morale soggettivo contingente), dovendosi aver riguardo al periodo di tempo nel quale si sarebbe presumibilmente esplicato il godimento del congiunto che l'illecito ha invece reso impossibile, sarà consentito il ricorso a valutazioni prognostiche ed a presunzioni sulla base degli elementi obbiettivi che sarà onere del danneggiato fornire*”.

⁴³ Cass. Civ., Sez. Un., 11.11.2008, n. 26972, 26973, 26974 e 26975.

⁴⁴ La pronuncia cita a sostegno Cass. n. 8827 e n. 8828/2003; n. 16004/2003.

⁴⁵ Corte Cost. n. 184/1986.

perchè sostenute da un diritto costituzionalmente protetto, il quale a sua volta sottende un valore della persona meritevole di tutela.

Tale assetto di sistema, pur avendo il merito di riconoscere un valore primario agli interessi giuridici inerenti alla persona, alla sua salute, in ultima analisi alla sua vita, produce però la conseguenza indesiderata di ancorare la qualificazione del danno al diritto leso. Ne deriva uno statuto che non può in alcun modo definirsi consequenzialistico, stante che il consequenzialismo presupporrebbe un principio di indipendenza⁴⁶ tra le conseguenze del danno e il diritto che si presume essere stato compromesso dall'evento illecito.

Secondo certa dottrina, infatti, il considerare assiomatica l'equivalenza tra danno biologico e lesione del diritto alla salute risponde ad un'ottica eventista, e non consequenzialista, che invece prevedrebbe l'equivalenza tra il danno biologico e le menomazioni psico-fisiche che il danno produce in capo al danneggiato. La stessa dottrina propone di considerare l'impianto che deriva dalle sentenze San Martino come un sistema paraeventistico, per cui *"si innesta dentro una struttura consequenzialistica il riferimento alla concezione giuridica del danno, ossia la concezione per cui il danno non consiste nella modificazione del mondo della vittima ma nella lesione di un interesse tutelato in sè e per sè considerata"*⁴⁷. Alla stessa maniera, si sostiene che *"la componente emotiva e quella esistenziale hanno un cuore probatorio comune, costituito dal tipo e dalla gravità dell'offesa"*, e che *"il fulcro della liquidazione della componente esistenziale è affidato al tipo di offesa e di interesse leso"*⁴⁸.

In altre parole, il sistema odierno fa coincidere il valore-uomo con il complesso dei diritti di cui la persona è titolare⁴⁹, in un'ottica in cui *"la cosiddetta persona*

⁴⁶ La riflessione è di SAPONE N., *Il danno alla persona preso con filosofia*, Cendon Libri, 2012.

⁴⁷ Il riferimento è ancora a SAPONE N., *Il danno alla persona preso con filosofia*, cit.

⁴⁸ NAVARRETTA E., *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali*, in Foro.it, 2009, I, 143.

⁴⁹ SAPONE N., *Il danno alla persona preso con filosofia*, cit.

fisica non è quindi un uomo, bensì l'unità personificata delle norme giuridiche che attribuiscono doveri e diritti al medesimo uomo"⁵⁰.

E d'altronde, pare che tale sistema pretenda di essere consequenzialista, ma finisca in realtà per essere eventista, prodotto inevitabile del modo in cui la disciplina del danno non patrimoniale si è formata nel nostro ordinamento. Ed infatti, vero è che *"la giurisprudenza, formata in modo assai magmatico sui danni, non può esistere in modo autonomo dalla giurisprudenza sui diritti, dovendo il rimedio del danno, in questo caso non patrimoniale, essere asservito ad una migliore protezione di uno specifico diritto"*⁵¹.

Ciò produce, a ben vedere, delle conseguenze pratiche e problematiche di notevole rilievo.

Si guardi, ad esempio, alla tanto ostaggiata categoria del danno esistenziale, di cui in questa sede si evita di riprodurre l'evoluzione giurisprudenziale, limitandoci a ricordare come tale voce di danno sia stata definitivamente cancellata dal panorama risarcitorio italiano dal pronunciamento di Cassazione n. 8724/2010⁵², che ebbe a sottolineare come *"non è ammissibile- nel nostro ordinamento- l'autonoma categoria di 'danno esistenziale', inteso quale pregiudizio alle attività non remunerative della persona. Infatti, ove in essa si ricomprendano i pregiudizi scaturenti dalla lesione di interessi della persona di rango costituzionale, ovvero derivanti da fatti-reato, essi sono già risarcibili ai sensi dell'art. 2059 c.c., interpretato in modo conforme a Costituzione, con la conseguenza che la liquidazione di una ulteriore posta di danno comporterebbe una duplicazione risarcitoria; ove nel danno esistenziale si intendesse includere pregiudizi non lesivi di diritti inviolabili della persona, tale categoria sarebbe del tutto illegittima, posto che simili pregiudizi sono irrisarcibili, in virtù del divieto di cui all'art. 2059 c.c. (in termini, Cass. Sez.Un. 11 novembre 2008, n. 26972. Sempre*

⁵⁰ KELSEN H., *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1996, 198.

⁵¹ PONZANELLI G., *Il danno non patrimoniale bagatellare: tre decisioni*, in Resp. Civ. prev. 2011, 7-8, 1514.

⁵² Cass. Civ., Sez. III, 13.4.2010 n. 8724.

nello stesso senso, Cass. 25 settembre 2009, n. 20684, nonchè Cass. 30 novembre 2009, n. 25236)". Tale ricostruzione della Suprema Corte, la quale, si badi bene, è successiva rispetto alle sentenze gemelle e alle sentenze S. Martino, e dunque successiva all'affermazione della cittadinanza esclusiva dei danni conseguenza, muove in realtà da una logica prettamente eventistica, perchè guarda ai valori costituzionalmente protetti che il danno esistenziale potrebbe risarcire, ma che verrebbero a costituire una duplicazione risarcitoria ora del danno morale, ora del danno biologico. Tale pericolo, invero, è sconfessato in radice se si guarda al risarcimento del danno esistenziale come ad un ristoro delle conseguenze fattuali che tale lesione produce sulla vita del danneggiato, le quali, è indubitabile, si distinguono da quelle afferenti all'area di altre voci di danno, perchè riguardano le conseguenze incidenti sull'area dinamico relazionale della vittima, che si proiettano sulla sfera esterna della personalità della medesima, e non su quella interna (danno morale), o su quella del suo benessere psico-fisico (danno biologico). Ciò permette, tra l'altro, di concepire la persona come "soggetto relazionale", in un'ottica di "valorizzazione dell'intersoggettività e della relazione intersoggettiva, e di conseguenza dell'agire comunicativo quale processo in cui trova piena espressione la realizzazione umana"⁵³. In altre parole, "il danno esistenziale porta in evidenza una concezione dell'uomo come attore sociale, come centro di legami"⁵⁴.

Un'ulteriore considerazione sul punto.

Vi sono casi in cui il danno, pur producendo delle conseguenze sulla sfera personale e patrimoniale del danneggiato, non è ritenuto passibile di costituire solido fondamento di una posta risarcitoria, e ciò sulla scorta della considerazione che li vede danni evento, e non danni conseguenza. E' il caso, ad esempio, del danno da perdita della vita (cd. danno tanatologico)⁵⁵, ed in specie

⁵³ PIANA G., *La verità dell'azione*, Morcelliana, Brescia 2011, 129.

⁵⁴ SAPONE N., *Il danno alla persona preso con filosofia*, cit.

⁵⁵ Se ne discuterà diffusamente nel prg. 2 ss., Cap. 3.

di quella sottocategoria che è il danno cd. catastrofe, il quale viene ritenuto risarcibile solo in presenza di determinate condizioni, quale l'apprezzabile lasso di tempo intercorrente tra il prodursi della lesione ed il conseguente verificarsi dell'evento morte in capo al danneggiato, conseguenza immediata e diretta del danno medesimo. Tale ricostruzione giurisprudenziale, ormai relativamente assodata, sconfessa una precedente linea interpretativa del risarcimento del danno non patrimoniale in tema di perdita della vita, che considerava la vita medesima come *"bene supremo dell'uomo e oggetto di primaria tutela da parte dell'ordinamento"*, il quale *"non può rimanere priva di conseguenze anche sul piano civilistico"*⁵⁶, e che dunque considerava l'impedimento sopra citato come superabile, seppur con una evidente forzatura, in vista dell'espressione di una politica del diritto che garantisse ristoro al bene della vita.

Orbene, se inforchiamo le lenti del consequenzialista, il ragionamento della Corte di Cassazione, secondo cui garantire il ristoro della perdita della vita avrebbe comportato una necessità ontologicamente contraria al sistema della responsabilità civile, ovvero quella di risarcire un danno evento⁵⁷, risulta lineare. Ma non lo è più, invero, alla luce delle considerazioni dottrinarie, pocanzi riportate, di chi ritiene che il sistema civilistico attuale, lungi dall'essere consequenzialista, sia in realtà molto più vicino all'eventismo, e fondi continuamente i propri *dicta* sull'urgenza di tutelare dei beni giuridici costituzionalmente, o anche soltanto giuridicamente, rilevanti. Non si comprende, perciò, perché tale prassi debba arrestarsi proprio di fronte ai cancelli compensatori del bene vita.

⁵⁶ Così Cass. 1361/2014.

⁵⁷ Così riteneva, in particolare, Cass. Civ. 7126/2013.

4.2. CATEGORIE DEL DANNO ALLA PERSONA: UNITARIETA', INTEGRALITA', ESIGENZE DI TUTELA

Altra questione da sempre dibattuta nell'ambito del danno alla persona, ed oggi quanto mai controversa, concerne la scelta da operare tra la riconducibilità del medesimo danno ad una categoria unitaria, omnicomprensiva, totalizzante, o piuttosto l'utilizzo di una congerie di categorie differenti (danno biologico, danno morale, danno esistenziale), ognuna delle quali determinativa di una specifica tipologia di lesione e patimento afferente all'individuo. La questione, a ben vedere, è legata a doppio filo con quella dell'integralità del risarcimento.

Si tenterà, in questa sede, di analizzare brevemente il modo in cui il principio di integralità, elemento necessario del sistema della responsabilità civile, possa coesistere con una concezione del danno da ricomprendere in un'unica categoria giurisprudenziale e, di conseguenza, risarcitoria, o se tale strettoia pregiudichi invece, in qualche modo e a qualche livello (forse più d'uno), la tutela compensatoria della persona. In altre parole, si valuterà se, e nel caso come, il principio di unitarietà del risarcimento sia connesso, e compatibile, con il principio di integralità, partendo dal presupposto della indiscussa esistenza, affermazione e necessità di quest'ultimo all'interno del sistema risarcitorio italiano.

Ebbene, i termini del problema giurisprudenziale da cui si è originata la diatriba avevano ad oggetto la cd. duplicazione risarcitoria, ovvero la tendenza delle Corti italiane a risarcire più volte la medesima voce di danno, considerando il danno medesimo come afferente a più di una categoria risarcitoria contemporaneamente.

Le sentenze S. Martino⁵⁸ intervengono in funzione (presuntivamente) risolutiva del problema, con una pronuncia che passerà alla storia della

⁵⁸ Cass. Sez. Un., 11-11-2008, n. 26972/3/4/5, in Foro it., 2009, I, 120 ss., con note di A. PALMIERI, *La rifondazione del danno non patrimoniale, all'insegna della tipicità dell'interesse leso* (con

responsabilità civile per aver fornito all'interprete dei nuovi principi pilastro su cui ricostruire la struttura del danno alla persona. La Cassazione, infatti, con argomentazione lapidaria, sostiene che *“il riferimento a determinati tipi di pregiudizio, in vario modo denominati (danno morale, danno biologico, danno da perdita del rapporto parentale), risponde ad esigenze descrittive, ma non implica il riconoscimento di distinte categorie di danno. È compito del giudice accertare l'effettiva consistenza del pregiudizio allegato, a prescindere dal nome attribuitogli, individuando quali ripercussioni negative sul valore-uomo si siano verificate e provvedendo alla loro integrale riparazione”*.⁵⁹

La pronuncia si scaglia, in particolare, contro una delle categorie di danno in voga sino a quel momento in giurisprudenza e dottrina, e cioè il già menzionato danno esistenziale. Secondo S. Martino, infatti, *“non può farsi riferimento ad una generica sottocategoria denominata danno esistenziale perché attraverso questa si finisce per portare anche il danno non patrimoniale nell'atipicità, sia pure attraverso l'individuazione della apparente tipica figura categoriale del danno esistenziale, in cui tuttavia confluiscono fattispecie non necessariamente previste*

qualche attenuazione) e dell'unitarietà, R. PARDOLESI-R. SIMONE, Danno esistenziale (e sistema fragile): «die hard», G. PONZANELLI, Sezioni unite: il «nuovo statuto» del danno non patrimoniale, E. NAVARRETTA, Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali; in Resp. civ. prev., 2009, 38 ss., con note di P.G. MONATERI, Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale, E. NAVARRETTA, Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali, D. POLETTI, La dualità del sistema risarcitorio e l'unicità della categoria dei danni non patrimoniali, P. ZIVIZ, Il danno non patrimoniale: istruzioni per l'uso; in Danno resp., 2009, 19 ss., con commenti di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni unite. Un “De profundis” per il danno esistenziale, S. LANDINI, Danno biologico e danno morale soggettivo nelle sentenze della Cass. SS.UU. 26972, 26973, 26974, 26975/2008, G. SGANGA, Le Sezioni unite e l'art. 2059 c.c.; censure, riordini, ed innovazioni del dopo principio; in Giur. it., 2009, I, 61 ss., con note di G. Cassano, Danno non patrimoniale ed esistenziale: primissime note critiche a Cassazione civile, Sezioni unite, 11 novembre 2008, n. 26972, V. TOMARCHIO, L'unilateralità del danno non patrimoniale nella prospettiva delle Sezioni unite; in Nuova giur. civ. comm., 2009, I, 102 ss., con note di commento di E. BARGELLI, Danno non patrimoniale: la messa a punto delle sezioni unite, M. DI MARZIO, Danno non patrimoniale: grande è la confusione sotto il cielo, la situazione non è eccellente; in Dir. giur., 2008, 526 ss., con nota di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale: luci ed ombre.

⁵⁹ Così Cass. civ. Sez. Un., 11/11/2008, n. 26972.

dalla norma ai fini della risarcibilità di tale tipo di danno, mentre tale situazione non è voluta dal legislatore ordinario né è necessitata dall'interpretazione costituzionale dell'art. 2059 c.c., che rimane soddisfatta dalla tutela risarcitoria di specifici valori della persona presidiati da diritti inviolabili secondo Costituzione"⁶⁰.

Quella del 2008 è a tutti gli effetti una svolta, forse inaspettata, se consideriamo che nel 2003 le cd. sentenze gemelle⁶¹, resesi conto anch'esse del pericolo di duplicazione risarcitoria che avrebbe potuto derivare dalla tendenza alla dilatazione di alcune voci di danno, proponevano tra le righe di incrementare la differenziazione degli ambiti concettuali propri delle varie categorie, non già di eliminarle *ab origine* ricomprendendo ogni genere di lesione in una categoria omnicomprensiva⁶².

Ad ogni modo, non può dubitarsi del fatto che, post S. Martino, i principi generali prodotto del pronunciamento abbiano effettivamente segnato l'avvio di una linea interpretativa chiara e collaudatasi nel tempo, nel solco della quale i giudici italiani hanno risarcito il danno alla persona.

E tuttavia, dei segnali di parziale discostamento dal solco sopra menzionato sembrano aver lavorato nell'ombra, come se l'idea del risarcimento *ante* S. Martino non fosse, invero, mai definitivamente sopita, e ci si dovesse aspettare, prima o poi, che il fuoco riprendesse ad ardere sotto le ceneri⁶³.

E' importante, a tal proposito, ricordare un pronunciamento della Suprema Corte,⁶⁴ di pochi anni successivo alle sentenze S. Martino, che discute di danno morale come di una "*voce integrante la più ampia categoria del danno non*

⁶⁰ Cass. Sez. Un., 11-11-2008, n. 26972/3/4/5, in Foro it., 2009, I, 120 ss, *cit.*

⁶¹ Si tratta del pronunciamento di Cass. Civ., Sez. III, 315.2003, n. 8827, *cit.* .

⁶² Cfr. N. SAPONE, *Il danno alla persona preso con filosofia*, *cit.*

⁶³ Ci si riferisce ai recentissimi pronunciamenti di Cass. Civ., Sez. III, n. 901/2081, n. 7513/2018, e n. 8442/2019, di cui si discuterà *infra*.

⁶⁴ Cass. civ., sez. II, 12.9.2011 n. 18641

patrimoniale". La sentenza, a ben vedere, rimanda esplicitamente a due DPR⁶⁵, anch'essi successivi al 2008, in cui il legislatore manifestamente distingue tra la voce del danno biologico e quella del danno morale. A dire di molti, si tratterebbe di una decisa smentita, da parte del legislatore, dell'impianto che la Cassazione del 2008 aveva voluto costruire⁶⁶.

Sulla stessa linea, va menzionata altresì una pronuncia del maggio 2011⁶⁷, in cui la stessa Corte, forse nel tentativo di allentare le strette tenaglie interpretative di S. Martino sul punto, o forse nello sforzo di riconfermare i suoi brocardi, postula che *"in tema di liquidazione del danno non patrimoniale, al fine di stabilire se il risarcimento sia stato duplicato ovvero sia stato erroneamente sottostimato, rileva non il 'nome' assegnato dal giudicante al pregiudizio lamentato dall'attore ('biologico', 'morale', 'esistenziale'), ma unicamente il concreto pregiudizio preso in esame dal giudice. Si ha, pertanto, duplicazione di risarcimento solo quando il medesimo pregiudizio sia liquidato due volte, sebbene con l'uso di nomi diversi"*. Ebbene, a parere di chi scrive non esiste differenza tra nome del pregiudizio e pregiudizio in concreto: solo dando ad ogni tipo di preclusione un nome ben individuato, che valga come tale per la globalità del mondo giuridico, ed in specie per gli "attori" (nel senso improprio del termine) del processo, ovvero il giudice, le parti, i loro avvocati, ci si potrà intendere su cosa si pretende venga risarcito e su cosa è possibile risarcire effettivamente. In altre parole, non può esistere concetto senza nome, o può esistere, ma a costo di garantire al giudice una discrezionalità di cui non dovrebbe essere investito, specie in un settore, quale è quello del danno non patrimoniale, in cui i caratteri del danno medesimo variano da caso a caso in relazione alla dinamica dell'evento lesivo, al soggetto leso, alla eventuale presenza di concause *etc...* Trattasi, inoltre, di ambito in cui il giudice può facilmente cedere al rischio di un giudizio discrezionale, o eccessivamente

⁶⁵ DPR n. 37 del 2009 e n. 191 del 2009.

⁶⁶ Cfr. SAPONE N., *Il danno alla persona preso con filosofia*, cit.

⁶⁷ Cass. Civ., Sez. III, 13.5.2011, n. 10527.

discrezionale, e ciò in ragione del fatto che, non esistendo altro mezzo idoneo a ristorare la parte lesa dal danno ingiustamente subito, lo stesso verrà valutato, nell'*an* e nel *quantum*, secondo un parametro di equità, la quale, se nel caso del *quantum* non può certamente dirsi pura⁶⁸, nel caso *dell'an* rimane pressochè tale.

Ad ogni modo, nel 2018 una pronuncia in particolare ha fatto discutere in tema di danno non patrimoniale. Conosciuta come "sentenza decalogo"⁶⁹, perché tenta di fornire una struttura del danno non patrimoniale elencandola in dieci punti fondamentali⁷⁰, il pronunciamento è interessante per un punto in particolare, il

⁶⁸ E' di comune evidenza la *ratio* delle cd. Tabelle di Milano di voler evitare, per il tramite di n sistema di quantificazione del danno standardizzata, che il giudice decida secondo un criterio di equità pura. La necessità è ribadita anche da Cass. Civ., n. 12408/2011, quando ricorda, parlando delle tabelle di Milano, che *"si offre (...) uno strumento che consenta alle parti e al giudice, soprattutto nei casi più ricorrenti, di liquidare agli eredi una somma equa, ex. art. 1226 c.c., che garantisca non solo una adeguata valutazione delle circostanze del caso concreto, ma anche l'uniformità di giudizio a fronte di casi analoghi"*.

⁶⁹ Si tratta di Cass. Civ., Sez. III, 27/3/2018, n. 7513.

⁷⁰ Dice infatti la pronuncia, che *"1) l'ordinamento prevede e disciplina soltanto due categorie di danni: quello patrimoniale e quello non patrimoniale. 2) Il danno non patrimoniale (come quello patrimoniale) costituisce una categoria giuridicamente (anche se non fenomeno logicamente) unitaria. 3) "Categoria unitaria" vuol dire che qualsiasi pregiudizio non patrimoniale sarà soggetto alle medesime regole e ad i medesimi criteri risarcitori (artt. 1223,1226,2056,2059 c.c.). 4) Nella liquidazione del danno non patrimoniale il giudice deve, da un lato, prendere in esame tutte le conseguenze dannose dell'illecito; e dall'altro evitare di attribuire nomi diversi a pregiudizi identici. 5) In sede istruttoria, il giudice deve procedere ad un articolato e approfondito accertamento, in concreto e non in astratto, dell'effettiva sussistenza dei pregiudizi affermati (o negati) dalle parti, all'uopo dando ingresso a tutti i necessari mezzi di prova, opportunamente accertando in special modo se, come e quanto sia mutata la condizione della vittima rispetto alla vita condotta prima del fatto illecito; utilizzando anche, ma senza rifugiarsi aprioristicamente, il fatto notorio, le massime di esperienza e le presunzioni, e senza procedere ad alcun automatismo risarcitorio. 6) In presenza d'un danno permanente alla salute, costituisce duplicazione risarcitoria la congiunta attribuzione d'una somma di denaro a titolo di risarcimento del danno biologico, e l'attribuzione d'una ulteriore somma a titolo di risarcimento dei pregiudizi di cui è già espressione il grado percentuale di invalidità permanente (quali i pregiudizi alle attività quotidiane, personali e relazionali, indefettibilmente dipendenti dalla perdita anatomica o funzionale: ovvero il danno dinamico-relazionale). 7) In presenza d'un danno permanente alla salute, la misura standard del risarcimento prevista dalla legge o dal criterio equitativo uniforme adottato dagli organi giudiziari di merito (oggi secondo il sistema c.d. del punto variabile) può essere aumentata solo in presenza di conseguenze dannose del tutto anomale ed affatto peculiari. Le conseguenze dannose da ritenersi*

quale è certo balzato agli occhi degli addetti ai lavori per la sua notevole portata innovativa. Si tratta del n. 8, in cui l'estensore (Rossetti) sostiene che *“In presenza d'un danno alla salute, non costituisce duplicazione risarcitoria la congiunta attribuzione d'una somma di denaro a titolo di risarcimento del danno biologico, e d'una ulteriore somma a titolo di risarcimento dei pregiudizi che non hanno fondamento medico-legale, perché non aventi base organica ed estranei alla determinazione medico-legale del grado percentuale di invalidità permanente, rappresentati dalla sofferenza interiore (quali, ad esempio, il dolore dell'animo, la vergogna, la disistima di sé, la paura, la disperazione)”*.

La sentenza sembra menzionare proprio quella voce del danno alla persona di carattere non patrimoniale *“che una volta prendeva il nome di ‘danno morale’”*⁷¹. In aggiunta, la pronuncia si occupa di ricostruire l'evoluzione giurisprudenziale e normativa del cd. danno dinamico-relazionale⁷², concludendo che *“i pregiudizi*

normali e indefettibili secondo l'id quod plerumque accidit (ovvero quelle che qualunque persona con la medesima invalidità non potrebbe non subire) non giustificano alcuna personalizzazione in aumento del risarcimento. 8) In presenza d'un danno alla salute, non costituisce duplicazione risarcitoria la congiunta attribuzione d'una somma di denaro a titolo di risarcimento del danno biologico, e d'una ulteriore somma a titolo di risarcimento dei pregiudizi che non hanno fondamento medico-legale, perché non aventi base organica ed estranei alla determinazione medico-legale del grado percentuale di invalidità permanente, rappresentati dalla sofferenza interiore (quali, ad esempio, il dolore dell'animo, la vergogna, la disistima di sé, la paura, la disperazione). 9) Ove sia correttamente dedotta ed adeguatamente provata l'esistenza d'uno di tali pregiudizi non aventi base medico-legale, essi dovranno formare oggetto di separata valutazione e liquidazione (come è confermato, oggi, dal testo degli artt. 138 e 139 cod. ass., così come modificati della L. 4 agosto 2017, n. 124, art. 1, comma 17, nella parte in cui, sotto l'unitaria definizione di "danno non patrimoniale", distinguono il danno dinamico relazionale causato dalle lesioni da quello "morale"). 10) Il danno non patrimoniale non derivante da una lesione della salute, ma conseguente alla lesione di altri interessi costituzionalmente tutelati, va liquidato, non diversamente che nel caso di danno biologico, tenendo conto tanto dei pregiudizi patiti dalla vittima nella relazione con se stessa (la sofferenza interiore e il sentimento di afflizione in tutte le sue possibili forme, id est il danno morale interiore), quanto di quelli relativi alla dimensione dinamico-relazionale della vita del soggetto leso. Nell'uno come nell'altro caso, senza automatismi risarcitori e dopo accurata ed approfondita istruttoria.

⁷¹ Cfr. MAROZZI F., *“I Dieci Comandamenti del Dott. Rossetti: muore il ‘dinamico relazionale’ torna il ‘danno morale’”*, in Simlaweb.it (Società Italiana di Medicina Legale e delle Assicurazioni).

⁷² La Corte (Cass. Civ., Sez. III, 27/3/2018, n. 7513, cit.) ricostruisce in questi termini la genesi e lo sviluppo del danno dinamico-relazionale: *“L'espressione “danno dinamico-relazionale”*

comparve per la prima volta nel D.Lgs. 23 febbraio 2000, n. 38, art. 13, il quale stabilì che oggetto dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro fosse l'indennizzo del danno biologico, e delegò il Ministro del lavoro ad approvare una "tabella delle menomazioni", cioè delle percentuali di invalidità permanente, in base alla quale stimare il danno biologico indennizzabile dall'Inail. Nel conferire al governo tale delega, il decreto stabilì che l'emananda tabella dovesse essere "comprensiva degli aspetti dinamico-relazionali". Come dovesse intendersi tale espressione non era dubitabile: fino al 2000, infatti, l'Inail aveva indennizzato ai lavoratori infortunati la perdita della "attitudine al lavoro", e l'aveva fatto in base ad una tabella, allegata al D.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124, che teneva conto unicamente delle ripercussioni della menomazione sull'idoneità al lavoro. Pertanto, nel sostituire l'oggetto dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro (sostituendo l'incapacità lavorativa generica col danno biologico), il legislatore con tutta evidenza volle precisare che la nuova tabella, in base alla quale si sarebbe dovuto stabilire il grado di invalidità permanente, dovesse tenere conto non già delle ripercussioni della menomazione sull'abilità al lavoro, ma delle ripercussioni di essa sulla vita quotidiana della vittima, che il legislatore ritenne di definire come "aspetti dinamico-relazionali". L'espressione in esame ricomparve nella L. 5 marzo 2001, n. 57, art. 5, con la quale si intervenne sulla disciplina dei danni causati dalla circolazione dei veicoli. Tale norma, dopo avere definito la nozione "danno biologico", dettato il relativo criterio di risarcimento, e stabilito che la misura ivi prevista potesse essere aumentata del 20% per tenere conto "delle condizioni soggettive del danneggiato", delegò il governo ad emanare una specifica tabella delle menomazioni alla integrità psicofisica comprese tra 1 e 9 punti di invalidità" (L. n. 57 del 2001, art. 5, comma 5). Il governo vi provvide col D.M. 3 luglio 2003 (in Gazz. uff. 11.9.2003 n. 211). Tale decreto, tuttora vigente, include un allegato, intitolato "Criteri applicativi", nel quale si afferma che la commissione ministeriale incaricata di stilare la tabella delle menomazioni vi aveva provveduto assumendo a base del proprio lavoro la nozione di "danno biologico" desumibile sia dal D.Lgs. n. 38 del 2000, sia dalla L. n. 57 del 2001: ovvero la menomazione dell'integrità psico-fisica della persona, "la quale esplica una incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti personali dinamico-relazionali della vita del danneggiato". Dunque anche in quel testo regolamentare con l'espressione "compromissione degli aspetti dinamico-relazionali" non si volle designare un danno a sé, ma la si usò puramente e semplicemente come perifrasi della nozione di "danno biologico". Per la legge, dunque, l'espressione "danno dinamico-relazionale" non è altro che una perifrasi del concetto di "danno biologico". L'interpretazione appena esposta del D.Lgs. n. 38 del 2000, art. 13 e della L. n. 57 del 2001, art. 5 (poi abrogato ed oggi confluito nell'art. 139 cod. ass.) è corroborata dalle indicazioni della medicina legale. Il danno non patrimoniale derivante da una lesione della salute è per convenzione liquidato assumendo a base del calcolo il grado percentuale di "invalidità permanente". Il grado di invalidità permanente è determinato in base ad apposite tabelle predisposte con criteri medico-legali: talora imposte dalla legge e vincolanti (come nel caso dei danni derivanti da infortuni sul lavoro, da sinistri stradali o da colpa medica con esiti micropermanenti), talora lasciate alla libera scelta del giudicante. La redazione d'una tabella delle invalidità (bareme) è un'opera complessa, che parte dalla statistica e perviene ad esprimere, con un numero percentuale, la sintesi di tutte le conseguenze ordinarie che una determinata menomazione deve presumersi riverberi sulle attività comuni ad ogni individuo. E' infatti autorevole e condiviso, in medicina legale, l'insegnamento secondo cui "non ha più ragion d'essere l'idea che il danno biologico abbia natura meramente statica"; che "per danno biologico deve intendersi non la semplice lesione all'integrità psicofisica in sé e per sé, ma piuttosto la conseguenza del pregiudizio stesso sul modo di essere della persona (...).

*relazionali rappresentano l'ubi consistam funzionale del danno alla salute*⁷³: ciò significa, secondo la Corte, che la componente dinamico relazionale del danno⁷⁴ non è più da considerarsi elemento di personalizzazione del danno biologico, ma parte integrante del danno biologico medesimo, da valutare dal punto di vista medico-legale.

In altre parole, la valutazione del danno biologico, e, conseguentemente la sua liquidazione, conterrebbero già in nuce quella condizione depauperativa della persona, che non è, quindi, definibile come peculiare in relazione, appunto, alle specificità del caso concreto.⁷⁵

Ne deriverebbe, in sostanza, una conferma dell'ontologica dimensione tripartita del danno non patrimoniale in danno biologico, morale ed esistenziale⁷⁶, mentre secondo altri, la sentenza in commento si porrebbe comunque nel solco delle pronunce di S. Martino, ma allo stesso tempo ne minerebbe le fondamenta⁷⁷.

Ed in effetti, i primi punti del decalogo sopra menzionato sottolineano il principio di unitarietà del risarcimento del danno, ma lo fanno al fine di

Il danno biologico misurato percentualmente è pertanto la menomazione all'integrità psicofisica della persona la quale esplica una incidenza negativa sulle attività ordinarie intese come aspetti dinamico-relazionali comuni a tutti". In questo senso si espresse già quasi vent'anni fa (ma inascoltata) la Società Italiana di Medicina Legale, la quale in esito al Congresso nazionale tenuto nel 2001 definì il danno biologico espresso nella percentuale di invalidità permanente, come "la menomazione (...) all'integrità psico-fisica della persona, comprensiva degli aspetti personali dinamico-relazionali (...), espressa in termini di percentuale della menomazione dell'integrità psicofisica, comprensiva della incidenza sulle attività quotidiane comuni a tutti". La conclusione è che, quando un bareme medico legale suggerisce per una certa menomazione un grado di invalidità - poniamo - del 50%, questa percentuale indica che l'invalido, a causa della menomazione, sarà teoricamente in grado di svolgere la metà delle ordinarie attività che una persona sana, dello stesso sesso e della stessa età, sarebbe stata in grado di svolgere, come già ripetutamente affermato da questa Corte (Sez. 3, Sentenza n. 20630 del 13/10/2016; Sez. 3, Sentenza n. 23778 del 07/11/2014).

⁷³ Cass. Civ., Sez. III, 27/3/2018, n. 7513, *cit.*

⁷⁴ Nel caso di specie, si trattava di un soggetto leso da una menomazione fisica che non gli permetteva più di occuparsi del proprio orto.

⁷⁵ Cfr. MAROZZI F., "I Dieci Comandamenti del Dott. Rossetti: muore il 'dinamico relazionale' torna il 'danno morale'", *cit.*

⁷⁶ Cfr. MAZZON R., *Il nuovo danno non patrimoniale*, *cit.*

⁷⁷ Cfr. SPERA D., "Time out: il "decalogo" della Cassazione sul danno non patrimoniale e i recenti arresti della Medicina legale minano le sentenze di San Martino", in *Ridare.it*.

pervenire alla conclusione della necessarietà della liquidazione cd. atomistica del danno, in ciò contrastando nettamente S. Martino.

Ancora più esplicita sul punto è, però, un'altra pronuncia della stessa Sezione Terza della Corte di Cassazione 2018⁷⁸. D'altronde, le chiare parole dell'estensore non lasciano questa volta dubbio alcuno, quando affermano che *“oggetto della valutazione di ogni giudice chiamato ad occuparsi della persona e dei suoi diritti fondamentali è, nel prisma multiforme del danno non patrimoniale, la sofferenza umana conseguente alla lesione di un diritto costituzionalmente protetto; (...) restano così efficacemente scolpiti i due aspetti essenziali della sofferenza: il dolore interiore e/o la significativa alterazione della vita quotidiana. Danni diversi e perciò solo entrambi autonomamente risarcibili”*, continuando, come se non bastasse, coll'aggiungere che *“viene così definitivamente sconfessata, al massimo livello interpretativo, la tesi predicativa di una pretesa ‘unitarietà onnicomprensiva’ del danno biologico, concludendo poi col dire che “resta ferma (...) la distinzione concettuale tra sofferenza interiore e incidenza sugli aspetti relazionali della vita del soggetto”*⁷⁹. Il contrasto tra i predetti principi di diritto e la struttura di danno non patrimoniale ereditata dalle pronunce S. Martino è ora evidente, e ciò per la manifesta intenzione dell'interprete di distinguere nettamente tra l'ipotesi in cui la sofferenza si manifesti nelle forme di un travaglio interiore che coinvolga esclusivamente il danneggiato, e quella in cui produca degli ulteriori riflessi, considerati nei termini di componenti del più complesso pregiudizio non patrimoniale.

Si noti, infatti, la differenza esistente tra le statuizioni della Cassazione del 2018 e l'impianto risarcitorio precedente alle medesime, e mutuato dalla Cassazione del 2008, in cui *“il pregiudizio non patrimoniale consistente nel non poter fare”* e quello consistente *“nella sofferenza morale determinata dal non poter fare”*⁸⁰,

⁷⁸ Cass. Civ., Sez. III, n. 901/2018.

⁷⁹ Cass. Civ., Sez. III, n. 901/2018, cit.

⁸⁰ SPERA D., *Tabelle milanesi 2018 e danno non patrimoniale*, in *Officine del Diritto*, Giuffrè, 2018.

erano da considerarsi, in verità, *“due facce della stessa medaglia”*⁸¹, essendo la sofferenza morale *“componente di più complesso pregiudizio non patrimoniale”*⁸². Ne derivava una liquidazione del danno improntata alle già citate tabelle di Milano⁸³, in cui unica era la voce di danno da risarcire, ferma la possibilità, per il giudice, di personalizzare la liquidazione medesima in base alle peculiarità del caso concreto e alle eventuali maggiori sofferenze (cd. prova del maggior danno) che la vittima dell’illecito avesse dovuto patire, rispetto a casi, per così dire, standard. In ciò, ovvero nella sola fase della personalizzazione, era (ed è) ancora possibile scorgere l’ombra di quelle categorie di danno che la Cassazione ha ritenuto di mantenere in vita soltanto a condizione di *“utilizzarle”* per finalità descrittive della lesione.

Ad oggi, invece, alla luce dei nuovi pronunciamenti della Corte, sembrerebbe che il sistema di liquidazione da seguire non debba più essere unitario, come unitaria è la macrocategoria del danno non patrimoniale, ma che si debba tornare ad una tabella di liquidazione simile a quella che l’Osservatorio per la Giustizia Civile del Tribunale di Milano aveva redatto nel 2009, in cui, appunto, alle due differenti voci di danno liquidabili, danno biologico e danno morale, corrispondevano valori differenti, i quali conducevano alla liquidazione di poste risarcitorie anch’esse diverse. Solo in un secondo momento, infatti, e proprio per adeguarsi alle sentenze S. Martino, l’Osservatorio aveva deciso di pubblicare delle nuove tabelle, le quali contenevano, e contengono tuttora, una voce di danno definita *“Punto danno non patrimoniale”*⁸⁴.

Ad una più attenta analisi, però, ci si avvede del fatto che non per forza deve esistere un necessario parallelismo tra l’unitarietà della categoria di danno e

⁸¹ SPERA D., *“Time out: il “decalogo” della Cassazione sul danno non patrimoniale e i recenti arresti della Medicina legale minano le sentenze di San Martino”*, cit.

⁸² SPERA D., *Tabelle milanesi 2018 e danno non patrimoniale*, cit.

⁸³ Delle Tabelle di Milano e del sistema di liquidazione del danno non patrimoniale si discuterà diffusamente al prg. 5 del cap. 3 della presente tesi.

⁸⁴ Si rimanda, ancora una volta al prg. 5 del Cap. 3.

l'unitarietà della sua liquidazione, e perciò nemmeno tra la separazione ontologica e concettuale delle categorie risarcitorie e quella pratica delle poste di danno liquidabili in considerazione delle prime. Ed infatti, è altresì possibile scegliere una soluzione mediana, la quale veda una liquidazione congiunta di tutti i pregiudizi, ferma restando il riconoscimento della loro *“distinta entità ed ontologica autonomia”*⁸⁵.

Infine, come già accennato in premessa, anche nel 2019 la Suprema Corte ha mostrato di discostarsi sensibilmente dall'impianto risarcitorio conosciuto come valido negli ultimi 10 anni, in particolare con il pronunciamento n. 8442/2019, il quale⁸⁶ conferma la circostanza della ontologica diversità tra il danno morale e quello biologico, volti alla tutela di situazioni costituzionalmente protette diverse tra loro. La pronuncia riprende e ricorda proprio quanto già affermato dalla Corte di Cassazione n. 901/2018, e cioè che *“in tema di risarcimento del danno non patrimoniale conseguente alla lesione di interessi costituzionalmente protetti (...) il giudice di merito, dopo aver identificato la situazione soggettiva protetta a livello costituzionale, deve rigorosamente valutare, sul piano della prova, tanto l'aspetto interiore del danno (c.d. danno morale), quanto il suo impatto modificativo “in pejus” con la vita quotidiana (il danno c.d. esistenziale, o danno alla vita di relazione, da intendersi quale danno dinamico-relazionale), atteso che oggetto dell'accertamento e della quantificazione del danno risarcibile - alla luce dell'insegnamento della Corte costituzionale (sent. n. 235 del 2014) e del recente intervento del legislatore (artt. 138 e 139 C.d.A., come modificati dalla legge annuale per il Mercato e la Concorrenza del 4 agosto 2017 n. 124) - è la sofferenza umana conseguente alla lesione di un diritto costituzionalmente protetto, la quale, nella sua realtà naturalistica, si può connotare in concreto di entrambi tali aspetti essenziali, costituenti danni diversi e, perciò, autonomamente*

⁸⁵ SPERA D., *“Time out: il “decalogo” della Cassazione sul danno non patrimoniale e i recenti arresti della Medicina legale minano le sentenze di San Martino”*, cit.

⁸⁶ Cass. Civ., Ord. Sez. III, 27.3.2019, n. 8442, cit.

risarcibili, ma solo se provati caso per caso con tutti i mezzi di prova normativamente previsti”.

Orbene, le novità in gioco sono molteplici e rilevanti.

Non si tratta, infatti, di questioni di mero ordine definitorio, ma di stabilire quale sistema di individuazione del danno, e dunque di risarcimento del medesimo, possa assicurare alla vittima dell’illecito la migliore tutela. Una tutela che, a dire della stessa Suprema Corte, deve essere integrale.

Già nel 2008, S. Martino affermava che *“in tema di danno alla persona, il riconoscimento del carattere "omnicomprensivo" del risarcimento del danno non patrimoniale non può andare a scapito del principio della "integralità" del risarcimento medesimo. Secondo le Sezioni Unite, infatti, il risarcimento del danno alla persona deve essere integrale, nel senso che deve ristorare interamente il pregiudizio, ma non oltre”*⁸⁷. Le stesse pronunce S. Martino, dunque, proprio nelle righe seguenti rispetto a quelle in cui si postulavano l’unitarietà della categoria risarcitoria, si occupavano di difendere strenuamente il principio di integralità del risarcimento, rassicurando sulla circostanza che tale unitarietà non avrebbe comportato una lesione dell’integralità.

Molte ulteriori conferme di tale assetto si sono succedute nel tempo, con formule stereotipate volte a confermare la pacifica convivenza tra principio di riparazione integrale e venir meno delle categorie risarcitorie⁸⁸.

Orbene, quello dell’integralità è un concetto che molti hanno definito pre giuridico, non esistendo in effetti una disposizione, nemmeno in Costituzione, che espressamente preveda tale principio, a meno da non volerlo far derivare

⁸⁷ Si tratta del punto 4.8 di Cass. Civ., Sez. Un., n. 26972/08, *cit.*

⁸⁸ Si cita, per tutte, Cass. Civ. n. 8360/10, la quale sosteneva che *“se, pertanto, debbono essere evitate duplicazioni risarcitorie, mediante l’attribuzione di somme separate e diverse in relazione alle diverse voci (sofferenza morale, danno alla salute, danno estetico, ecc.), i danni non patrimoniali debbono comunque essere integralmente risarciti, nei casi in cui la legge ne ammette la riparazione: nel senso che il giudice, nel liquidare quanto spetta al danneggiato, deve tenere conto dei diversi aspetti in cui il danno si atteggia nel caso concreto”.*

dall'art. 24 Cost⁸⁹. Anche all'interno del codice civile non si ravvisa in maniera esplicita la presenza del principio in questione. Perciò, la maggiore consacrazione del medesimo è da rinvenirsi in giurisprudenza ed in dottrina, ad opera in particolare di Rodotà.⁹⁰ Va da sé, che il concetto di integralità muta sensibilmente in relazione al contesto in cui viene letto, se nell'ambito del ristoro del danno patrimoniale o non patrimoniale, essendo interpretato in maniera maggiormente normativa nel primo caso, e prevalentemente naturalistico nel secondo⁹¹. In particolare, nel primo caso l'interesse del legislatore non è soltanto quello di ristorare il danneggiato dal pregiudizio ingiustamente patito, conseguenza, questa, che parrebbe un riflesso dell'obiettivo primario del risarcimento, quello del ristoro della società considerata nel suo complesso, come autorevolmente sostenuto da chi ritiene che il sistema del risarcimento del danno sia in verità un vero e proprio sistema di "ingegneria sociale".⁹² In questo contesto di allocazione del danno ed equa distribuzione del medesimo tra le forze sociali, poco spazio resta al principio di integrale riparazione⁹³, il quale invero ritorna con maggiore forza quando si tratta di compensare dei danni non patrimoniali.

Ed in effetti, si riscontra in tal caso la necessità di garantire una tutela più forte rispetto a quella da adottare nell'ipotesi del danno patrimoniale, dimostrata dal

⁸⁹ GRISI G., *Il danno (di tipo) esistenziale e la nomofilachia «creativa» delle Sezioni Unite*, in Eur. Dir. Priv., fasc. 2/2009(2009), 435.

⁹⁰ Cfr. RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964.

⁹¹ La distinzione è di PELLEGRINI T., *La quantificazione del danno tra fatto e diritto. Brevi annotazioni su risarcimento integrale e compensatio lucri cum damno*, in Jus Civile, 2018.

⁹² Cfr. MARELLA M.R., *La riparazione del danno in forma specifica*, in Riv. Crit. Dir. priv., 2007, 175 ss.; ID., *Il risarcimento per equivalente e il principio della riparazione integrale*, cit., 32: "i vari sistemi di responsabilità civile adottano meccanismi che portano a distribuire le perdite tra danneggiante e danneggiato piuttosto che ad allocare realmente il peso (integrale) del danno sull'uno o sull'altro".

⁹³ PELLEGRINI T., *La quantificazione del danno tra fatto e diritto. Brevi annotazioni su risarcimento integrale e compensatio lucri cum damno*, in Jus Civile, 2018.

frequente aggancio ai principi costituzionali.⁹⁴ Nel contesto non patrimoniale, infatti, il principio di integrale riparazione funge da argine rispetto alla tendenza, tutta da scongiurare, a voler concepire il risarcimento del danno esclusivamente in termini di contrappeso della lesione, mezzo per ristabilire l'equilibrio, più che altro economico, tra quanto è stato ingiustamente perduto dal danneggiato e l'equivalente monetario utile a ristabilire lo *status quo ante*. In tal caso, dunque, il principio sembra essere l'affermazione di una scelta politica⁹⁵, quella di garantire a tutti i costi brocardi costituzionalmente orientati che dal danno risultano lesi, e che la generalità dei consociati percepisce come da proteggere ad ogni costo. Il costo, in tal caso, è quello di forzare il sistema "creando" un principio giurisprudenziale, quello di integrale riparazione, e mantenendolo valido in ogni caso di ristoro di un danno non patrimoniale.

Orbene, è da valutare se tale principio sia compatibile con una concezione del danno da ricomprendere in un'unica categoria giurisprudenziale e risarcitoria.

Ed infatti, la discrezionalità che tale circostanza provoca, sembra affidare il rispetto di tale brocardo a quello dell'equità, il quale, per definizione, non è in grado di garantire in maniera automatica il risultato pratico che si vorrebbe ottenere (il ristoro integrale, appunto), variando a seconda del caso concreto le poste risarcitorie da liquidare.

Reintrodurre le categorie risarcitorie significherebbe, invece, instradare la decisione giudiziale, ponendo dei paletti a delimitare il perimetro del percorso risarcitorio che il giudice può compiere.

Alcune considerazioni.

⁹⁴ Cfr. ad es. TRAVAGLINO G., *La responsabilità contrattuale tra tradizione e innovazione*, in Resp. civ. prev 2016, 78; Cfr. GRISI G., *Il principio dell'integrale riparazione del danno*, in Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo di Majo, a cura di MAZZAMUTO S., Napoli, 2012, 168, 191.

⁹⁵ PELLEGRINI T., *La quantificazione del danno tra fatto e diritto. Brevi annotazioni su risarcimento integrale e compensatio lucri cum damno*, cit.

Da un lato, esiste il pericolo di duplicazione risarcitoria. Dall'altro, esiste il rischio di non trasparenza della decisione giudiziaria, nonché di eccessiva discrezionalità della medesima.

Ma c'è di più. Le categorie risarcitorie servono, in effetti, quali "*prospettive per ritrovare l'orientamento. Orientamento che si perde quando si è troppo dentro le cose, ci si immedesima troppo con i fatti; in altri termini, quando si considerano i fatti solo nella loro unicità empirica, senza guardarli in rapporto con altre situazioni analoghe*"⁹⁶. E' in gioco, allora, un altro e ben più importante valore: quello della prevedibilità della sentenza. Ed infatti, utilizzare delle categorie predefinite *ex ante*, proprio come avviene con gli istituti giuridici, consente all'interprete di muoversi in un terreno di discrezionalità, che però risulta ben delimitato dai "paletti" legislativi e giurisprudenziali relativi all'ambito oggetto di interpretazione⁹⁷. Al contrario, la struttura della categoria omnicomprensiva ha da sempre condotto la giurisprudenza a sopperire, nell'individuazione dei criteri, per il tramite dell'utilizzo di formule eccessivamente ampie, quali quelle della "gravità dell'offesa", e della "serietà del danno". Formule che, è inevitabile, finiscono per produrre quell'effetto indesiderato di eccessiva discrezionalità della decisione giudiziale di cui si è detto.

Ed allora, la soluzione è forse quella che, timidamente, le inascoltate sentenze gemelle – perlomeno sotto questo aspetto- avevano già proposto: differenziare le categorie risarcitorie in maniera precisa, puntuale, indubitabile, in modo tale da evitare il rischio di duplicazioni risarcitorie. Pare, infatti, che si sia partiti dalla necessità di risolverlo, un problema (quello appunto delle duplicazioni risarcitorie), ma si sia finiti per crearne una serie: l'incertezza della decisione giudiziaria, la non integrale tutela della persona, il detrimento, almeno parziale, delle sue pretese risarcitorie.

⁹⁶ Cfr. SAPONE N., *Il danno alla persona preso con filosofia*, cit.

⁹⁷ E' della stessa idea SAPONE N., *Il danno alla persona preso con filosofia*, cit.

In altre parole, le parole di un giudice, *“è accrescendo le sfumature che sparirà- come per incanto- il problema delle duplicazioni”*⁹⁸.

E' evidente, in conclusione, come sia necessario rimanere in attesa di un qualche movimento della Suprema Corte, magari a Sezioni Unite, che chiarifichi, una volta per tutte, la linea giurisprudenziale prevalente sul punto, intervenendo a composizione di quello che, con buona pace dei brocardi di S. Martino, sembra ormai a tutti gli effetti un vero e proprio contrasto giurisprudenziale.

Ciò che è certa, ad oggi, è soltanto la totale incertezza in cui il tema del danno alla persona versa. *“La nave giustizia, specie in tema di danno alla persona, sembra percorrere, ogni anno, un mare sempre più scosso da uragani e tempeste ideologiche”*.⁹⁹

⁹⁸ Il riferimento è ancora una volta a SAPONE N., *Il danno alla persona preso con filosofia*, cit.

⁹⁹ MAROZZI F., *“I Dieci Comandamenti del Dott. Rossetti: muore il ‘dinamico relazionale’ torna il ‘danno morale’*, cit.

CAPITOLO II

IL DANNO NON PATRIMONIALE IERI ED OGGI.

EVOLUZIONE DOTTRINARIA E GIURISPRUDENZIALE DI UN FENOMENO GIURIDICO.

1. PROCESSI EVOLUTIVI DEL DANNO NON PATRIMONIALE E DEI SISTEMI RISARCITORI IN ITALIA; 2. IL DANNO NON PATRIMONIALE OGGI. LA GIURISPRUDENZA: I DANNI PUNITIVI NEI SISTEMI DI COMMON LAW; 2.1. I DANNI PUNITIVI IN ITALIA: DALL'ORDINANZA DI REMISSIONE AL PRONUNCIAMENTO DELLA SUPREMA CORTE; 3. LA DOTTRINA: GLI OBBLIGHI DI PROTEZIONE, LA CATEGORIA DELL'OBBLIGAZIONE SENZA PRESTAZIONE E QUELLA DEL CONTATTO SOCIALE. PROFILI ETICI E FILOSOFICI.

1. PROCESSI EVOLUTIVI DEL DANNO NON PATRIMONIALE E DEI SISTEMI RISARCITORI IN ITALIA

La categoria giuridica del danno non patrimoniale è stata nel corso della sua evoluzione, ed è tuttora, categoria composta e caratterizzata da profili di complessità. Lungi dal volerne ricostruire pedissequamente l'evoluzione, si tratterà in questa sede esclusivamente di quegli elementi di evoluzione preliminari alla successiva analisi del danno non patrimoniale oggi, specie nelle forme del danno punitivo.

Orbene, ad avere aperto la strada della rilevanza del danno non patrimoniale è stato invero il danno biologico¹⁰⁰. Mentre, infatti, in un primo momento la responsabilità civile sembrava posta a presidio del patrimonio e della dimensione esclusivamente economicistica del danno, in un secondo momento

¹⁰⁰ Di quest'avviso è BARCELLONA M., *Il danno non patrimoniale*, Giuffrè, 2008.

tale struttura veniva definitivamente messa in crisi dalla necessità di ristoro del cd. danno alla salute¹⁰¹.

Oggi, le funzioni della responsabilità civile sono molteplici. A partire dal 2017, infatti, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno ammesso testualmente come la responsabilità civile possa assolvere non solo alla funzione riparatoria, ma altresì a quella sanzionatoria/deterrente. Ciò è avvenuto, come noto, con la tendenziale apertura del nostro ordinamento giuridico al sistema anglosassone dei danni punitivi¹⁰².

A queste due funzioni se ne accostano altre due: quella general preventiva e quella special preventiva¹⁰³; la prima è una funzione di deterrenza e dissuasione della restante generalità dei consociati dall'idea di commissione di un fatto illecito; la seconda, è preordinata a prevenire la reiterazione della condotta dell'autore dell'illecito.

Le varie funzioni risarcitorie, tuttavia, non concorrono tra loro allo stesso modo, potendo chiaramente dirsi ad oggi prevalente quella riparatoria sulle altre.

Ed infatti, nella responsabilità civile ad essere punita non è l'azione, bensì la conseguenza della medesima, circostanza questa che lascerebbe ragionevolmente presumere che a dover essere ingiusto sia il danno, e non il fatto¹⁰⁴.

¹⁰¹ MASTROPAOLO F., *Il risarcimento del danno alla salute*, Napoli, 1983; ALPA G., *Il danno biologico. Percorso di un'idea*, Padova, 1987; PROCIDA MIRABELLI DI LAURO A., *La riparazione dei danni alla persona*, Napoli, 1993; NAVARRETTA E., *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996; CASTRONOVO C., *Il danno biologico. Un itinerario di diritto giurisprudenziale*, Milano, 1998; FRANZONI M., *Il danno risarcibile*, Milano, 2004.

¹⁰² Per la trattazione del tema si rimanda al prg. 2 e 2.1 del presente capitolo.

¹⁰³ Le due funzioni, come noto, sono tipiche dell'ambito penalistico, conosciute in particolare come funzioni rieducative della pena. Tuttavia, la dottrina ha spesso adottato tale linguaggio penalistico altresì in ambito civile per definire i vari e multiformi aspetti della responsabilità civile.

¹⁰⁴ Fautori di tale teoria sono PACCHIONI G., *Il danno ingiusto secondo il vecchio e il nuovo codice*, in Scritti in onore di Ferrini C., II, Milano, 1947, p. 164 ss.; FEDELE A., *Il problema della responsabilità del terzo per pregiudizio del credito*, Milano, 1954, p. 117; BARASSI L., *Teoria delle obbligazioni*, II, Milano, 1964, p. 432; DE CUPIS A., *Il danno*, I, Milano, 1966, p. 12. PUGLIATTI S. voce "Alterum non

Ancora, abbiamo conferma della preminenza della funzione riparatoria anche guardando alla faccenda da un punto di vista storico¹⁰⁵, ovvero collocando il 2043 c.c. nel tempo e nello spazio.

Già nel diritto romano¹⁰⁶, la responsabilità aquiliana rivestiva originariamente una funzione riparatoria¹⁰⁷, nascendo per tutelare il proprietario leso nel suo diritto di proprietà. Successivamente, e solo in una seconda fase, entrava in gioco l'elemento soggettivo: ciò ha significato accentuare la funzione sanzionatoria.

Nel tempo, questa funzione accompagna la responsabilità civile fino alla prima Rivoluzione Industriale, a partire dalla quale si inizia a porre un' esigenza di ritorno alle origini, tendenza che troverà terreno fertile fino ai giorni nostri. Si inizia a visualizzare, allora, la necessità di rivedere il meccanismo della responsabilità civile in relazione alla nuova realtà industriale, la quale introduce rischi sempre maggiori, ma irrinunciabili dal punto di vista produttivo. L'esigenza, dunque, è quella che la responsabilità civile abbia un carattere esclusivamente ripristinatorio, e di socializzazione del danno: mediante lo strumento del risarcimento del danno, l'ordinamento tende a distribuire i pregiudizi sulla generalità dei consociati¹⁰⁸.

In altre parole, se l'illecito civile nasceva, nell'ordinamento romano, in funzione di completamento della tutela penale, e rimaneva confinato ad alcune ipotesi

laedere" in Enc. dir. Milano 1958, p. 98 ss.; SCHLESINGER P., *L'ingiustizia del danno nell'illecito civile*, in Jus, 1960, p. 336 ss. Per una rivisitazione dei vari approcci teorici alla formula "danno ingiusto" v. SCALISI V., *Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile*, in Riv. dir. civ., 2004, I, p. 29 ss. Per una visione generale del concetto di danno ingiusto cfr. RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità civile*, ed. Giuffrè, Milano, 1964, p. 116 ss., nonché la recensione a Rodotà di GALGANO F., in Riv. dir. civ., 1965, I, p. 535 ss.

¹⁰⁵ Per una ricostruzione storica del danno non patrimoniale v.

¹⁰⁶ Cfr. MARTINI R., *Sul risarcimento del «danno morale» in diritto romano*, in "Studi in onore di Sergio Antonelli", Napoli 2002, p. 525-32, ora in «RDR.» VI, 2006, e *Ibidem*, *Sul risarcimento del danno morale in diritto romano II (Ripensamenti)*, in Rivista di Diritto Romano - VIII - 2008.

¹⁰⁷ Ciò avvenne, in particolare, con l'avvento della nota *Lex Aquilia de damno*.

¹⁰⁸ DI MARTIS M. S., *Lavoro e salute in Europa prima della Rivoluzione Industriale*, in Rivista degli Infortuni e delle malattie professionali, fasc. 1/2010.

tipiche (es. il furto e la rapina) agendo, di fatto, ad integrazione della tutela approntata da altra branca dell'ordinamento, quella penale, nel tempo l'ancillarità del diritto civile viene meno. In un secondo momento, infatti, il sistema risarcitorio subisce un affrancamento, assumendo una sua autonomia a partire dall'epoca moderna, età in cui si sviluppano inizialmente due grandi modelli:

- quello francese, che si realizza a partire dal *Code Napoleon*, e che si basa sull'idea del risarcimento per clausola generale¹⁰⁹. Si instaura, in questa fase, quell'idea di atipicità della responsabilità aquiliana che verrà poi recepita anche nel nostro ordinamento;
- quello tedesco, consacrato nel *Bürgerliches Gesetzbuch*, caratterizzato, al contrario, da un sistema di tipicità dell'illecito civile, che indica pedissequamente i beni giuridici la cui lesione importa responsabilità civile¹¹⁰.

La norma, inoltre, ha subito nel tempo una trasformazione epocale, passando essenzialmente da norma secondaria a norma primaria.

Ed infatti, secondo un primo orientamento, dominante fino al 1999,¹¹¹ l'ingiustizia del danno coincideva con la cd. anti-giuridicità oggettiva,

¹⁰⁹ PIROTTA G., *Il risarcimento del danno alla persona in Francia*, con il coordinamento del Gruppo Europa Osservatorio Milano, in Milanosservatorio.it, 2016.

¹¹⁰ FÖRGER R., *Il risarcimento del danno alla persona in Germania*, versione italiana a cura di TOFFOLETTO S., appendice a cura di VON HASE K., con il coordinamento del Gruppo Europa Osservatorio Milano, in Milanosservatorio.it, 2016.

¹¹¹ Cass. Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500, in Foro.it 1999, I, 2487 e ss., con nota di PALMIERI A-PARDOLESI R.; in Giur. Cost. 1999, p. 4045 ss., con note di COCA F.G., *Per un'amministrazione responsabile* e AZZARITI G., *La risarcibilità degli interessi legittimi tra interpretazioni giurisprudenziali e interventi legislativi. Un commento alla sentenza n. 550 del 1999 della Corte di Cassazione*, in Giorn. Dir. Amm. 1999, p. 832 e ss., con nota di TORCHIA L., *La risarcibilità degli interessi legittimi: dalla foresta pietrificata al bosco di Birnam*, in Danno e resp., 1999, p. 970 e ss., con note di MONETARI P.G., PALMIERI A-PARDOLESI R., PONZANELLI G. E ROPPO V., in Cor. Giur. 1999, p.

producendo in tal modo una definizione di danno ingiusto come danno *non iure* e *contra ius*. In questo contesto, l'ingiustizia del danno combaciava con l'antigiuridicità formale, e il 2043 c.c. era norma secondaria, perché norma di sanzione che interveniva ove vi fosse stata una violazione di una disposizione primaria altrove sancita.

Dopo il 99¹¹², invece, entra in gioco il criterio della maggiore o minore meritevolezza di tutela dell'interesse leso. L'ingiustizia del danno, allora, si ha quando venga lesa una situazione giuridica soggettiva meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico.

Mentre prima erano oggetto di risarcimento i soli diritti soggettivi assoluti, dopo il caso Meroni¹¹³ la risarcibilità si estende anche alle lesioni dei diritti di credito.

L'ordinamento, poi, si evolve ancora con il successivo caso De Chirico¹¹⁴, con il quale la Cassazione fa un ulteriore passo in avanti: la situazione giuridica soggettiva dell'acquirente, in questo caso, risultava pienamente tutelabile, ma non parimenti condivisibile era il fatto che esistesse a monte un diritto

1367, con nota di DI MAJO A., *Il risarcimento degli interessi non più solo legittimi*; FRACCHIA F., *Dalla negazione della risarcibilità degli interessi legittimi all'affermazione della risarcibilità di quelli giuridicamente rilevanti: la svolta della Suprema Corte lascia aperti alcuni interrogativi*, in Foro.it, 1999, III, 3212 e ss.; GRECO G., *Interesse legittimo e risarcimento dei danni: crollo di un pregiudizio sotto la pressione della normativa europea e dei contributi della dottrina*, in Riv. it. Dir. Pubbl. com. 1999, p. 1108 e ss.; ORSI BATTAGLINI A- MARZUOLI C., *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in Dir. Pubbl. 1999, p. 487 e ss.; BERTI G., *La giustizia amministrativa dopo il d. lgs. N. 80 del 1998 e la sentenza n. 500/99 della Cassazione*, in Dir. Pubbl. 2000, p.1 e ss.; LUMINOSO A., *Danno ingiusto e responsabilità della P.A: per lesione di interessi legittimi nella sentenza n. 500/99 della Cassazione*, ivi p. 55 e ss.; MENCHINI S., *Il nuovo assetto delle tutele giurisdizionali avverso gli atti amministrativi illegittimi*, ivi p. 81 e ss.; BUSNELLI F.D., *Dopo la sentenza n. 500. La responsabilità civile oltre il "muro" degli interessi legittimi*, in Riv. dir. Civ. 2000, I, p. 345 e ss. .

¹¹² Cass. Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500, *cit.*

¹¹³ Cass. Sez. Un. 16.01.1971, n. 174, in Foro.it, 1971, I, 1286, con nota di BUSNELLI F.D., *Un clamoroso "revirement" della Cassazione: dalla "questione di Superga" al "caso Meroni"*; VISENTINI G., *Ancora sul "caso Meroni"*, in Giur. It., 1971, I, 1186; CIAN G., *La virata della Cassazione sulla tutela aquiliana del credito (dal caso Superga al caso Meroni)*, in Giust. Civ., 1971, I, 201.

¹¹⁴ Cass., 4.5.1982, n. 2765, in Giust. civ., 1982, I, 1745, con nota di DI MAJO A. e DE CUPIS A.

soggettivo lesa. La Cassazione interviene dunque in funzione creatrice, postulando il cd. diritto alla integrità patrimoniale.

Con la sentenza 500/99¹¹⁵, infine, la Corte Suprema opera il passaggio epocale. Non solo i diritti soggettivi sono passibili di risarcimento del danno, ma anche gli interessi legittimi e le aspettative. La tutela aquiliana, dunque, prescinde dalla natura della situazione giuridica soggettiva, a patto che tale situazione risulti maggiormente meritevole di tutela rispetto alla contrapposta situazione giuridica soggettiva del danneggiante.

Ecco che il risarcimento del danno inizia ad essere subordinato ad una valutazione caso per caso sulla meritevolezza. E' qui che l'art. 2043 c.c. da norma secondaria diviene norma primaria: se non occorre più la presenza di un diritto soggettivo per aversi risarcimento, non occorrerà neanche la dimostrazione che sia stato violato l'art. 2043 c.c..

Il criterio, a partire da quel momento, diventa solo ed esclusivamente quello della maggiore o minore meritevolezza degli interessi in conflitto. Il giudizio di meritevolezza non è formulato dal giudice in termini di pura equità, ma è un giudizio di diritto, che deve trovare un addentellato normativo in una disposizione dell'ordinamento giuridico.

Ad oggi, l'art. 2043 c.c. non è più norma che recepisce istanze di tutela, ma norma che eroga essa stessa tutele. Non è norma che permette di scegliere come si vuole la situazione giuridica più meritevole di protezione, ma solo di decidere quale delle due situazioni è maggiormente passibile di tutela in base all'ordinamento. Il concetto, allora, non è mai meta-giuridico, ma sempre essenzialmente giuridico, anche se necessariamente elastico in considerazione della natura di clausola generale del 2043 c.c., caratterizzata da quella che è stata definita in dottrina come atipicità relativa o tipicità elastica¹¹⁶.

¹¹⁵ Cass. Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500, *cit.*

¹¹⁶ Cfr. CARRÀ M., *L'esercizio illecito della funzione pubblica ex art. 2043 c.c.*, Giuffrè, Milano, 2006.

Nel nostro attuale ordinamento, a ben vedere, una molteplicità di indici¹¹⁷ testimoniano la prevalenza della funzione riparatoria:

- l'atipicità del fatto illecito, che contrasta per definizione con la funzione sanzionatoria;
- il *favor victimae*: il sistema di diritto civile è incentrato su di un *favor* nei confronti del danneggiato, in funzione di garanzia del fatto che il pregiudizio possa essere effettivamente risarcito;
- il diverso atteggiarsi della causalità rispetto al diritto penale;
- la cd. irrilevanza delle concause;
- la presenza, ormai quasi indiscussa nel nostro ordinamento, dell' istituto del concorso o cumulo di responsabilità contrattuale o aquiliana;
- le regole di quantificazione del pregiudizio, che prescindono da elementi ulteriori rispetto all'ammontare del pregiudizio medesimo. Lo si comprende guardando alle ipotesi eccezionali, quelle in cui l'ammontare del pregiudizio risarcibile tiene conto di fattori ulteriori come la gravità della colpa ed il pregiudizio che il danneggiante ha tratto dall'illecito¹¹⁸;
- il rimedio del *disgorgment*¹¹⁹: rimedio di *equity*, previsto dagli strumenti di *common law*, secondo il quale, se ci si arricchisce a seguito di un fatto illecito, l'obbligo di restituzione sorge solo se alla controparte ne derivi

¹¹⁷ Cfr. AA.VV., *Valutazione del danno e strumenti risarcitori*, Giappichelli, Torino, 2016.

¹¹⁸ Es. art. 125 cod. proprietà industriale: il pregiudizio deve essere commisurato non solo al danno cagionato a chi ha subito l'usurpazione, ma anche al vantaggio che ha avuto chi ha prodotto l'usurpazione. Si tiene conto dei profitti del danneggiante. Norma analoga è l'art. 7 comma 3 della vigente legge Gelli- Bianco, nella parte in cui afferma che il risarcimento medico deve essere commisurato anche tenendo conto della gravità della colpa del sanitario. Il fatto che queste norme siano eccezionali dimostra che la funzione preminente è ancora soltanto riparatoria.

¹¹⁹ Cfr. BUTLER P.L., *Saving disgorgment from itself: sec enforcement after Kokesh v. Sec*, in *Duke Law Journal*, vol. 68:333, 2018.

un danno risarcibile. Se invece non c'è un danneggiato, non vi può essere risarcimento¹²⁰;

- la necessità del doppio danno, ovvero del danno evento e del danno conseguenza: il primo, consistente nella lesione di una posizione giuridica soggettiva tutelata dall'ordinamento; il secondo, nella refluenza che tale lesione ha sulla sfera patrimoniale del danneggiato. Come noto, la presenza del solo danno evento non è sufficiente per azionare il meccanismo risarcitorio: occorre altresì che la lesione provocata dall'evento incida in maniera diretta sulla sfera di personalità e patrimonialità del danneggiato¹²¹.

Ciò è vero anche *a contrario*: il danno conseguenza non è risarcibile se a monte manca un danno evento: si tratta, in questo caso, di *pure economic loss*¹²². La circostanza, infatti, che ciascuno di noi possa subire delle conseguenze patrimoniali, non ci legittima a richiedere il risarcimento, se tali conseguenze non si abbinano ad un danno evento e se non c'è, dunque, la lesione di una situazione giuridica soggettiva.

Orbene, tutti questi elementi dimostrano che, pur nella polifunzionalità della responsabilità civile, la funzione riparatoria ha ancora una sua preminenza, ma è oggi accompagnata da quella sanzionatoria.

Ciò detto, altro elemento in costante evoluzione è quello della necessaria differenza e bipartizione tra danno patrimoniale e danno non patrimoniale, bipartizione che non va mai intesa nei termini di una necessaria

¹²⁰ Negli ordinamenti di stampo anglosassone, invece, è possibile la restituzione anche a prescindere dall'esistenza di un danneggiato, funzione di riequilibrio. Il fatto che nel nostro ordinamento non esista istituto analogo dimostra che la funzione preminente è riparatoria.

¹²¹ E' per questo che il danno tanatologico non è risarcibile, c'è la lesione della posizione giuridica soggettiva ma non la conseguenza, perché il soggetto non esiste più, e dunque non c'è refluenza sulla sua sfera patrimoniale. La morte non determina un danno conseguenza, che è l'unico risarcibile.

¹²² BENSON P., *The problem with pure economic loss* (September, 2009), in *South Carolina Law Review*, vol. 60, no. 4, 2009.

contrapposizione. Ed infatti, il risarcimento del danno non patrimoniale va sempre inquadrato in chiave di completamento.

Il 2059 c.c. non richiede, ai fini risarcitori, dei requisiti diversi rispetto a quelli di cui al 2043 c.c., bensì i medesimi, con l'aggiunta della previsione legale. Siamo dunque di fronte a categorie omogenee, che concorrono tra loro nel completare la medesima tutela risarcitoria.

Per comprendere appieno la natura di tale bipartizione, si guardi alla nozione di danno non patrimoniale nel nostro ordinamento giuridico e negli altri ordinamenti. Tale nozione, come ovvio, è sostanzialmente presente in quasi tutti gli ordinamenti, i quali pongono argini più o meno intensi alla sua risarcibilità. Ed infatti, il danno non patrimoniale pone, a ben vedere, un problema di selezione dei pregiudizi risarcibili. In questo senso, ogni ordinamento sconta la difficoltà di dover delineare ciò che è risarcibile e ciò che non lo è, scontrandosi con tre livelli ostativi:

- il livello della definizione del danno non patrimoniale: è la sofferenza patita dal danneggiato? Se sì, quale? Ognuna? O solo quella sofferenza che presenta degli specifici caratteri?;
- il livello della quantificazione: mentre per il danno patrimoniale i criteri di quantificazione sono consolidati, qui si tratta invece di scavare nelle sofferenze dell'animo umano, e di quantificare il relativo danno;
- il livello della delimitazione: è difficile delimitare i confini del danno non patrimoniale, e ciò in ragione dei problemi suesposti. Ne deriva il susseguirsi di tendenze giurisprudenziali ora liberiste, e dunque preordinate al riconoscimento di quante più forme di danno possibili, ora negazioniste, rivolte alla riduzione delle voci di danno non patrimoniale ad un *unicum*, con evidente detrimento delle pretese risarcitorie dei soggetti danneggiati.

Nel nostro ordinamento, l'art. 2059 c.c., ha subito nel corso del tempo una profonda evoluzione. In un primo momento la norma rilevava in non tanto per

ciò che proibiva, quanto per l'eccezionalità di ciò che ammetteva. Ed infatti, quando viene introdotto il 2059 c.c., lo si fa in funzione di delimitazione dei pregiudizi risarcibili. Era allora proibita la risarcibilità del danno non patrimoniale nelle ipotesi non previste dalla legge, ma era già tanto l'ammettere il caso contrario, ovvero il risarcimento di un danno immateriale nelle ipotesi che la legge contemplava. Il legislatore, a quei tempi, era ancora dell'idea che i valori personali non fossero suscettibili di monetizzazione.

Col tempo, si pone il problema di determinare la possibilità di ottenere il risarcimento del danno anche nelle ipotesi in cui non vi fosse stata responsabilità penale accertata dal giudice penale.

L'opinione condivisa si attesta sin da subito nel senso dell'ammissibilità del risarcimento di tale danno, a condizione, però, che il giudice civile accertasse in questo caso in via incidentale la sussistenza del reato, applicando le regole del diritto penale.

Tale conclusione, ad oggi, non è più condivisa né condivisibile, tanto che si è giunti col tempo ad affermare la tesi opposta: il giudice civile può accertare la sussistenza del reato in via incidentale, ma mai con i criteri penalistici dell'oltre ogni ragionevole dubbio, bensì con quelli civilistici del più probabile che non¹²³.

¹²³ Cfr. Cass. Pen., Sez. Un., 10 luglio 2002/11 settembre 2002, n. 30328, in Foro it., 2002, II, 601, con nota di DI GIOVINE, in Riv. dir. civ., 2003, II, p. 362, con nota di BONA e LANDINI, in Nuova gir. civ. comm., 2003, I, p. 246, con nota di CAPECCHI, in Cass. pen., 2003, p. 1176, con nota BLAIOTTA, in Danno e resp., 2003, p. 195, con nota di CACACE, in Dir. pen. e proc., con nota di DI MARTINO, p. 50, in Resp. civ. e prev., 2003, p. 105, con nota di MACRI, ibid., p. 1104, con nota di CIPRIANI; in Corr. giur., 2003, p. 354, con nota di DI VITO, in Riv. it. medicina legale, 2002, p. 1614, con nota di FIORI, LA MONACA e ALBERTACCI. Cass. civ., 4 marzo 2004, n. 4400, in Contratti, 2004, p. 1091, con nota di Lisi, in Corr. giur., 2004, p. 1018, con nota di VITI, in Resp. civ., 2004, 3, p. 204, con nota di PARTISANI, in Riv. it. med. leg., 2004, p. 789, con nota di NORELLI, FIORI, CASCINI E AUSANIA, in Cass. pen., 2004, p. 2537, con nota di D'ALESSANDRO, in Danno e resp., 2005, p. 1, con nota di FEOLA E NOCCO, la quale richiama esplicitamente le espressioni della sentenza Franzese, anche se a parere di VITI, in nota alla sentenza, questo richiamo, letto alla luce del complesso della sentenza, non implica che la cassazione civile segua in maniera pedissequa i principi espressi dalla sentenza Franzese; App. Roma, sez. I civ., 7 marzo 2005, n. 1015, in Corr. merito, 2005, p. 539; Trib. Monza, 3 maggio 2005, in Corr. merito, 2005, p. 891, con nota D'AURIA. La sentenza della corte d'appello di Roma, in particolare, è aspramente criticata da STELLA, A proposito di talune sentenze civili in tema di causalità, cit., p. 1159 ss., fra l'altro, proprio perché applica in sede civile il criterio dell'"oltre ogni ragionevole dubbio" anziché quello del "più probabile che no". In dottrina, ONA,

Altro punto di svolta si registra intorno agli anni 70, quando la possibilità di ottenere il risarcimento del danno non patrimoniale sostanzialmente nei soli casi di danno non patrimoniale da reato sembra non apparire più conforme alle esigenze della società del tempo. Scuotono le coscienze, in particolare, una serie di casi nei quali l'impossibilità di risarcire il danno non patrimoniale in mancanza di reato appare oltremodo ingiusta. Tra tutti, il caso Gennarino¹²⁴, in cui il danneggiato subisce una forte menomazione fisica senza ottenere alcuna tutela risarcitoria, mancando un reato alla base del prodursi del danno. Inizia a diffondersi, in dottrina, l'idea secondo cui non fosse ammissibile che la lesione di valori strettamente inerenti alla persona dovesse restare soggetta alle strettoie di cui all'art. 2059 c.c., per come formulato in un'epoca in cui i valori della persona non venivano percepiti con la medesima forza.

Inizia, allora, la cd. stagione del travaso¹²⁵. Da l'avallo la storica sentenza Dell'Andro¹²⁶, con la quale si consacra la legittimità della prima grande

Nesso di causalità, in *Danno e resp.*, 2006, p. 396; MONATERI e BONA, *Il nesso di causa nella responsabilità civile alla persona*, in *Il nesso di causa nel danno alla persona*, a cura di BONA, Milano, 2005, p. 1 ss.; BONA, *Il nesso di causa nella responsabilità civile del medico e del datore di lavoro a confronto con il decalogo delle Sezioni Unite Penali sulla causalità omissiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, II, p. 384; CARBONE, *Il rapporto di causalità*, in *La responsabilità civile*, diretta da ALPA E BESSONE, vol. II, Torino, 1997, p. 51 ss. Per l'applicazione dell'omologo criterio del "*more likely than not test*" da parte delle corti inglesi v. VAN DAM, *European Tort Law*, Oxford, 2006, p. 275 ss.

¹²⁴ Trib. Milano 1971, la cui massima è la seguente: "*Nella ipotesi di menomazione fisica derivante da fatto illecito a danno di un bambino non ancora pervenuto all'età lavorativa, la percentuale di invalidità permanente, che deve rapportarsi alla sua prevedibile attività futura, e l'ammontare presumibile del futuro reddito, vanno determinati in base al lavoro svolto dal padre*". V. GALOPPINI, *Il caso Gennarino ovvero quanto vale il figlio di un operaio*, in *Democrazia e diritto*, 1971, p. 225 e ss.; BESSONE M., ROPPO E., *Garanzia costituzionale del diritto alla salute e orientamenti della giurisprudenza di merito*, in *Giuris. di merito*, 1975, 6 e ss.

¹²⁵ MASTROPAOLO F., *Il risarcimento del danno alla salute*, Napoli, 1983, 195; BUSNELLI F.D., *Interessi alla salute e risarcimento del danno*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1996; BUSNELLI F.D., *Chiaroscuri d'estate. La Corte di Cassazione e il danno alla persona*; PONZANELLI G., *Ricomposizione dell'universo non patrimoniale: le scelte della Corte di Cassazione*, PROCIDA MIRABELLI DI LAURO A., *L'art. 2059 va in paradiso, per una prima lettura critica delle summenzionate sentenze*, in *Danno e responsabilità*, nn. 8-9, 2003, 816 ss.

¹²⁶ Corte Cost., n. 184/1986, così massimata "*Se nell'ordinamento non esistessero altre norme relative al danno biologico e, pertanto, quest'ultimo fosse risarcibile solo ai sensi dell'art. 2059 c.c.*,

interpretazione manipolativa dell'inciso "danno non patrimoniale" di cui al 2059 c.c.. Per la prima volta, infatti, l'inciso viene interpretato in maniera restrittiva, intendendo per danno non patrimoniale il solo danno morale subiettivo, definito a sua volta come transeunte turbamento psicologico.

Questa operazione interpretativa si accompagna ad una seconda e più complessa operazione, che vede l'individuazione di tutti quei danni non patrimoniali diversi dal morale soggettivo, e il travaso dei medesimi in un'altra norma, sotto la voce di "danno biologico", ovvero quel pregiudizio non patrimoniale che si caratterizza per il fatto di essere suscettibile di accertamento medico-legale. Si afferma il principio per cui i danni biologici vadano risarciti in base al combinato disposto tra l' 32 Cost. e il 2043 c.c. .

Ciò ha comportato, nel tempo, che il danno biologico si affrancasse dalle strettoie del 2059 c.c., e diventasse un danno di carattere atipico. Anche secondo la Corte Costituzionale¹²⁷, questa soluzione appariva come necessitata, perché sarebbe stato inammissibile un sistema per cui i valori personali restassero esclusi dalla tutela risarcitoria.

Lo stesso meccanismo si ripropone, in seguito, anche per la tutela del cd. danno esistenziale, fortunata costruzione dottrinale patrocinata, tra i tanti, da Cendon¹²⁸, che individua il pregiudizio risarcibile nella modificazione del fare

e cioè soltanto se il fatto costituisce reato e relativamente ai soli conseguenti danni morali, si porrebbe certamente il problema della costituzionalità dell'art. 2059 c.c. La vigente costituzione svela che l'art. 2043 c.c. va posto in correlazione agli articoli della carta costituzionale che tutelano valori della persona. L'art. 2043 c.c., correlato all'art. 32 Cost., va necessariamente esteso fino a ricomprendere non solo i danni in senso stretto patrimoniali, ma tutti i danni che, almeno potenzialmente, ostacolano le attività realizzatrici della persona umana", Giur.it., 1987, I, 392; Foro.it, 1986, I, 2053; Nova giur civ. comm., 1986, I, 534, Giust. Civ., 1986, I, 2324; Resp. civ. prev., 1986, 520. La pronuncia pare tuttavia superata da un più recente orientamento della medesima Corte, il riferimento è a Corte Cost., 27.10.1994; n. 372, in Giust. civ., 1994, I, 3029, con nota di BUSNELLI. F.D., Tre "punti esclamativi", tre "punti interrogativi" e "un punto a capo".

¹²⁷ Ci si riferisce, ad esempio, alla nota decisione della Corte Costituzionale n. 233 del 2003, la quale ha indicato le coordinate ed i principi generali in tema di danno alla persona.

¹²⁸ Tra i tanti contributi dell'autore, si menziona CENDON P., *Danno esistenziale e Sezioni Unite: "Ha da passà 'a nuttata", cit.*

areddituale del soggetto, identificando un pregiudizio non patrimoniale risarcibile in tutte quelle ipotesi in cui venga sconvolta l'agenda di vita del soggetto. Anche in questo caso, viene invocato l'art. 2 Cost., da leggere in combinato disposto con il 2043 c.c.

A partire dagli anni 70 in poi, si inanellano e sovrappongono tra loro una serie di categorie inquadrabili nelle maglie del danno biologico, morale, ed esistenziale, circostanza questa che conduce, a partire dai primi anni 2000, ad una operazione interpretativa opposta: si chiude definitivamente la stagione del travaso e si passa ad una interpretazione manipolativa dell'inciso finale del 2059 c.c., ovvero della locuzione "*solo nei casi previsti dalla legge*". Il punto di svolta, in questo senso, va individuato nelle già menzionate sentenze gemelle del 2003¹²⁹, che riaffermano, dopo anni di diversa opinione, l'unitarietà del danno non patrimoniale.

Le sentenze gemelle vengono poi integrate dalle sentenze San Martino del 2008, le quali sostengono che il danno non patrimoniale non coincida col danno morale soggettivo, essendo invece una categoria vasta, unitaria, nella quale devono confluire anche il danno biologico e il danno esistenziale. Non è dunque più possibile frammentare la categoria al fine di travasare alcune categorie di pregiudizi dal 2059 c.c. al 2043 c.c. .

Tuttavia, una significativa apertura interviene a temperare il fenomeno della tendenziale *reductio ad unum* delle varie voci di danno.

Ed infatti, l'inciso finale del 2059 c.c. non viene inteso con riferimento alle sole disposizioni di legge che espressamente ciò prevedano, ma viene invece riferito anche a quelle ipotesi di lesioni di principi sanciti dalla Costituzione a presidio dei diritti inviolabili della persona.

E' il periodo dell'affermazione della cd. tutela minima risarcitoria. Ed infatti, non è più concepibile, negli anni 2000, la circostanza che vi siano diritti inviolabili della persona sanciti da disposizioni costituzionali, che rimangano sguarniti di

¹²⁹ Cass. Civ., Sez. III, 315.2003, n. 8827, *cit.*

tutela risarcitoria sol perché non integrano reato. Superamento netto anche della distinzione tra norme precettive e norme programmatiche. Per “casi determinati dalla legge”, dunque, si iniziano ad intendere tutti quei casi in cui il legislatore o il costituente abbiano previsto, con disposizione espressa o con principio generale, il riconoscimento di un diritto inviolabile della persona.

Siamo nell’ambito di quella che autorevole dottrina ha avuto a definire con la locuzione “atipica tipicità”, per tale intendendosi una tipicità aperta all’interpretazione di norme costituzionali che, in quanto principi generali dell’ordinamento, possono assumere significati diversi e variegati, quali ad esempio l’art. 2 Cost.

Da ultimo, e per esigenze di completezza, va detto che nel panorama dottrinario e giurisprudenziale attuale molteplici sono ancora le questioni aperte.

Tra queste, quella dell’ unitarietà o multiformità del danno non patrimoniale, di cui si è trattato.

2. IL DANNO NON PATRIMONIALE OGGI. LA GIURISPRUDENZA: I DANNI PUNITIVI NEI SISTEMI DI *COMMON LAW*

Il danno punitivo, ed il conseguente risarcimento che dal medesimo deriva, costituisce uno degli istituti più controversi e rappresentativi degli ordinamenti di *common law*, ed in particolare di quello statunitense, all’interno del quale l’istituto ha avuto la più vasta applicazione pratica¹³⁰.

¹³⁰ Così DOBBS D.; *Law of remedies*, vol. I, Saint Paul, 1993, 452; POLINSKY, SHAVELL, *Punitive damages: an economic analysis*, in *Harv. L. Rev.*, 1998, 870.

Inoltre, è l'istituto che più di tutti distingue il sistema di *civil law* da quello di *common law*¹³¹.

Partendo dalla definizione, si rileva che i cd. *punitive* (o *exemplary*) *damages* prevedono, in caso di responsabilità del danneggiante per dolo (*malice*) o colpa grave (*gross negligence*), il riconoscimento al danneggiato di un ulteriore autonomo risarcimento punitivo, oltre a quello necessario per compensare il danno subito (*compensatory damages*).

Si tratta, come sostenuto da autorevole dottrina, di sistemi aventi ad oggetto non già la compensazione del pregiudizio subito dal danneggiato, bensì la sanzione della condotta del danneggiante¹³².

Inoltre, il fenomeno di cui in oggetto si colloca ad un punto di confine tra il diritto civile ed il diritto penale¹³³: si tratta infatti di garantire al danneggiante una somma di denaro aggiuntiva rispetto al risarcimento già liquidato a titolo compensativo, e ciò a titolo punitivo della condotta del danneggiante, connotata da caratteri particolarmente riprovevoli¹³⁴.

¹³¹ Così KOZIOL, *Punitive damages: admission into the seventh legal heaven or eternal damnation? Comparative report and conclusion*, in *Punitive Damages*, 275.

¹³² PONZANELLI G., *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 435 ss.; BENATTI F., *Correggere e punire. Dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, Milano, 2008.

¹³³ Cfr. *ex multis* OWEN, *The moral foundations of punitive damages*, in *Alabama Law Review*, 1989, 705; ELLIS, *Fairness and efficiency in the law of punitive damages*, in *S. Cal. L. Rev.*, 1982-1983, 2; CHAPMAN, TREBILCOCK, *Punitive damages: divergence in search of a rationale*, *Alabama Law Review*, 1989, 742.

¹³⁴ Cfr. OWEN, *A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform*, in *39 Vill. L. Rev.*, 364;

Ciò comporta la necessità di analizzarlo attraverso una chiave prospettica necessariamente polifunzionale e pluralista¹³⁵: è utile svolgere una valutazione

della funzione risarcitoria di ogni ordinamento nel quale l'istituto dei danni punitivi pretende di operare e, nel farlo, adottare visioni prospettiche afferenti a varie aree del sapere, rifuggendo da una classificazione esclusivamente normativistica, per approdare a soluzioni che tengano invece conto anche dei profili sociologici, politologici e filosofici.

Quanto alle origini dell'istituto, le stesse vanno ricercate nel sistema rimediale del danno non patrimoniale inglese del XVIII secolo. Ed infatti, nel corso del processo di costruzione del sistema del danno non patrimoniale, verificatosi in tempi diversi in tutti gli ordinamenti occidentali, gli ordinamenti di *common law* si resero conto della necessità di colmare le lacune di un sistema ancora imperfetto, e trovarono nei *punitive damages* un mezzo per riportare ad equità la compensazione del danno. Originariamente, dunque, l'istituto aveva funzione prettamente compensativa: solo in un secondo momento, conclusosi e perfezionatosi il procedimento di evoluzione del danno non patrimoniale, lo stesso avrebbe acquistato i connotati con i quali ancora oggi è conosciuto: quelli di un risarcimento punitivo.¹³⁶

¹³⁵ SEBOK, *The U.S. Supreme Court's theory of common law punitive damages: an inauspicious start*, in Meurkens, Nordin, 133 ss., 134 – 136.

¹³⁶ La tesi ricostruttiva in questione è ampiamente condivisa in dottrina: cfr. AUSNESS, *Retribution and deterrence: The Role of Punitive Damages in Products Liability Litigation*, in 74 Ky. L. R., 1985-1986, 2; ELLIS, *Fairness and Efficiency in the Law of Punitive Damages*, in 56 S. Cal. L. Rev., 1982-1983, 12 ss.; SCHWARTZ, *Deterrence and Punishment in the Common Law of Punitive Damages: a comment*, in 56 S. Cal. L. Rev., 1982-1983, 139; RUSTAD, KOENING, *The historical continuity of punitive damages awards: reforming the tort reformers*, in 42 Am. U. L. Rev., 1993, 1284 ss.; OWEN, *A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform*, cit.; FIELD, *A Treatise on the Law of Damages*, ed., Des Moines, 1881, 70 ss.; Nota, *Exemplary Damages in the Law of Torts*, in 70 Harv. L. Rev., 517 ss..

In Inghilterra, i danni punitivi si affermano in maniera preponderante con due casi noti del 1763: *Wilkes v. Wood e Huckle v. Money*.¹³⁷

Nei secoli successivi, la funzione deterrente e punitiva del risarcimento si insedia e si stabilizza nel sistema compensatorio inglese, fino a quando, nel 1964, il caso *Rookes v. Barnard*¹³⁸ ridisegna l'istituto in analisi. Mentre, infatti, le precedenti pronunce giurisprudenziali sottolineavano la natura deterrente e punitiva del danno, la sentenza in commento distingue per la prima volta tra *exemplary damages* ed *aggravated damages*¹³⁹, riconoscendo solo ai primi una natura punitiva, mentre i secondi, dal carattere precipuamente compensativo, andranno da allora a costituire una sottocategoria del danno morale, il quale, particolarmente gravoso in alcuni casi, merita di essere ristorato con una ulteriore somma di denaro rispetto a quella tendenzialmente liquidata per casi simili.

La pronuncia, inoltre, ha il merito di aver costituito (e di costituire tuttora) un *leading case* in tema di danni punitivi, e ciò per aver ridotto la categorizzazione degli stessi a tre grandi aree di danno: a) i casi di condotta posta in essere da un pubblico ufficiale e caratterizzata da profili di arbitrarietà, oppressività ed incostituzionalità; b) i casi in cui il danneggiante ponga in essere la condotta ai fini della realizzazione di un lucro che ritene supererà l'eventuale risarcimento

¹³⁷ In quell'occasione, fu riconosciuto per la prima volta da una giuria un risarcimento del danneggiato a titolo di punizione per il danneggiante, con finalità deterrenti e di sottolineatura di una condotta particolarmente riprovevole.

¹³⁸ Il caso: *Rookes v. Barnard and Others*, [1964] A.C. 1129. Per un commento della sentenza v. HOFFMAN, *Rookes v. Barnard*, in *Law Quarterly Review*, 1965, 166 ss.; FORD, *Damages, Punitive or Exemplary Damages - A Canadian View of Rookes v. Barnard*, in *Alberta Law Review*, 1965, 159 ss.;

¹³⁹ Sul punto v. SEBOK, WILCOX, *Aggravated Damages*, in Koziol, Wilcox (a cura di), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Vienna, 2009, 266 ss.

dovuto al danneggiato; c) tutti gli altri casi in cui il rimedio punitivo sia espressamente previsto dalla legge.

Con questa operazione giurisprudenziale, si volle prima di tutto ridimensionare la portata del fenomeno ai soli casi in cui si riscontrava realmente la necessità di un *quantum* punitivo, considerata la pericolosa tendenza delle Corti ad utilizzare i *punitive damages* come mezzo per ritoccare verso l'alto le cifre del risarcimento, così svilendo la funzione punitiva dell'istituto e relegandolo a mero mezzo compensatorio del pregiudizio patito.

Nonostante le numerosissime critiche¹⁴⁰ espresse nei confronti della sentenza in questione, immutato rimane ad oggi l'attuale stato del diritto inglese in materia.¹⁴¹

Quanto al sistema statunitense, invece, va detto in prima battuta che, a partire dagli anni 80, il dibattito statunitense sul tema ha raggiunto apici mai toccati in altre aree del *common law*, registrando una enorme produzione scientifica in materia, e dando luogo ad un acceso dibattito politico e mediatico sul punto¹⁴². Quest'ultimo si è prevalentemente incentrato sul problema delle cifre dei risarcimenti punitivi, abnormi soprattutto in relazione al tipo di danno cui erano associate¹⁴³.

¹⁴⁰ Per una dura critica della sentenza v. MCGREGOR, *In Defence of Lord Devlin*, in the *Modern Law Review*, 1971, 520 ss.

¹⁴¹ Va fatta menzione, per esigenze di completezza, della proposta di riforma dell'istituto dei danni punitivi portata avanti dalla *Law Commission* nel 1997. Report pubblicato dalla *Law Commission* nel 1997 su *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages*, (Law Com Rep No. 247).

¹⁴² Si è infatti realizzata una vera e propria campagna anti-*punitive damages*, che addita l'istituto come una delle maggiori cause di crisi del sistema della responsabilità civile. Così SCHWARTZ, BEHRENS, MASTROSIMONE, *Reining in Punitive Damages "Run Wild" Proposals for Reform by Courts and Legislatures*, 65 *Brook. L. Rev.*, 1999, 1003 ss., 1004.

¹⁴³ Si parla ad esempio di danno da caffè servito a temperatura troppo elevata nel celebre caso *Liebeck v. McDonald's Restaurants, P.T.S., Inc.*, No. D-202 CV-93-02419, 1995 WL 360309

Per tali motivi, a partire dal 1989 la Corte Suprema federale si è premurata di portare avanti un movimento giurisprudenziale volto alla revisione della disciplina statale sul punto, ponendo progressivamente dei limiti al *quantum* risarcitorio del danno. Tuttavia, gli studi di carattere empirico¹⁴⁴ sul punto registrano un tendenza del tutto contraria, dimostrando che il fenomeno risulta perlopiù drammatizzato dal mezzo mediatico, quando invece, nel concreto, non appare fuori controllo come si vorrebbe far credere. Al di fuori dei pochi casi sensazionali, infatti, per tali intendendosi dei giudizi in cui sono state liquidate cifre astronomiche per danni quasi insussistenti, la situazione appare standardizzata su di una linea di utilizzo dell'istituto dei danni punitivi tendenzialmente moderata, e non degna di destare preoccupazione.

Quanto alla natura e formulazione giuridica dell'istituto, va menzionato il paragrafo 908 del Restatement of Torts¹⁴⁵, il quale distingue i *compensatory damages* dai *nominal damages*: i primi, danni punitivi per eccellenza; i secondi, danni cd. supracompensativi, l'equivalente degli *aggravated damages* nel sistema inglese.

Con riferimento, invece, alla struttura funzionale dei *punitive damages*, il secondo comma del paragrafo sopra citato fa riferimento all'elemento soggettivo della condotta illecita, perno dell'intero sistema. Ed infatti, il

(Bernalillo County, N.M. Dist. Ct. August 18, 1994), su cui v. GERLIN, *A Matter of Degree: How a Jury Decided That One Coffee Spill Is Worth \$ 2.9 Million*, Wall St. J. Europe, 1994, 1.

¹⁴⁴ Gli esperimenti empirici sono citati da SEBOK, *Punitive damages from myth to theory*, Iowa Law Review, Vol. 92, 2007; Brooklyn Law School, Legal Studies Paper No. 59; Princeton Law and Public Affairs Working Paper No. 06-015.

¹⁴⁵ «(1) *Punitive damages are damages, other than compensatory or nominal damages, awarded against a person to punish him for his outrageous conduct and to deter him and others like him from similar conduct in the future. (2) Punitive damages may be awarded for conduct that is for conduct that is outrageous, because of the defendant's evil motive or his reckless indifference to the rights of others, in assessing punitive damages, the trier of fact can properly consider the character of the defendant's act, the nature and extent of the harm to the plaintiff that the defendant caused or intended to cause and the wealth of the defendant.*».

termine “*outrageous*”¹⁴⁶ sta ad indicare un comportamento che, agli occhi del comune sentire, appare appunto oltraggioso, scandaloso, lesivo dei diritti altrui ben oltre gli *standard* di danno. La definizione, inoltre, si fa carico di individuare i fattori che debbono orientare il giudice o la giuria nella quantificazione del danno: la gravità della condotta illecita, la natura e l’ampiezza del danno attuale o potenziale derivante dalla stessa, la situazione economico-patrimoniale del danneggiante.

Infine, è indiscusso il carattere di *extrema ratio* del rimedio in parola, il quale entra in azione in casi di assoluta gravità. Il merito di aver introdotto tale peculiare carattere dei danni punitivi va alle Corti, le quali si sono espresse sostenendo che il danno punitivo “*is not favored by law*”.¹⁴⁷

2.1. I DANNI PUNITIVI IN ITALIA: DALL’ORDINANZA DI REMISSIONE AL PRONUNCIAMENTO DELLA SUPREMA CORTE

Si analizza in questa sede la categoria dei danni punitivi in Italia, non già per esigenze di completezza della trattazione della figura del danno non patrimoniale, e delle sue possibili varianti compensatorie, quanto perchè gli stessi rappresentano, in chiave di sistema, una possibile lettura dell’impianto

¹⁴⁶ La condotta è così definita dalla lettera della norma.

¹⁴⁷ *McKinnon v. Kwong Wah Restaurant*, 83 F.3d 498, 34 Fed. R. Serv. 3d 445 (1st Cir. 1996); *Brandon v. Anesthesia & Pain Management Associates, Ltd.*, 277 F.3d 936 (7th Cir. 2002); *Hemenway v. Peabody Coal Co.*, 159 F.3d 255 (7th Cir. 1998); *Inc. v. Rosebrock*, 970 P.2d 906 (Alaska 1999); *Griff, Inc. v. Curry Bean Co., Inc.*, 138 Idaho 315, 63 P.3d 441 (2003); *Mississippi Power & Light Co. v. Cook*, 832 So. 2d 474 (Miss. 2002); *Picard v. Barry Pontiac-Buick, Inc.*, 654 A.2d 690 (R.I. 1995); *Alexander v. Meduna*, 2002 WY 83, 47 P.3d 206 (Wyo. 2002).

rimediale civilistico e dei mutamenti intervenuti nel corpo del medesimo negli ultimi decenni.

Ed infatti, l'istituto ha il merito di aver portato alla luce il discorso sulla funzione della responsabilità civile, oggi oggetto di necessario ripensamento, tanto più in considerazione della controversa espansione del danno non patrimoniale ad aree e logiche ad esso tradizionalmente estranee¹⁴⁸, quali quella dei beni della persona.

Inoltre, i danni punitivi rappresentano in pieno il fenomeno del mutamento del diritto privato per via giurisprudenziale¹⁴⁹, in un'ottica di dialogo tra Corti e legislatore che, lungi dall'essere dannoso, permette invece di ripensare gli istituti privatistici analizzandoli con una diversa chiave prospettiva.

La lettura che la più recente giurisprudenza fornisce dei danni punitivi risponde ad una logica di armonizzazione europeistica,¹⁵⁰ più che di diritto interno, utilizzando un paradigma che consente di inquadrare un certo problema -e la sua soluzione- al di là di ciò che accade o finora è accaduto nell'ambito di un solo ordinamento¹⁵¹.

¹⁴⁸ Così RESTA G., *Dignità, Persone, Mercati*, Giappichelli, 2014.

¹⁴⁹ Così GRONDONA M., *L'auspicabile "via libera" ai danni punitivi, il dubbio limite dell'ordine pubblico e la politica del diritto di matrice giurisprudenziale (a proposito del dialogo tra ordinamenti e giurisdizioni)*, in *Dir. civ. cont.*, 31 luglio 2016.

¹⁵⁰ E' di CAPPELLETTI M., *Metodo e finalità degli studi comparativi sulla giustizia, e Dimensioni costituzionale e transnazionale della giustizia*, in ID., *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee. Studi di diritto giudiziario comparato*, Bologna, 1994, 11, 39, la tesi secondo cui il dialogo tra le Corti europee contribuisce a rinforzare l'abitudine di guardare ai problemi in un'ottica di superamento delle differenze, le quali si configurano come limiti contro la libertà individuale.

¹⁵¹ Così CAPPELLETTI M., *op.cit.*

Nonostante la Corte di Cassazione avesse, nel 2007,¹⁵² sancito l'estraneità al risarcimento del danno dell'idea di punizione e di sanzione, esprimendosi in quella sede in senso nettamente contrario all'introduzione, nel nostro ordinamento, della categoria dei danni punitivi, stante la sola funzione rimediale del risarcimento civilistico, le Sezioni Unite del 2017, ritenendo quest' analisi superata, hanno invece optato per un loro primo riconoscimento.

Prima di tale rivoluzionaria sentenza, la Corte di Cassazione aveva da sempre ritenuto che *"nel vigente ordinamento, l'idea della punizione e della sanzione è estranea al risarcimento del danno, come è indifferente la condotta del*

¹⁵² Cass. Civ., 19 gennaio 2007, n. 1183, in Foro it., 2007, I, 1460 s.s. con nota di PONZANELLI G., *Danni punitivi, no grazie*; in Corriere Giur., 2007, 4, 497 con nota di FAVA F., *Punitive damages e ordine pubblico: la Cassazione blocca lo sbarco*; in Europa dir. Priv., 2007.

In quell'occasione, i giudici di legittimità si pronunciarono sull'estraneità della punizione al nostro sistema di responsabilità civile, contraria e contrastante rispetto agli obiettivi del risarcimento del danno in Italia. Ne venne meno la delibazione della sentenza, e ciò per contrarietà all'ordine pubblico. V. App. Trento, Sez. dist. di Bolzano, 16 agosto 2008, in Danno resp., 2009, 92 ss. con nota di PONZANELLI G., *Non riconoscimento dei danni punitivi nell'ordinamento italiano: una nuova vicenda*; Cass. 8 febbraio 2012, n. 1781, in Corriere giur., 2012, con nota di PARDOLESI R., *La Cassazione, i danni punitivi e la natura polifunzionale della responsabilità civile: il triangolo no*.

Ed infatti, nel 2007, la Cassazione si trova per la prima volta investita del problema del riconoscimento in Italia dell'efficacia di una sentenza straniera, in particolare nordamericana, che, nel riconoscere la responsabilità di una società produttrice di caschi da guida motociclistica per difetto di produzione degli stessi che aveva provocato un incidente letale, individuava il danno risarcibile in una misura particolarmente elevata, in considerazione del fatto che nell'ordinamento nordamericano il risarcimento del danno ha anche una funzione punitiva, per cui la misura del danno risarcibile non è commisurata secondo i criteri dell'ordinamento italiano, che attribuisce, come è noto, al risarcimento del danno funzione compensativa.

Emessa questa sentenza, la parte vittoriosa (società italiana), chiede il riconoscimento dell'efficacia in Italia del provvedimento di condanna nordamericano.

La Corte d'Appello di Venezia rifiuta il riconoscimento, ritenendo quella condanna abnorme, (si trattava, infatti, di svariati milioni di dollari a titolo del risarcimento del danno punitivo), ritenendola contraria all'ordine pubblico italiano. La sentenza viene impugnata con ricorso per Cassazione. Ne deriva un *leading case* che ha determinato poi un imponente sviluppo giurisprudenziale sul punto.

La pronuncia della Corte di Cassazione è netta: non è suscettibile di riconoscimento in Italia quella sentenza. E' interessante la motivazione che la Corte utilizza per negare il riconoscimento in Italia, servendosi in particolare di queste parole: *"del pari errata è da ritenere qualsiasi identificazione o anche solo parziale equiparazione del risarcimento del danno morale con l'istituto dei danni punitivi"*.

danneggiato". *"Alla responsabilità civile"*, dice la Corte, *"è assegnato il compito precipuo di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione mediante il pagamento di una somma di denaro che tenda ad eliminare le conseguenze del danno arrecato"*¹⁵³.

Il principio di diritto che deriva invece dalla pronuncia a Sezioni Unite del 2017 è il seguente: *"nel vigente ordinamento, alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, poiché sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria del responsabile civile. Non è quindi ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto di origine statunitense dei risarcimenti punitivi. Il riconoscimento di una sentenza straniera che contenga una pronuncia di tal genere deve però corrispondere alla condizione che essa sia stata resa nell'ordinamento straniero su basi normative che garantiscano la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità della stessa ed i limiti quantitativi, dovendosi avere riguardo, in sede di delibazione, unicamente agli effetti dell'atto straniero e alla loro compatibilità con l'ordine pubblico"*.¹⁵⁴

Di seguito, si analizza brevemente la questione in fatto.

L'attore, un motociclista che aveva subito danni alla persona a seguito di un incidente avvenuto in una gara di *motocross*, incidente causato da un vizio del casco prodotto da AXO Sport s.p.a. e rivenduto da NOSA Inc., presentava domanda di risarcimento del danno con profili punitivo/sanzionatori.

¹⁵³ Cass. Civ. 19 gennaio 2007 n. 1183, *cit.* Tale principio di diritto commisura il risarcimento del danno a ciò che occorre per restaurare il patrimonio del danneggiato, mettendolo, di fatto, in un curva d'indifferenza, come se l'illecito non si fosse realmente verificato: ciò vale per qualsiasi tipo di danno, compreso quello non patrimoniale, per il cui risarcimento non solo risultano irrilevanti elementi quali lo stato di bisogno del danneggiato e la capacità patrimoniale dell'obbligato ma occorre, altresì, la prova dell'esistenza della sofferenza determinata dall'illecito, mediante l'allegazione di concrete circostanze di fatto da cui presumerlo, restando escluso che tale prova possa considerarsi *in re ipsa*.

¹⁵⁴ La sentenza è quella della Corte di Cassazione a Sezioni Unite del 5 luglio 2017 n. 16601, Pres. Rordorf, Est. D'ascola.

Nel corso del giudizio, il danneggiato formulava proposta transattiva ridimensionando la propria richiesta iniziale, proposta subito accettata da NOSA Inc.

Il giudice statunitense escludeva poi la responsabilità di NOSA Inc., società rivenditrice, ritenendo invece esclusivamente responsabile la AXO Sport s.p.a., società effettivamente produttrice della merce difettosa.

La società NOSA chiedeva dunque che fossero dichiarate esecutive, nell'ordinamento italiano, le tre pronunce con cui il giudice nordamericano aveva accolto la richiesta di reintegrazione patrimoniale formulata dalla società rivenditrice in relazione all'indennizzo corrisposto al motociclista.

Chiamata a pronunciarsi in merito, la Corte di Appello di Venezia¹⁵⁵ riconosceva l'efficacia esecutiva delle tre sentenze rese in favore della NOSA, e ciò a norma dell'art. 64 della legge 31 maggio 1995 n. 218, avendo la società garante (AXO) accettato la giurisdizione straniera. Ed infatti, non essendosi AXO mai costituita nell'interesse di NOSA, non avendo mai contestando la propria responsabilità e, infine, non avendo mai sollevato alcuna obiezione rispetto alla proposta transattiva di cui sopra, la stessa si trovava a subire di fatto gli effetti della transazione stipulata da NOSA con il danneggiato.

La circostanza che, nella domanda originaria, il motociclista avesse richiesto, a fronte di un grave pregiudizio alla persona, una condanna "*grossolanamente sanzionatoria e abnorme*", risultava definitivamente assorbita dalla transazione recepita dal giudice americano, intercorsa tra la NOSA ed il danneggiato, nella quale veniva ridimensionato il *quantum* della pretesa ben sotto i limiti della sola componente patrimoniale del risarcimento richiesto, con beneficio in definitiva di entrambe le società coinvolte nel giudizio.

Con le tre pronunce oggetto di delibazione, quindi, non venivano risarciti danni punitivi, poiché il giudice statunitense si limitava a riconoscere che AXO era

¹⁵⁵ La sentenza è quella della Corte d'appello di Venezia del 3 gennaio 2014, n. 16601.

tenuta a pagare a NOSA solamente l'importo della transazione, senza specificare in effetti di quali danni si trattasse.

La Corte d'Appello di Venezia accoglieva quindi a pieno titolo, e senza doversi preoccupare di eventuali delibazioni di danni punitivi, la domanda di NOSA, compensando le spese di lite.

Contro la sentenza, tuttavia, proponeva ricorso per Cassazione la società AXO.

I motivi di censura riguardavano proprio l'asserita violazione, sul versante interno, dell'ordine pubblico processuale, in considerazione del rilievo secondo cui le sentenze delibande contenessero una condanna "risarcitoria" di carattere punitivo, condanna che non avrebbero potuto invero in alcun modo contenere, data la natura consensuale (e mai punitiva) della proposta transattiva¹⁵⁶.

A questo punto, la Prima Sezione della Corte di Cassazione riteneva opportuno rimettere alla Sezioni Unite il compito di pronunciarsi sulla compatibilità con l'ordine pubblico dei c.d. *punitive damages*¹⁵⁷. Il pretesto del nuovo pronunciamento, dunque, è offerto proprio dall'ordinanza di rimessione n. 9978/2016¹⁵⁸, la quale rimette appunto alle Sezioni Unite l'onere e l'onore di esprimersi sulla compatibilità tra i danni punitivi ed il non ben identificato concetto di ordine pubblico nel nostro ordinamento. A sua volta, l'ordinanza

¹⁵⁶ In argomento v. CICERO C., *La transazione*, in Tratt. dir. civ. (diretto da R. Sacco), I singoli contratti, vol. IX, Torino, 2014.

¹⁵⁷ Trattasi, dunque, di un caso in cui danni punitivi non sembrerebbero contemplati, (sembra di quest'avviso anche PONZANELLI G., *Polifunzionalità tra diritto internazionale privato e diritto privato*, in Danno e responsabilità, n. 4/2017, 435). Ed infatti, nella fattispecie sottesa, il giudice statunitense si era limitato ad accertare il diritto di rivalsa nei confronti del condebitore responsabile del danno, il cui ammontare era stato transattivamente determinato dalle parti interessate.

¹⁵⁸ L'ordinanza è quella della Prima Sezioni Civile della Corte di Cassazione del 16 maggio 2016 n. 9978, commentata, *ex multis*, da GRONDONA M., *L'auspicabile "via libera ai danni punitivi, il dubbio limite dell'ordine pubblico e la politica del diritto di matrice giurisprudenziale (a proposito del dialogo tra ordinamenti e giurisdizioni)*, in Dir. civ. cont., 31 luglio 2016; NIVARRA L., *Brevi considerazioni a margine dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite sui «danni punitivi»*, in Dir. civ. cont., 30 gennaio 2017; MONTANARI A., *La resistibile ascesa del risarcimento punitivo nell'ordinamento italiano (a proposito dell'ordinanza n. 9978/2016 della Corte di Cassazione)*, in Dir. civ. cont., 2 febbraio 2017.

rispondeva anche all'esigenza di dare risposta certa alle molteplici e recalcitranti richieste aventi ad oggetto l'esecuzione delle sentenze straniere comprendenti *punitive damages*.

E' la stessa ordinanza di remissione a contenere già, *in nuce*, la risposta, nonchè il percorso argomentativo da seguire per l'ammissibilità dell'esecuzione delle sentenze straniere comminatorie di *punitive damages*¹⁵⁹.

La stessa comprende, infatti, una robusta ed argomentata proposta alle S.U. di rimeditazione del tema della contrarietà dei danni punitivi, che invita i giudici di legittimità a guardare ai valori essenziali della comunità internazionale.

In altri termini, se il pronunciamento del 2007 -e quello delle sentenze successive occupatesi del medesimo tema- propugnava un concetto di ordine pubblico quale complesso dei principi fondamentali del nostro ordinamento, l'ordinanza del 2016, invece, esprime un ripensamento del medesimo concetto, del quale viene fornita una lettura inedita e progressista, come inedita e progressista è anche la conseguente lettura delle funzioni del risarcimento del danno.

Con riferimento all'ordine pubblico, infatti, già prima dell'ordinanza la giurisprudenza di legittimità aveva registrato un'evoluzione inevitabile, soprattutto se si considera il carattere spiccatamente limitativo e difensivo dei principi fondamentali che tale clausola generale ha storicamente assunto nel nostro ordinamento.

Ed infatti il sistema ordinamentale, per proteggere se stesso e i suoi valori fondamentali, ha da sempre respinto l'efficacia di norme, atti, provvedimenti stranieri, ogni qual volta gli stessi siano entrati in conflitto con tali valori fondamentali e con l'ordinamento stesso. Tuttavia, in un sistema normativo multilivello, in una società globalizzata, ed in un contesto caratterizzato dal continuo scambio interordinamentale, una concezione così rigida dell'ordine

¹⁵⁹ Così GIGLIO D., *Considerazioni a margine di Cassazione sez. un. 5 luglio 2017 n. 16601*, in *Diritto Civile Contemporaneo*, Anno V, Numero I, 23 febbraio 2018.

pubblico interno avrebbe potuto costituire limite allo sviluppo stesso del nostro ordinamento nelle relazioni internazionali.

Ecco perché, nelle sentenze più recenti, nonché nell'ordinanza di rimessione -la quale, lungi dall'essere in questo senso rivoluzionaria come è sembrato ai più, agisce invece in coerenza con le sentenze più recenti- si parla di una progressiva riduzione della portata del principio di ordine pubblico.

Tradizionalmente inteso, infatti, il principio in parola costituirebbe clausola di sbarramento alla circolazione dei valori giuridici, quando invece il sistema del diritto internazionale privato opera in senso diametralmente opposto, tendendo a favorire il movimento e lo scambio non solo di valori giuridici ma anche, a ben vedere, di modelli giuridici.

E' la stessa Corte ad affermare, nell'ordinanza di remissione, che *“questa progressiva riduzione”*, per tale intendendosi la riduzione del concetto di ordine pubblico, *“è coerente con la storicità della nozione di ordine pubblico e trova un limite soltanto nella potenziale aggressione del prodotto giuridico straniero, sia esso una norma, un provvedimento, un atto, ai valori essenziali dell'ordinamento interno”*¹⁶⁰. Aggiunge però la Corte, che gli atti e provvedimenti di cui sopra vanno analizzati non già esclusivamente alla luce dell'ordinamento nostrano, ma sono *“da valutarsi in armonia con quelli della comunità internazionale”*¹⁶¹. Non più, dunque, ordine pubblico come norma di sbarramento e di difesa dei valori del nostro ordinamento, ma mezzo di ampliamento dei diritti fondamentali *“comuni ai diversi ordinamenti e desumibili, innanzi tutto, dai sistemi di tutela”*.

Si assiste, così, al passaggio da una concezione di ordine pubblico storicistica, inteso come *“complesso dei principi fondamentali che caratterizzano la struttura etico-sociale della comunità nazionale in un determinato periodo storico, e nei principi inderogabili immanenti nei più importanti istituti giuridici”*¹⁶², ad una

¹⁶⁰ Ord. di remissione., Cass. Civ., Sez. I, 16 maggio 2016 n. 9978, *cit.*

¹⁶¹ Ord. di remissione., Cass. Civ., Sez. I, 16 maggio 2016 n. 9978, *cit.*

¹⁶² Cass. Civ., n. 1680/84.

opposta concezione, che lo vuole precipitato del “*sistema di tutele approntate a livello sovraordinato rispetto a quello della legislazione primaria, sicché occorre far riferimento alla Costituzione e, dopo il trattato di Lisbona, alle garanzie approntate ai diritti fondamentali dalla Carta di Nizza, elevata a livello dei trattati fondativi dell'Unione europea dall'art. 6 TUE*”.¹⁶³

Interessante è anche l'indicazione che l'ordinanza fornisce ai giudici di legittimità ai fini della valutazione, e dell'eventuale riconoscimento, di un provvedimento straniero recante danni punitivi.

Si tratta di un giudizio che potremmo definire di costituzionalità anticipato, ovvero di un giudizio simile a quello di costituzionalità, ma preventivo e virtuale, dovendosi ammettere il contrasto con l'ordine pubblico soltanto nel caso in cui al legislatore ordinario sia precluso di introdurre nell'ordinamento interno un'ipotetica norma, analoga a quella straniera, in quanto incompatibile coi valori costituzionali primari. In altre parole, in presenza di riconoscimento di una sentenza straniera, tanto più se recante danni punitivi, il giudice dovrebbe individuare la norma di cui il provvedimento straniero costituisce esecuzione, ed ipotizzare cosa avverrebbe se il legislatore italiano introducesse una norma analoga nel nostro ordinamento. Sarebbe una norma contrastante con i valori fondamentali del nostro ordinamento, così come consacrati nella Costituzione, oppure no?

La Sezione remittente elenca, infine, una serie di precetti di cui mai nessuno ha osato sospettare l'incostituzionalità -o ne ha rimesso il giudizio alla Corte Costituzionale per dubbio di legittimità costituzionale- che sembrano sconfessare la natura meramente compensativa del risarcimento del danno, funzione che perentoriamente, nel 2007, la Corte di Cassazione aveva ritenuto esclusiva della responsabilità civile.

¹⁶³ Cass. Civ., n. 1302/13.

Cita, in particolare, l'art. 12 l. 47/1948¹⁶⁴ che, in materia di diffamazione a mezzo stampa, prevede il pagamento di una somma in relazione alla gravità dell'offesa e alla diffusione dello stampato. Il danneggiato da diffamazione a mezzo stampa ha diritto, oltre che al risarcimento del danno patrimoniale e morale non patrimoniale sofferto, anche ad un'ulteriore somma di denaro, che la legge prevede sia attribuita al danneggiato in relazione alla gravità dell'offesa e alla diffusione dello stampato. Lo sguardo del legislatore non volge più esclusivamente alla sfera del danneggiato, ma anche alla condotta del danneggiante, commisurata alla gravità dell'offesa recata a valori fondamentali quali l'integrità personale, la dignità, il sentimento pubblico dell'onore.

Cita, inoltre, l'art. 96 c.p.c. il quale, al terzo comma (quantomeno nelle sue formulazioni più aggiornate), prevede che il giudice commini, oltre che il rimborso alle spese, anche il risarcimento del danno per lite temeraria, ovvero una somma equitativamente determinata in funzione, di fatto, sanzionatoria dell'abuso del processo. La *ratio* è quella di punire la condotta abusiva della parte in giudizio la quale, lungi dall'utilizzare il mezzo processuale per fini ad esso consoni, approfitti della sua condizione di parte in giudizio (sia esso attore o convenuto) per "vendicarsi" nei confronti di controparte, o comunque per ledere gratuitamente la sua sfera giuridica soggettiva¹⁶⁵.

Menziona, l'ordinanza di remissione, anche l'art. 709-ter c.p.c., inserito dalla legge n. 54 del 2006¹⁶⁶ sull'affido condiviso, in base al quale, nelle controversie tra i genitori circa l'esercizio della responsabilità genitoriale o le modalità di

¹⁶⁴ Legge 8 febbraio 1948, n. 47 Disposizioni sulla stampa, GU Serie Generale n.43 del 20-02 1948.

¹⁶⁵ L'equivalente normativo nel processo amministrativo è l'art. 26 co. 2 d.lgs 104/2010, rubricato "*Spese di giudizio*", il quale, al secondo comma, prevede la possibilità per il giudice di condannare d'ufficio la parte soccombente al pagamento di una sanzione pecuniaria, in misura non inferiore al doppio e non superiore al quintuplo del contributo unificato dovuto per il ricorso introduttivo del giudizio, quando la parte soccombente abbia agito o resistito temerariamente in giudizio.

¹⁶⁶ Legge 8 febbraio 2006, n. 54 "*Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli*", G.U. n. 50 del 1° marzo 2006.

affidamento della prole, il giudice ha il potere di emettere sentenze di condanna al risarcimento dei danni, la cui natura assuma sembianze punitive.

Menziona anche il codice della proprietà industriale, ed in specie il suo articolo 125, che riconosce al danneggiato un risarcimento corrispondente ai profitti realizzati dall'autore del fatto illecito: qui il danno non viene commisurato alla lesione subita dal danneggiato, ma al profitto che ha realizzato il danneggiante, ad esempio diffondendo abusivamente l'immagine del danneggiato. Anche in questo caso, sembrerebbe trattarsi di risarcimento con valenza marcatamente sanzionatoria, afflittiva, deterrente.

Menziona, infine, l'art. 187 *undecies* d.lgs 58 del 1998¹⁶⁷ in tema di intermediazione finanziaria, il quale prevede, nei procedimenti penali per il reato di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato, che la Consob possa costituirsi parte civile e richiedere, a titolo di riparazione dei danni cagionati dal reato all'integrità del mercato, una somma determinata dal giudice, anche in via equitativa, tenendo comunque conto dell'offensività del fatto, delle qualità del colpevole, dell'entità del prodotto, del profitto conseguito dal reato. Siamo di fronte ad un risarcimento del danno arrecato all'integrità del mercato, che si commisura alla condotta del danneggiante.

Alla luce della suesposta disamina, si chiede la Sezione remittente se, invero, il limite dell'ordine pubblico non possa essere superato, in considerazione della sua rilettura in chiave eurounitaria ed internazionale.

Da ultimo, la Sezione remittente aggiunge un'importante notazione: *“quando l'illecito incide sui beni della persona il confine tra compensazione e sanzione sbiadisce”*, e ciò perchè, ed ecco il punto fondamentale *“la determinazione del quantum è rimessa a valori percentuali, indici tabellari e scelte giudiziarie equitative che non rispecchiano esattamente la lesione patita dal danneggiato”*¹⁶⁸.

¹⁶⁷ D. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, "Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52", G.U. n. 71 del 26 marzo 1998 - Supplemento Ordinario n. 52.

¹⁶⁸ Ord. di remissione., Cass. Civ., Sez. I, 16 maggio 2016 n. 9978, *cit.*

Sostiene la Corte che la recente Cassazione n. 1126/2015¹⁶⁹, ha visto nella gravità dell'offesa un requisito di indubbia rilevanza ai fini della quantificazione del danno non patrimoniale. Quest'ultima notazione lascia intendere come quella saldissima convinzione che la Corte sempre aveva manifestato in relazione alla funzione meramente risarcitoria della responsabilità civile fosse già, prima del 2017, revocata in dubbio.

Si tratta, a ben vedere, di un passaggio significativo, tanto più che comporterebbe, in effetti, un superamento dell'impostazione che alla tematica del danno non patrimoniale avevano dato le celeberrime sentenze di S. Martino¹⁷⁰ nel novembre del 2008, le quali, nel tentare di disegnare un assetto definitivo del danno non patrimoniale, avevano rimarcato la funzione giammai sanzionatoria, giammai punitiva, ed esclusivamente compensativa del danno non patrimoniale in ciascuna delle sue componenti: in relazione al diritto alla salute in senso stretto (il cd. danno biologico), ed anche con riferimento alla sofferenza provocata dall'illecito (il cd. danno morale subiettivo); da ultimo, con riguardo alle componente cd. esistenziale del danno.

La giurisprudenza, infatti, come già anticipato, e come si vedrà meglio a breve, ha definitivamente -anche se non si è ancora creata una linea giurisprudenziale netta sul punto- aperto lo squarcio, dimostrando una certa propensione verso l'idea che anche il risarcimento del danno alla persona, almeno nelle impostazioni più recenti, possa assumere venature di stampo sanzionatorio, lì dove si chieda al giudice, nella quantificazione del danno, di valutare la gravità dell'offesa e, dunque, il comportamento del danneggiante.

Nel farlo, ha sconfessato uno dei principi¹⁷¹ cardine propugnati dalle sentenze di S. Martino: quello dell'integralità del risarcimento del danno alla persona.

¹⁶⁹ Cass. Civ., Sez. III, n. 1126/2015, in *Federalismi.it*, n. 4, 2015.

¹⁷⁰ Cass. S.U., 11-11-2008, n. 26972/3/4/5, *cit.*

La Corte, nella costruzione del suo *iter* motivazionale, inizia col richiamare la sentenza n. 7613/2015, chiamata a vagliare la compatibilità con l'ordine pubblico italiano delle misure previste in altri ordinamenti.¹⁷²

Il perno del ragionamento delle Sezioni Unite si rinviene proprio nell'ordine pubblico.

Altro elemento cardine della motivazione dei giudici di legittimità è l'asserita presenza, nell'ordinamento italiano, di una cospicua serie di ipotesi di risarcimento punitivo¹⁷³, le medesime citate dall'ordinanza di remissione.

Ed infatti, la stessa struttura del danno morale potrebbe a ben vedere costituire la prova del legame tra dato risarcitorio e dato sanzionatorio. Del resto, la circostanza che, almeno fino ad un certo momento, il risarcimento del danno morale fosse riconosciuto nei soli casi in cui il fatto illecito costituiva reato, potrebbe valere da indicatore, per così dire, di una essenza di quel risarcimento di stampo latamente sanzionatorio. Da una piana lettura dell'art. 2059 c.c., interpretato in combinato disposto con l'art. 185 c.p., emerge infatti che, nei casi di reato, si è portati a giustificare un risarcimento che valga anche a riparare il danno non patrimoniale, non solo a ristorarlo¹⁷⁴.

¹⁷² La sentenza analizza, tra le varie norme, il D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, art. 140, comma 7, c.d. codice del consumo, dove si tiene conto della "gravità del fatto" e l'art. 187 *undecies*, comma 2, del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (in tema di intermediazione finanziaria).

¹⁷³ Si tratta dell'art. 12 l. 47/1948 (c.d. legge sulla stampa); l'art. 96, co. 3, c.p.c.; l'art. 709 ter c.p.c.; gli artt. 158 l. 633/1941 (l.a.) e 125 d.lgs. 30/2005 (c.p.i.); l'art. 187 *undecies* d.lgs. 58/1998 (TUF); gli artt. 3-5 d.lgs. 7/2016 e, più in generale, il danno non patrimoniale.

¹⁷⁴ La Cassazione, come già detto, rigetta la richiesta di esecuzione della sentenza specificando, in punto di motivazione, come non vi sia neanche parziale identità tra il danno non patrimoniale civilistico italiano e la categoria dei punitive damages di matrice anglosassone. Specifica infatti la Corte che il danno morale corrisponde ad una lesione subita dal danneggiato: trattasi pur sempre misura riparatoria per una lesione subita dal danneggiato; alla stessa lesione è ragguagliato l'ammontare del risarcimento. Ed infatti il giudice, nel quantificare il *pretium doloris* (ovvero in questa operazione di trasmutazione di un valore personale, quale appunto la sofferenza in denaro) ha e deve avere riguardo esclusivamente alla lesione subita dal danneggiato, in coerenza con la funzione della responsabilità civile e del risarcimento del danno

Ne consegue che il *quantum* risarcitorio non corrisponde alla perdita subita, ma viene caricato di una valenza ulteriore, punitiva per l'appunto, calibrata, per lo più, sulla riprovevolezza della condotta del danneggiante.

Svolgendo un'analisi civilistico-normativistica, va certamente riconosciuto come vero l'assunto secondo cui i danni punitivi non trovano nel nostro ordinamento una solida base normativa sulla quale poggiare.

Ed infatti, la sentenza in commento è stata, come è ovvio che fosse, aspramente criticata dalla dottrina maggioritaria di stampo civilistico. La stessa giurisprudenza, definendo i danni punitivi come non ontologicamente in contrasto con l'ordinamento italiano, ne nega implicitamente la piena e totale conformità con l'ordinamento medesimo.

Ed in effetti, ad una prima lettura del pronunciamento, la sensazione è proprio quella di una forzatura del sistema. A livello giuridico, infatti, non è in dubbio che il perno del sistema risarcitorio sia proprio il danno: anche il dato letterale lo conferma, menzionando il danno sia all'art. 1218 c.c. (responsabilità contrattuale) che all'art. 2043 c.c. (responsabilità extracontrattuale). E' proprio la centralità del danno, inteso come "*perdita cagionata da una lesione di una*

che non è sanzionatoria ma, appunto, compensativa. Nell'ipotesi del danno morale, infatti, aggiunge la Corte, l'accento è posto sulla sfera del danneggiato, non del danneggiante.

A ben vedere infatti, i danni punitivi dell'ordinamento nordamericano, nella commisurazione del quantum risarcitorio, hanno riguardo non soltanto alla lesione subita dal danneggiato quanto, soprattutto, alla sfera soggettiva del danneggiante, alla sua condotta particolarmente riprovevole. È a quella che guarda il giudice statunitense per affidare una funzione punitiva, deterrente, e preventiva al risarcimento.

Ciò non avviene nel nostro ordinamento, nel quale l'accento è sempre posto sul danneggiato, giammai sul danneggiante (tali considerazioni sono di G. PONZANELLI, *Novità per i danni esemplari?*, in *Contr. impr.*, 2015, 1195 ss.). La finalità perseguita, la cd. funzione del risarcimento, è quella di reintegrare la lesione, mentre nel caso dei danni punitivi non vi è alcuna corrispondenza tra l'ammontare del risarcimento e il danno effettivamente subito.

Tuttavia, al netto del rifiuto della Corte, nel caso di specie, le motivazioni a sostegno della parte ricorrente assumono oggi un nuovo significato, sebbene non siano state oggetto della motivazione dei giudici di legittimità al momento del riconoscimento dell'esecuzione della sentenza nordamericana contenente danni punitivi.

*situazione giuridica soggettiva*¹⁷⁵, a segnare il confine tra ciò che è risarcimento e ciò che, invece, risarcimento non è¹⁷⁶.

I danni punitivi, dunque, nella loro connotazione di *quid pluris* che si aggiunge al risarcimento per punire la condotta particolarmente riprovevole del danneggiante, esulano dalla logica civilistica e si caratterizzano per una irriducibilità di fondo ad una delle categorie normative preesistenti.

Inoltre, il riconoscimento dei danni punitivi assegna al giudice il potere di quantificare il danno in base all'aggravante della condotta dolosa del danneggiante, approdando alla liquidazione di un danno che è stato definito c.d. aggravato dalla condotta, ed attribuendo in questo modo al dolo e all'equità una funzione che non gli compete: trasformare il risarcimento in mezzo per sanzionare la condotta dolosa.

Ne deriva una commistione del sistema civilistico con quello penalistico che sconfessa rovinosamente la distanza tra i due sistemi, da sempre insita nella cultura giuridica italiana.

Ed infatti, la responsabilità civile s'inserisce in un ordine, quello del diritto privato, che postula il libero agire dei consociati. E' per tale ragione che le fattispecie di responsabilità civile non sono analiticamente tipizzate, e ciò esclude la possibilità di teorizzare la definizione di anti-giuridicità o di illecito nel senso di difformità della condotta dell'agente rispetto a un modello normativo astratto¹⁷⁷.

Il diritto penale, invece, è imperniato sul principio di legalità e su quello di tassatività, sicché contempla fattispecie analiticamente tipizzate, le quali individuano negli illeciti delle modalità di lesione.

¹⁷⁵ Corte Cost. n. 372 del 1994.

¹⁷⁶ Così GIGLIO D., *Considerazioni a margine di Cassazione sez. un. 5 luglio 2017 n. 16601*, in *Diritto Civile Contemporaneo*, Anno V, Numero I, 23 febbraio 2018.

¹⁷⁷ Vedi PIRAINO F., *«Ingiustizia del danno»*, in *Europa E Diritto Privato*, 703-783, 2005.

Orbene, se il pensiero della dottrina giuridico-civilistica esposto nell'analisi sopra ricostruita è certamente valido sul piano tecnico, normativo e, potremmo dire, di diritto positivo, non lo è del tutto quando volgiamo lo sguardo ad una concezione più ampia del fenomeno giuridico, fatta di scienze come la filosofia, la sociologia, la politica, nella loro concreta applicazione al diritto stesso.

E' in questo contesto che si inserisce il discorso sull'eticità del giudizio¹⁷⁸ e della funzione giudiziale, in un'ottica prospettica che non lo vede mero risultato dell'interpretazione giuridica, ma criterio per la realizzazione di una politica del diritto¹⁷⁹ orientata alla realizzazione di determinati fini.

La politica in questione, nel caso di specie, mira alla costruzione di un sistema di protezione integrale della persona, di cui si pretende di tutelare la sfera di libertà e di diritti¹⁸⁰.

In quest'ottica che potremmo definire interdisciplinare, il ripensamento del concetto di ordine pubblico in ambito giurisprudenziale si atteggia a sistema di costruzione di uno spazio giuridico transnazionale all'interno del quale gli Stati membri cedono il passo ad un ordinamento inteso come tale a livello sovranazionale¹⁸¹. L'obiettivo, ancora una volta, è la creazione di un sistema giuridico e giurisprudenziale improntato alla tutela dei diritti individuali del danneggiato, della persona, dell'uomo.

E' così che lo strumento giudiziario verrebbe caricato di un impegno aggiuntivo rispetto a quello dell'interpretazione ed applicazione della norma al caso concreto: quello della produzione di un ulteriore *quid* di tutela da assicurare alla vittima di illecito civile¹⁸².

¹⁷⁸ Se ne discuterà più diffusamente nel prg.1.1. Cap. IV.

¹⁷⁹ È di questo avviso GRONDONA M., *op.cit.*, che concepisce i vincoli ordinamentali quali strumenti da costruire e ricostruire in funzione della politica del diritto che si intende perseguire.

¹⁸⁰ E' dello stesso avviso RODOTA' S., *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile* (1966), ora in *Le prolusioni dei civilisti*, III (1940-1979), Napoli, 2012, 3089 ss.,

¹⁸¹ GRONDONA M., *op. cit.*

¹⁸² Lo schema ricorda quello delle obbligazioni senza prestazione, in cui all'obbligazione primaria, frutto del contratto, si aggiungono obbligazioni cd. "accessorie", studiate per la

Ulteriore angolo prospettico da analizzare è quello del ruolo dei danni punitivi all'interno dell'ordinamento penalistico. Ed infatti, l'idea di sanzioni punitive civili ha trovato eco anche nel diritto penale, che vi ha visto una diversa via del processo di depenalizzazione¹⁸³.

Ed infatti, in casi in cui all'illecito civile non consegua un danno, o consegua un danno inferiore alla gravità dell'offesa, come pure nel caso in cui l'arricchimento del danneggiante in relazione all'illecito risulti superiore al danno risarcibile, come anche infine nelle ipotesi in cui il costo sociale dell'illecito risulti superiore rispetto alla quota risarcitoria, i danni punitivi potrebbero essere mezzo per realizzare una funzione preventivo-deterrente della responsabilità civile alternativa alla pena pubblica¹⁸⁴. L'idea è quella di rivalutare il reo come individuo, rendendo del tutto residuali le ipotesi di restrizione delle sue libertà fondamentali.¹⁸⁵ I danni punitivi potrebbero così rappresentare una misura alternativa alla pena pubblica, con riflessi che si riverberino esclusivamente nel patrimonio del reo¹⁸⁶. Il risarcimento del danno, infatti, possiede una maggiore duttilità rispetto alla pena di stampo penalistico: i danni punitivi opererebbero in assenza di fonti in quanto prodotto giurisprudenziale; avrebbero inoltre minori esigenze di tassatività¹⁸⁷.

Alcune considerazioni finali.

protezione dell'individuo nel tempo in cui lo stesso è legato alla controparte da un rapporto obbligatorio, se tale controparte possiede competenze tali da ingenerare nel cd "soggetto debole" il legittimo convincimento che dal suo agire non deriveranno danni alla propria sfera personale e patrimoniale. Se ne discuterà diffusamente nel prg. 3 del presente capitolo.

¹⁸³ L'analisi è di LANDINI S., *La condanna ai danni punitivi tra penale e civile: la questione rimane attuale*, in *Diritto penale e processo* 2/2017.

¹⁸⁴ Cfr. PADOVANI T., *L'utopia punitiva- Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Milano, 1981, 237 ss.; F. BRICOLA, *Carattere "sussidiario" del diritto penale e oggetto di tutela*, in *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Milano, 1997, 187 ss.

¹⁸⁵ LANDINI S., *op. cit.*

¹⁸⁶ LANDINI S., *op. cit.*

¹⁸⁷ Cfr. BRICOLA F., *La riscoperta delle pene private*, in *Pol. dir.*, 1985, 71 ss., 73, BRICOLA F., *voce Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, XIX, Torino, 1973, 48 ss.

E' fuor di dubbio che qualunque fattore di novità impatta sul sistema che lo ingloba, talvolta in maniera violenta ¹⁸⁸. Ciò non toglie però, come autorevolmente sostenuto, che *“la giurisprudenza non è un tutto autonomo, né ha una modalità di funzionamento univoca nella storia (...)”* ¹⁸⁹. In effetti la giurisprudenza, *“prendendo parte in modo efficace alla trasformazione delle relazioni e non essendo volta a riprodurre un'identità precedente al caso (ricognizione), non ha un tenore morale o epistemico, ma etico”* ¹⁹⁰.

E' proprio questo senso etico della decisione giurisprudenziale che garantisce, a parere della scrivente, cittadinanza giuridica ai danni punitivi anche nel nostro ordinamento.

Se si parte dall'assunto secondo il quale *“ogni cosa è destinata ad essere rimessa in questione, ulteriormente attuata, ricapitolata finché c'è vita”* ¹⁹¹, si perviene ad una concezione della giurisprudenza che si reinventa per adeguarsi alle pratiche sociali, al divenire del diritto, alle sue nuove necessità.

In specie, il fenomeno dei danni punitivi, pur causando al giurista delle difficoltà di incasellamento nell'individuazione tecnica di un addentellato normativo, fornisce però all'ordinamento un mezzo utile per il raggiungimento di un fine necessario: la tutela della persona, *rectius* del danneggiato dall'illecito civile che si trovi a dover essere ristorato.

Da ultimo, si menziona per completezza un'ulteriore ottica visuale dei danni punitivi.

E' opinione di alcuni che il danno punitivo non sia sanzione, bensì rimedio esso stesso, in quanto assolverebbe ad una funzione di protezione rafforzata della sfera soggettiva lesa ¹⁹². La stessa genesi dei danni punitivi nel sistema

¹⁸⁸ GRONDONA, *op.cit.*

¹⁸⁹ così BRINDISI G, *“Il tenore etico o morale del giudizio. Note su diritto e filosofia nella riflessione di Deleuze sulla giurisprudenza”*, in *Etica & Politica / Ethics & Politics*, XVIII, 2016, 3, pp. 163-182.

¹⁹⁰ BRINDISI G., *op. cit.* .

¹⁹¹ Così LOMBARDI VALLAURI L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano 1975, p. 370.

¹⁹² GRONDONA M., *op.cit.*

anglosassone lo confermerebbe. Come già specificato,¹⁹³ infatti, originariamente l'istituto aveva funzione prettamente compensativa.

Si è sostenuto, in particolare, che i danni punitivi possano a pieno titolo inserirsi in un *trend* di superamento del tradizionale impianto difensivo dell'apparato di tutela civile della personalità, che amplia e rafforza le difese del singolo, soprattutto rispetto ai pericoli creati dallo sviluppo delle tecnologie e dall'espansione del mercato¹⁹⁴. Il principio in parola è stato applicato, ad esempio, dalla giurisprudenza tedesca, al fine di contrastare il fenomeno dello sfruttamento commerciale non autorizzato della personalità altrui¹⁹⁵.

La considerazione, se assunta come vera, eliminerebbe alla radice il problema del riconoscimento dei danni punitivi, perché porterebbe a concepirli come semplice estensione del rimedio civilisticamente inteso, in un'ottica di maggiore e migliore protezione del danneggiante.

Sulla stessa linea di pensiero si inseriscono le misure delle nuove e già citate Tabelle di Milano 2018¹⁹⁶, specie quelle misure relative al ristoro del danno cd. da diffamazione, le quali prevedono una maggiorazione dell'importo di danno nel caso in cui lo stesso sia stato commesso con dolo¹⁹⁷. Come correttamente sostenuto dall'Osservatorio, la *ratio* non è quella di voler comminare una sanzione punitiva al danneggiante (tale conseguenza, semmai, è soltanto il riflesso dell'obiettivo primario), ma quella di voler garantire al danneggiato un risarcimento equo ed integrale, e ciò sulla base del logico presupposto secondo il quale chi subisce un danno che è il prodotto del dolo soffre certamente di più rispetto a chi quel danno lo patisce per effetto della sola colpa del danneggiante, sia essa declinata nelle forme della negligenza, dell'imperizia o dell'imprudenza.

¹⁹³ Vedi prg. 1. del presente Cap.

¹⁹⁴ si esprime in tal senso G. RESTA, *Dignità, persone, mercati*, Giappichelli, 2014.

¹⁹⁵ Per citarne solo alcune, BGH, 15/11/1994, in BGHZ, 128 (1996),1; BGH,5/12/1995, in NJW, 1996, 948.

¹⁹⁶ SPERA D., *Tabelle milanesi 2018 e danno non patrimoniale*, cit.

¹⁹⁷ Se ne tratterà diffusamente nel prg. 4 del cap. 3, ove si analizzeranno novità e criticità delle Tabelle di Milano 2018.

Orbene, giova sul punto introdurre la seguente considerazione.

Esiste, ed è evidente, una netta differenziazione nella concezione del medesimo prodotto in ambito penalistico e civilistico, prodotto che nel primo caso definiamo offesa, nel secondo danno¹⁹⁸.

Ed infatti, se nell'illecito civile l'attenzione si focalizza sul danno, percepito come ostacolo da rimuovere per ritornare allo *status quo ante* precedente al fatto, indipendentemente dalla circostanza che lo stesso sia stato commesso con dolo o con colpa, nell'illecito penale, *a contrario*, l'attenzione è posta sul fatto, il quale è rivestito di un connotato di offensività e deplorevolezza tale da condurre lo Stato a neutralizzarne i caratteri attraverso la punizione del danneggiante/colpevole. Il danno passa qui in secondo piano, tanto che la sua compensazione è rimessa all'intervento del giudice civile, occupandosi il giudice penale solo di comminare una pena al reo.

Ebbene, se è vero che le fattispecie penali sono tipizzate, e quelle civili sono invece atipiche, con conseguente inapplicabilità del metodo penalistico della punizione al sistema civilistico, vero è anche che esistono fattispecie civili che sono, in effetti, l'esatto riflesso, sul piano risarcitorio, di quelle penali. E' il caso dei danni provocati da reato, i quali derivano consequenzialmente e cronologicamente dal fatto di reato, ed assumono pertanto connotati riconoscibili in ogni singolo caso concreto. Si tratta di casi in cui il danneggiato, oltre che subire un danno così come tradizionalmente lo intendiamo (inquadabile, pe intenderci, nelle conosciute categorie del danno biologico, morale, terminale *etc...*) è gravato altresì da un ulteriore patimento, che deriva dall'aver prodotto quel danno con dolo. Ed infatti, altra è la situazione del familiare della vittima di danno tanatologico da incidente stradale, costretta a

¹⁹⁸ Come autorevolmente sostenuto "*l'illecito penale tende generalmente ad essere considerato in sé e per sé offensivo (...)*", con conseguente "*impossibilità di distinguere la lesione dell'interesse tutelato dal fatto conforme al modello legale*". Da ciò deriva che "*un fatto conforme al tipo è pertanto sempre, per definizione, un fatto lesivo dell'interesse tutelato*" Cfr. CRESPI-STELLA_ZUCCALÀ, *Commentario Breve al Codice Penale*, Padova, 1992.

farsi una ragione dell'evento verificatosi, altra è la condizione di chi la ragione deve farsela dell'omicidio del caro estinto, evento questo che risente di quei connotati di crudeltà e gravità che scaturiscono, invero, da un unico presupposto: la volontà spesa nel produrre il danno, il desiderio scientifico di realizzare determinate conseguenze.

E' di tale ulteriore patimento, altresì caricato in genere da elementi quali il riverbero sociale del fatto illecito prodottosi, che il giudice civile dovrebbe dar conto in sentenza, non concependo perciò il *quantum* risarcitorio aggiuntivo a titolo di punizione, ma considerandolo misura idonea a livellare la posta risarcitoria sulla portata del danno effettivamente subito dalla vittima.

3. LA DOTTRINA: GLI OBBLIGHI DI PROTEZIONE, LA CATEGORIA DELL' OBBLIGAZIONE SENZA PRESTAZIONE E QUELLA DEL CONTATTO SOCIALE. PROFILI ETICI E FILOSOFICI.

Così come il fenomeno giurisprudenziale dei danni punitivi è interessante non solo in sé, ma in quanto emblema del mutato volto del danno non patrimoniale nell'attuale contesto risarcitorio, anche la categoria dogmatica degli obblighi di protezione fornisce una mappa concettuale delle attuali peculiarità del danno alla persona, questa volta in ambito dottrinario.

La categoria degli obblighi di protezione deriva dalla concettualizzazione, anch'essa dogmatica, della figura dell'obbligazione senza prestazione, poi tramutata dalla giurisprudenza nella struttura del contatto sociale.

Tali obblighi¹⁹⁹ scaturiscono, a ben vedere, da una relazione tra soggetti non tradottasi (o non ancora tradottasi) in un rapporto giuridico compiuto di natura obbligatoria o contrattuale, ma comunque tale da ingenerare nella parte “debole” un legittimo affidamento circa il fatto che da tale relazione non scaturirà alcun pregiudizio per sua la sfera patrimoniale e personale. In questo caso dunque, pur mancando una diretta corrispondenza tra il vincolo esistente tra le parti (che non è quello tipico di un rapporto contrattuale) e l’interesse che si mira a tutelare (quello di evitare il prodursi di eventuali pregiudizi ai danni di entrambe), vi è una relazione di prossimità tra due individui che, vista nell’ottica dell’art. 1337 c.c., diventa una relazione giuridica.

Gli obblighi di protezione, allora, intervengono qui per disinnescare la potenzialità dannosa della condotta delle parti, nel presupposto che l’assenza di un contratto non sia in grado di escludere i doveri di condotta che si producono in capo ad uno dei contraenti, e ciò per il sol fatto di essere una parte entrata nell’orbita personale e patrimoniale dell’altra.

Si realizza così il superamento del tradizionale concetto di obbligazione, imperniata esclusivamente sull’adempimento della prestazione, per giungere ad una concezione di obbligazione come obbligazione a struttura complessa, della quale la prestazione stessa continua a costituire il nocciolo duro, attorno al quale, però, orbitano una serie di altri obblighi (detti accessori, o secondari) finalizzati alla salvaguardia della posizione patrimoniale e personale delle parti.

Detti obblighi sono generalmente tipici di un rapporto tra un soggetto professionale, munito di uno *status*, ed un soggetto più debole (in genere il cliente, o il paziente), nel quale sorge la legittima convinzione di potersi affidare alle competenze del primo, alle sue capacità, al suo bagaglio culturale e

¹⁹⁹ I primi in Italia ad occuparsi degli obblighi di protezione sono stati BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, p. 96; MENGONI L., *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi»*. (*Studio critico*), p. 366; nonché, più specificamente, BENATTI F., *Osservazioni in tema di «doveri di protezione»*, p. 1342; Id., *Doveri di protezione*, p. 221; MAJELLO U., *Custodia e deposito*, Napoli, 1958, p. 55; CASTRONOVO C., *Obblighi di protezione*, voce dell’ Enc. giur. Treccani, Roma, 1990, vol. XXI.

professionale, con ciò escludendo la possibilità di ricevere in cambio un danno alla propria persona o al proprio patrimonio.

Fondamento giuridico dell'obbligazione senza prestazione è l'art. 1337 c.c., il quale, nella sua ampia portata letterale, individua di fatto gli obblighi delle parti in fase di trattative, i quali consistono nel dovere di avviso ed informazione sulle questioni relative al contratto (in particolare, eventuali cause di invalidità), nonché nel generale dovere di cooperazione e di buona fede ai fini della stipulazione del medesimo. E' dall'art. 1337 c.c. che nascono gli obblighi accessori, cerchi concentrici che ruotano attorno ed a protezione di un nucleo centrale: l'obbligazione principale.

Tra questi, appunto, gli obblighi di protezione, i quali hanno lo scopo di mantenere illesa la sfera giuridica delle parti coinvolte nel rapporto obbligatorio o contrattuale e la cui violazione, come quella degli altri obblighi secondari, fonda la situazione giuridica soggettiva utile ad un'autonoma azione risarcitoria.

Come premesso, dalla formulazione dottrina del concetto di obbligazione senza prestazione nasce la teorica del contatto sociale, prodotto giurisprudenziale invocato dalla giurisprudenza di legittimità a partire da una nota pronuncia degli anni 90 in tema di responsabilità civile del medico dipendente da una struttura sanitaria.

A sua volta, la teorica del contatto sociale²⁰⁰ scaturisce, come già ricordato, dalla costola del sistema dottrinario dell'obbligazione senza prestazione, la cui

²⁰⁰ BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, 99 ss.; BIANCA C.M., *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000, 157 ss.; BIGLIAZZI GERI, «Buona fede nel diritto civile», in *Digesto/civ.*, II, Torino, 1988, 169; BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. Iudica e Zatti*, Milano, 1991, 109; BUFFONI, *Cronaca di una morte annunciata (ma che stenta a sopraggiungere): le strane sorti dell'obbligazione senza prestazione*, GI, 2008, IV; BUSNELLI, *Nuove frontiere della responsabilità civile*, J, 1976, 41 ss.; Id., *Verso un possibile riavvicinamento tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, RCP, 1977, 748 ss.; Id., *Itinerari europei nella «terra di nessuno tra contratto e fatto illecito»: la responsabilità da informazioni inesatte*, Cel, 1991, 539; CARLASSARRE, *Danno cagionato dall'incapace a se' medesimo: dal torto al contratto, sempre nell'ottica del risarcimento*, NGCC, 2004, 491; V. CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*, DResp, 1999, 294; Carresi, *Il contratto*, in *Tratt. Cicu e Messineo*, II, Milano, 1987, 734; CARUSI, «Correttezza (obblighi di)», in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 709 ss.;

configurazione si deve agli studi del Professor Castronovo²⁰¹, che postula un obbligo derivante da una relazione tra soggetti non ancora sfociata in un rapporto giuridico di natura obbligatoria o contrattuale, ma tale comunque da ingenerare nella parte debole della relazione un legittimo affidamento circa il fatto che da tale approssimarsi alla controparte non scaturirà alcun pregiudizio di natura personale o patrimoniale ai suoi danni.

Presupposto del contatto sociale (*rectius*, della possibilità che si instauri tra le parti un contatto giuridicamente in grado di fondare la pretesa risarcitoria della parte debole del rapporto) è il concetto di affidamento legittimo, che nasce tutte le volte in cui tra le parti si crei una relazione che le ponga in una situazione di prossimità tale da non potersi più ragionevolmente escludere l'eventuale

CASTRONOVO C., *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, J, 1976, 123 ss.; Id., «*Obblighi di protezione*», in Enc. giur., XXI, Roma, 1990; Id., sub art. 1176, in Comm. Cendon, IV, Torino, 1991, § 5.2.; Id., *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in AA.VV., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, 147 ss.; Id., *La responsabilità civile in Italia al passaggio del millennio*, EDP, 2003, 157; Id., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 443 ss.; CHECCHINI, *Rapporti non vincolanti e regola di correttezza*, Padova, 1977, 259 ss.; CORSARO, *Tutela del danneggiato e responsabilità civile*, Milano, 2003, 5 ss.; D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in Trattato del contratto, a cura di Roppo, Milano, 2006, 980; DE CUPIS A., *Il danno*, Milano, 1979, 120; DI CIOMMO, *La responsabilità contrattuale della scuola (pubblica) per il danno che il minore si procura da sé: verso il ridimensionamento dell'art. 2048 c.c.*, FI, 2002, I, 2636; DI MAJO, *Il problema del danno al patrimonio*, RCDP, II, 1984, 322; Id., «*Obbligazione, I, Teoria generale*», in Enc. giur., XXI, Roma, 1990, 13; Id., *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, CorG, 1999, IV, 450; Id., *Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili*, CorG, 2007, 1708 ss.; FACCI, *Minore autolesionista, responsabilità del precettore e contatto sociale*, RCP, 2002, 1012; FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004; FERRANTE, *La responsabilità civile dell'insegnante, del genitore e del tutore*, Milano, 2008; FERRI G.B., *Considerazioni sul problema della formazione del contratto*, RDCo, 1969, I, 187; FRACCHIA, F., *cit.*; FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, in Comm. Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1993, 21; GAZZARRA, *Danno alla persona da contatto sociale. Responsabilità e assicurazione*, Napoli, 2007, 79; GIARDINA, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Significato attuale di una distinzione tradizionale*, Milano, 1993, 82 ss.; Id., *La distinzione tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, in Trattato ss.; BARBANERA, *In tema di responsabilità degli insegnanti statali*, NGCC, I, 2003, 273; BARCELLONA, *Strutture della responsabilità e «ingiustizia del danno»*, EDP, 2000, 401, 483 ss. .

²⁰¹ CASTRONOVO C., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 443 ss.; Id., *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in AA.VV., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, 147 ss.

prodursi di un danno, per evitare il quale il soggetto più forte del rapporto (colui che esercita una delle cd. professioni protette, ma non solo) ha l'obbligo di preservare l'altro premurandosi di impedire che in capo ad esso, o al suo patrimonio, si producano delle conseguenze negative.

Perno del sistema descritto è l'elemento della buona fede, nonché il dovere che tra le parti intercorre di comportarsi secondo correttezza. E' per tali ragioni che la responsabilità precontrattuale svolge nei confronti della teorizzazione dell'istituto del contatto sociale una funzione che è stata definita archetipale²⁰².

Segue, pertanto, l'analisi delle principali teorie relative alla qualificazione di tale tipo di responsabilità.

Sotto il profilo della natura giuridica, la responsabilità precontrattuale è questione che da sempre ha suscitato i più ampi contrasti in dottrina, e una certa dose di confusione in giurisprudenza, e ciò per il carattere tendenzialmente bifronte che tale tipo di responsabilità reca con sé: da un lato, si colloca in una fase che precede la conclusione del contratto, fase in cui le parti non sono ancora legate da alcun vincolo contrattuale; dall'altro, coinvolge soggetti che non possono ritenersi estranei, essendosi tra loro già instaurata una trattativa.

Sul punto, la giurisprudenza si è mossa nel tempo in maniera tendenzialmente ondivaga, oscillando tra una qualificazione in termini aquiliani della responsabilità precontrattuale, e la sussunzione della stessa nell'alveo della responsabilità contrattuale, pur in mancanza di contratto.

Parallelamente, sono sorte nel tempo tre differenti teorie:

- la teoria della natura extracontrattuale della responsabilità precontrattuale, prevalente fino alla pronuncia della Corte di Cassazione n. 14188 del 12 luglio 2016, di cui si dirà. La stessa, muove dalla circostanza che il vincolo contrattuale non si sia ancora formato in fase di trattativa e, pertanto, i soggetti non siano

²⁰² Così ROSSI. S., *Contatto sociale (fonte di obbligazione)*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Sezione civile, Utet giuridica, 2010.

ancora tenuti al rispetto delle obbligazioni contrattuali, non essendo reciprocamente obbligati dal generale canone del *neminem laedere*²⁰³;

- la teoria della natura contrattuale della responsabilità precontrattuale, prevalente a seguito della sentenza sopra citata: valorizza il legame che si instaura fra le parti per via delle trattative, i cui protagonisti sono soggetti legati da un rapporto assimilabile a quello contrattuale²⁰⁴;

- la teoria della natura ibrida della responsabilità precontrattuale, che ipotizza un *tertium genus* di responsabilità, non assimilabile né alle maglie della responsabilità contrattuale né a quelle della responsabilità extra contrattuale, ma costituente un genere del tutto autonomo ed inedito.

Ipotesi che, certamente, non trascurerebbe di recare vantaggi dal punto di vista della qualificazione giuridica della natura della responsabilità precontrattuale:

²⁰³ Così SACCO- DE NOVA, *Il contratto*, vol. I, in Trattato di diritto civile diretto da Sacco, Torino, 2004, pag. 248: "Se il terzo imbroglia un contraente, il danno causato è ingiusto. Se il contraente imbroglia la controparte prima ancora di trattare, il danno causato è ingiusto. Nei due casi, scansata l'applicazione del 1337 c.c. si ricade senza problemi nell'applicazione dell'art. 2043 c.c. Il trattamento giuridico delle ipotesi non è in discussione. E' in discussione il numero dell'articolo che il giudice deve scrivere nella sentenza. Tanto vale, allora, rinunciare a distinguere, e parlare, in ogni caso di violazione della buona fede contrattuale." E' di questo convincimento anche GALLO, *Responsabilità precontrattuale: la fattispecie*, in Rivista di diritto civile, fasc. 2, 2004, che afferma la natura extracontrattuale della *culpa in contrahendo*.

²⁰⁴ A favore della natura contrattuale, MENGONI L., *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, RDCo, 1956, II, 360 ss.; BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, 126; Id., «Responsabilità precontrattuale», in Enc. giur., XXVII, Roma, 1991, 8; SCOGNAMIGLIO R., *Contratti in generale*, in Comm. SCIALOJA E BRANCA, Bologna-Roma, 1970, 213 ss.; STOLFI, *Il principio di buona fede*, RDCo, 1964, I, 163; CASTRONOVO C., *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, cit., 458; TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990, 238; ROVELLI, «Correttezza», in Digesto/civ., IV, Torino, 1989, 426. Sostengono la natura aquiliana, CARRESI, *Il contratto*, in Tratt. Cicu e Messineo, II, Milano, 1987, 734; FERRI G.B., *Considerazioni sul problema della formazione del contratto*, RDCo, 1969, I, 187; BIANCA C.M., *Diritto civile*, III, Il contratto, Milano, 2000, 157 ss.; CHECCHINI, *Rapporti non vincolanti e regola di correttezza*, Padova, 1977, 259 ss.; ROPPO, *Il contratto*, cit., 184 ss.; quest'ultima tesi è propria anche della giurisprudenza consolidata da ultimo Cass., sez. III, 12-3-2008, n. 6633, MGI, 2008; Cass., sez. I, 18-6-2005, n. 13164, ivi, 2005; Cass., sez. III, 5-8-2004, n. 15040, ivi, 2004; Cass., sez. III, 10-10-2003, n. 15172, ivi, 2003; Cass. S.U., 30-7-2008, n. 20596, GC, 2009, VII, 1700.

sarebbe, infatti, come cucire un abito addosso a questo istituto così multiforme, che risulta in apparenza incomodo sia indossando le vesti della responsabilità extracontrattuale che quelle della contrattuale. A ben vedere, però, risulta arduo concepire una terza categoria di responsabilità: manca infatti una disciplina civilistica che ne regoli gli elementi costitutivi, ne definisca il modello e ne determini il tipo di danno. Mancano, infine, i riferimenti relativi al riparto dell'onere della prova e alla prescrizione.

E' preferibile dunque, ed è questa la linea da sempre tenuta dalla giurisprudenza e dalla dottrina prevalente, mutuare la disciplina della responsabilità precontrattuale da una delle altre due, già "codicisticamente" esistenti.

Con riferimento alla prima tesi, va preliminarmente rilevato che tra responsabilità extracontrattuale e precontrattuale esistono delle analogie. Entrambe, infatti, si basano su di un concetto giuridico indeterminato: quella extracontrattuale, sul concetto di danno ingiusto; quella precontrattuale, sull'obbligo di buona fede.

A ben vedere, l'orientamento giurisprudenziale prevalente ha da sempre optato per ritenere che la responsabilità precontrattuale, configurabile per violazione del precetto posto dall'art. 1337 c.c. costituisca una forma di *"responsabilità extracontrattuale, che si collega alla violazione della regola di condotta stabilita a tutela del corretto svolgimento dell'iter di formazione del contratto, sicché la sua sussistenza, la risarcibilità del danno e la valutazione di quest'ultimo debbono essere vagliati alla stregua degli artt. 2043 e 2056 c.c., tenendo peraltro conto delle caratteristiche tipiche dell'illecito in questione"*²⁰⁵.

Va tuttavia parimenti rilevato che la teoria sopra menzionata si basa su di un assunto semplicistico quanto fallace.

Si vorrebbe infatti giustificare la natura extracontrattuale della responsabilità precontrattuale solo per ragioni di carattere cronologico: trattandosi di una

²⁰⁵ Così Cass. 10 gennaio 2013 n. 447; in senso conforme, Cass. Sez. Un., 16 luglio 2001 n. 9645; Cass. Sez. Un. 26 giugno 20103, n. 10160.

responsabilità che si configura quando il contratto non è ancora venuto ad esistenza, non potrebbe perciò solo trattarsi di responsabilità contrattuale. Dunque, per esclusione, la responsabilità in questione sarebbe riconducibile all'alveo dell' extracontrattuale.

Pur essendo l'assunto astrattamente vero, va rilevato però che in mancanza di responsabilità contrattuale non necessariamente deve sussistere quella aquiliana. Ed infatti il sistema della responsabilità, come quello delle fonti, può essere concepito come un sistema bipartito (contrattuale/extracontrattuale), ma anche tripartito. La dialettica della responsabilità, invero, non si muove necessariamente nell'ottica binaria «responsabilità extracontrattuale/contrattuale», ma piuttosto lungo la bisettrice «responsabilità extracontrattuale/ responsabilità da inadempimento di una obbligazione preesistente».

Il danno, infatti, può derivare dalla violazione del *naeminem ledere*: ciò accade, appunto, nell'ambito della responsabilità precontrattuale, dove non esiste inadempimento di una obbligazione, ma sussiste comunque un danno.

Ed infatti, si realizza un rapporto tra le parti anche in mancanza di contratto, non essendo il contratto l'unica fonte di obbligazione: la stessa può sorgere anche da un rapporto di carattere non contrattuale. Ci si riferisce, in particolare, a quegli altri atti o fatti di menzionati dall'art. 1173 c.c., di cui si dirà in seguito.

Se è dunque vero che la responsabilità contrattuale si instaura in una fase in cui non è ancora sorto un rapporto di tipo contrattuale, è però parimenti vero che esiste tra le parti un obbligo di buona fede nascente dal codice, e che la trattativa ha ingenerato una relazione tra soggetti determinati, relazione informata, appunto, a tale obbligo.

Per questo motivo, e non per esclusione, sembra potersi sostenere che la natura giuridica della responsabilità precontrattuale non ha in sé i caratteri della responsabilità extracontrattuale, e che debba trattarsi, invece, di responsabilità da inadempimento, anche se non di carattere contrattuale.

Con riferimento, invece, alla seconda teoria sopra menzionata, va rilevato che la stessa ha acquisito un suo spessore solo a seguito della sentenza del 12 luglio 2016 n. 14188, con la quale la Corte di Cassazione ha sostenuto che la responsabilità di carattere precontrattuale (nel caso di specie quella della P.A. nei confronti di un' azienda) debba configurarsi come *“responsabilità contrattuale, ai sensi degli artt. 1337 e 1338 cod. civ., inquadrabile nella responsabilità di tipo contrattuale da “contatto sociale qualificato”, inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni, ai sensi dell’art. 1173 cod. civ. e dal quale derivano, a carico delle parti, non obblighi di prestazione ai sensi dell’art. 1174 cod. civ., bensì reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione, ai sensi degli artt. 1175 e 1375 cod. civ., con conseguente applicabilità del termine decennale di prescrizione ex art. 2946 cod. civ.”*²⁰⁶

Ed infatti, secondo la Suprema Corte, i tempi erano maturi per configurare l'eventuale responsabilità della P.A. nei termini di una *culpa in contraendo*²⁰⁷, dunque di una responsabilità di tipo precontrattuale.

Si tratta di un' importante pronuncia della Prima Sezione Civile della Corte di Cassazione la quale, non rimettendo la questione alle Sezioni Unite, come ci si sarebbe atteso, prende posizione su di un problema ampiamente dibattuto e lo fa discostandosi da un significativo orientamento della Suprema Corte, incline da sempre ad attribuire natura extracontrattuale alla responsabilità precontrattuale.²⁰⁸ Nell'esercizio della sua funzione nomofilattica, la Corte²⁰⁹ si

²⁰⁶ Cass. Civ., Sez. I., 12 luglio 2016, n. 14188.

²⁰⁷ Dal latino, colpa nel contrarre, espressione che designa quella responsabilità comunemente definita precontrattuale, ossia la responsabilità in cui incorrono le parti di un contratto qualora, durante le trattative dirette alla conclusione del contratto stesso, contravvengano all'obbligo di comportarsi secondo buona fede. Il diritto leso, in questo caso, è la libertà negoziale dei soggetti di decidere in modo autonomo se e come concludere un negozio.

²⁰⁸ Nel caso di specie, un contraente privato stipulava un contratto di appalto di servizi con il Ministero della Difesa, per la definizione del quale la legge prevede la necessità, oltre che della sottoscrizione in forma pubblica amministrativa, anche dell'approvazione ministeriale, la quale difettava nel caso di specie.

pone il problema di stabilire quale natura abbia la responsabilità precontrattuale, fornendo sul punto una risposta chiara, netta, inequivocabile, ponderata: la responsabilità precontrattuale ha natura di tipo contrattuale, e precisamente di responsabilità di tipo contrattuale da contatto sociale qualificato.

Il privato, a distanza di sette anni dalla sottoscrizione del contratto, proponeva perciò azione risarcitoria, dolendosi della violazione dell'affidamento suscitato dalla Pubblica Amministrazione in relazione al vincolo contrattuale, e chiedendo il risarcimento dei danni da lesione di quest'affidamento, configurabili nelle spese fronteggiate dall'imprenditore per prepararsi all'esecuzione del contratto. Il ricorrente lamentava, in particolare, la violazione e falsa applicazione degli artt. 1337, 1358, 1375, 2043, 2946 e 2947 c.c. in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, prospettando prudenzialmente alla Corte l'ipotesi che il contratto stipulato dalla Pubblica Amministrazione, ed in attesa di approvazione, potesse qualificarsi nei termini di un contratto sottoposto ad una *condicio iuris*, ma già perfezionato, e perciò valevole di suscitare una responsabilità di carattere contrattuale, e non precontrattuale.

La controversia giungeva infatti in Cassazione dopo essere stato dichiarato prescritto, sia in primo che in secondo grado, il diritto del contraente all'azione di responsabilità nei confronti della controparte di cui si assumeva la *culpa in contraendo*, perché fatto valere oltre il termine quinquennale di prescrizione di cui all' art. 2947 c.c. Ben si comprende, dunque, l'interesse del ricorrente alla qualificazione della responsabilità della P.A. in chiave contrattuale, chiave che avrebbe dischiuso la possibilità di godere del più ampio termine decennale.

La Corte però, richiamando una giurisprudenza consolidata sul punto, ritiene che il vincolo contrattuale non sussista, e che l'eventuale responsabilità della P.A. debba qualificarsi nei termini di una *culpa in contraendo*, dunque di una responsabilità di tipo precontrattuale. Ribadisce infatti che prima dell'approvazione ministeriale, anche quando le parti abbiano già sottoscritto un contratto, il medesimo non è ancora venuto ad esistenza, e dunque il vincolo non è sorto. Ed infatti, in relazione ai contratti conclusi con la Pubblica Amministrazione, il dispiegamento degli effetti vincolanti per le parti, e dunque la nascita del vincolo tra le stesse, è subordinata all'approvazione ministeriale, la quale richiede un provvedimento espresso adottato dall'organo competente nella forma solenne prescritta dalla legge (la cui esistenza non può peraltro desumersi implicitamente dalla condotta tenuta dalla Pubblica Amministrazione); è dunque insufficiente, ai fini del perfezionamento di un effettivo vincolo contrattuale, la mera aggiudicazione pronunciata a favore del ricorrente, come pure la formale stipula del contratto di evidenza pubblica nelle forme prescritte dalla legge.

²⁰⁹ La sentenza ne richiama altre precedenti ricostruendo l'*excursus* giurisprudenziale sul punto. Cass. Civ. n. 3383/1981; 23393/2008; 11135/2009; 9636/2015.

Presa di posizione, questa, ampiamente motivata dai giudici di legittimità per il tramite di una lunga ricostruzione dell'evoluzione storica e giurisprudenziale sul punto.²¹⁰

Secondo la Corte, infatti, la cultura giuridica continentale è fortemente condizionata dalla norma sulle fonti delle obbligazioni (art. 1173 c.c.), e dalla scelta alternativa tra contratto e fatto illecito.

Si trascura invece di considerare che l'art. 1173 c.c. attribuisce pari dignità di fonte di obbligazione anche agli altri atti o fatti idonei a produrle in conformità all'ordinamento. Questa parte della norma è storicamente ristretta ad alcune

²¹⁰ La Corte elenca in narrativa i casi più significativi in cui la giurisprudenza ha individuato relazioni giuridiche tali da produrre forme di responsabilità e conseguenti pretese risarcitorie pur in mancanza di contratto: l'istituto scolastico e l'insegnante, la responsabilità del sanitario, la responsabilità della banca *etc...*. Tra queste, la Corte segnala in particolare modo quelle che riguardano la responsabilità della P.A., area nell'ambito della quale si è spesso assistito ad un tentativo di emancipazione della responsabilità dal raggio d'azione dell'art. 2043 c.c. Ciò è avvenuto sul rilievo che le norme sul procedimento amministrativo, che dal 1990 in poi regolano imperativamente l'agire della P.A., conducono alla configurazione di una particolare relazione tra quest'ultima e il privato, relazione che potremmo definire qualificata, e che genera in capo alla P.A. degli obblighi di protezione e di informazione nei confronti del cittadino, nonché un dovere di comportarsi secondo il canone fondamentale della buona fede.

D'altronde, anche a livello costituzionale si rinvergono baluardi a presidio di una relazione che non può che dirsi qualificata (l'art. 97 Cost., ad esempio), norme la violazione delle quali genera una responsabilità che non può essere assimilata al 2043 c.c., alla responsabilità del *quisque de populo*, per l'ovvia ragione che tra costui ed il danneggiato si instaura una relazione solo in conseguenza del prodursi del danno, e non prima.

L'opera motivazionale della Corte si spinge tanto in là da richiamare una pronuncia della Corte di Giustizia (210 C. Giust., 17/6/1992, C- 261/91, Handte) in materia di determinazione delle competenze giurisdizionali ex art. 5, punto 1, della Convenzione del 27 settembre 1968, nella quale si ritiene che *"qualsiasi relazione giuridicamente rilevante tra due parti, ossia un "obbligo liberamente assunto" da una parte nei confronti dell'altra, pure in assenza di un formale atto negoziale, debba costituire oggetto di responsabilità contrattuale"*.

Da ultimo, in tale percorso ricostruttivo la Corte fornisce un ruolo di prim'ordine all'art. 2 della Costituzione, norma di immediata applicazione nei rapporti civilistici, portatrice di quel dovere di solidarietà che implica, anche a prescindere dall'esistenza di un vincolo contrattuale, l'esistenza di un mutuo e reciproco dovere di buona fede e correttezza tra le parti, il quale si colora delle tinte del dovere fondamentale, anche in fase di trattative, per effetto dell'art. 1337 c.c. . Le parti dunque, prima ancora della conclusione di un contratto, sono gravate dal dovere di comportarsi secondo buona fede, e ciò proprio in conseguenza di quel dovere di solidarietà che la Costituzione innalza a principio generale dell'ordinamento. Da lì nascono gli obblighi di protezione, la violazione dei quali genera responsabilità contrattuale.

specifiche ipotesi di obblighi non nascenti né da contratto né da atto illecito²¹¹, ovvero a quelle fattispecie che nel diritto romano *post* classico erano note come “quasi contratti” e “quasi delitti”²¹².

E' l'alternativa fondamentale contratto - fatto illecito, sostiene la Corte, ad indurre la nostra cultura giuridica continentale a riconprendere la responsabilità precontrattuale, che non nasce da contratto, nell'area dei fatti illeciti: l'affermazione per cui la responsabilità precontrattuale avrebbe natura extracontrattuale è dunque il frutto di una bipartizione fondamentale delle fonti delle obbligazioni che si è mantenuta e consolidata nel tempo. Ciò ha comportato che la terza categoria delle fonti delle obbligazioni, quella relativa agli “altri atti o fatti”, risultasse pretermessa, così privando del giusto rilievo quelle situazioni non inquadrabili né nell'area del delitto né in quella del contratto e, tuttavia, più assimilabili a quest'ultima categoria²¹³.

Esistono infatti, e ciò è indubitabile, una serie di relazioni che, pur non nascendo da contratto, si approssimano notevolmente al medesimo per effetto del rapporto che tra le parti si crea, rapporto che potremmo definire simil-contrattuale.

Sulla scorta di tali ragionamenti, comincia ad affermarsi nella dottrina tedesca degli anni 30, in particolare ad opera dell'illustre studioso von Jhering,²¹⁴ l'idea

²¹¹ L'appropriazione d'indebito, la *negotiorum gestio*, l'arricchimento ingiustificato, fattispecie in cui l'obbligazione non nasce da contratto né da fatto illecito, ma da altri atti o fatti che l'ordinamento di volta in volta reputa idonei a far sorgere un vincolo obbligatorio.

²¹² La quadripartizione delle fonti delle obbligazioni in contratti, delitti, quasi contratti e quasi delitti si deve all'imperatore Giustiniano, che nel 533 fece pubblicare le *Istitutiones*, una delle parti di cui si compone il *Corpus iuris civilis*.

²¹³ Ad esempio, la gestione di affari altrui, disciplinata all'art. 2028 c.c., la quale si ha quando un soggetto capace di agire assume scientemente, senza esservi obbligato e senza che operi un divieto da parte dell'interessato, la gestione di uno o più affari di un altro soggetto che non è in grado di provvedervi. In capo a tale soggetto, ai sensi del codice, nasce l'obbligo di condurre la gestione a termine fino a che l'interessato non sia in grado di provvedervi da se stesso. E' tradizionalmente ricondotta all'ipotesi degli altri atti o fatti idonei a produrre obbligazioni; non a caso, nel codice del 1865 apparteneva alla categoria dei quasi-contratti.

²¹⁴ VON JHERING R., *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen odernicht zur Perfection gelangten Verträgen*, in *Jherings Jahrbuch*, 4, 1861; nella versione italiana, *Della culpa in contrahendo ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, trad. it. e

che un'obbligazione possa sorgere tra soggetti che stanno in una relazione particolarmente qualificata tra di loro, ancorchè questa relazione non derivi da un contratto e pur dove, dunque, non vi sia un obbligo primario di prestazione, bensì un obbligo secondario di protezione, la violazione del quale si pone come fonte di responsabilità che non nasce da mero atto illecito, ma dalla violazione dell'affidamento che ciascuna delle parti, collegate per il tramite di una relazione qualificata, è indotta a riporre nell'altra.

Tale analisi offre lo spunto per superare la concezione romanistica dell'obbligazione, sino ad allora limitatasi al piano oggettivo ed entro i confini della sola prestazione.

Inizia a delinearsi allora, a mente della Corte, un vero e proprio rapporto obbligatorio senza obbligo di prestazione. Si definisce, in tal modo, la struttura del contatto sociale²¹⁵ qualificato²¹⁶.

nota di lettura di F. PROCCHI, Napoli, 2005, 3. Lo studioso riteneva che «*la diligentia contrattuale [fosse] richiesta nello stesso modo tanto nei rapporti contrattuali ancora in fase di formazione, quanto in quelli già perfezionatisi. L'inosservanza di questa diligentia d[ava] luogo, in entrambi i casi, all'azione contrattuale per il risarcimento del danno*». L'obbligo di comportarsi secondo buona fede, gravante su ciascuna delle parti, si esplicava, secondo Jhering, nell'obbligo di comunicare all'altra parte l'esistenza di eventuali cause di invalidità del contratto. Cfr. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in Trattato del contratto, a cura di Roppo, Milano, 2006, 980, ricorda che «*le ipotesi suscettibili di dar luogo, in base a tali premesse, a culpa in contrahendo vennero classificate e ordinate da Jhering in due gruppi, comprendenti, il primo, i casi di inidoneità del soggetto (incapacità) o dell'oggetto (vendita di cose extra commercium), e il secondo i vizi della volontà*». A quest'ultimo gruppo, Jhering riconduceva, oltre le ipotesi di errore, anche una serie di fattispecie caratterizzate dalla non corrispondenza tra la volontà contrattuale precedentemente manifestata e la volontà attuale di non concludere il contratto (come nei casi di mutamento della volontà in relazione alla conclusione di contratti attraverso intermediari, di morte del proponente prima della accettazione, di revoca della promessa al pubblico), fattispecie tra le quali campeggia l'ipotesi della revoca della proposta di concludere un contratto.

²¹⁵ Il concetto di «contatto sociale» risale a HAUPT G., *Juristenfakulta't fu" r F. Siber*, II, Leipzig, 1943, 23, che lo inquadrava nell'ambito dell'analisi dei rapporti contrattuali di fatto. E' stato approfondito in materia di *Schutzpflichten* da H. DO"LE, *Aussergesetzliche Schuldpflichten*, ZStW, (103) 1943, 67 ss.

²¹⁶ Sul concetto di "qualificazione" del contatto sociale attraverso lo status cfr. SCOGNAMIGLIO C., *Sulla responsabilità dell'impresa bancaria per violazione di obblighi discendenti dal proprio status*, GI, 1995, 356, 363 ss.; Id., *Ancora sulla responsabilità della banca per violazione di obblighi discendenti dal proprio status*, BBTC, 1997, II, 655 ss. Secondo CASTRONOVO C., *La nuova*

In Italia, come detto, tale ricostruzione si riconduce da sempre agli studi del Professor Castronovo²¹⁷ e di altra autorevole dottrina la quale, recependo questo indirizzo di matrice tedesca, ha teorizzato anche nel nostro ordinamento la possibilità di superare quella rigida bipartizione delle fonti delle obbligazioni (contratto - fatto illecito), valorizzando invece la clausola aperta "atti o fatti idonei a produrre obbligazioni in conformità all'ordinamento giuridico", e riconducendo ad essi una congerie di situazioni nelle quali vige una relazione qualificata tra le parti, pur non operando tra le medesime un vincolo contrattuale.

Si tratta, a ben vedere, di un' operazione di generalizzazione del modello normativo di cui all'art. 1337 c.c.²¹⁸

A questa evoluzione, che ha indotto nel tempo la giurisprudenza ad allargare l'area della responsabilità contrattuale, non è estraneo nemmeno il sistema del *common law*, dove si registra un'evoluzione simile, pur nella profonda diversità strutturale dei due ordinamenti. Anche negli sistemi di *common law*, infatti, si è assistito ad un progressivo distacco del *contract* dal tronco unitario e originario dei *torts*, sino a divenire la prima una figura di riferimento prevalente nell'ambito della responsabilità civile. Si assiste, anche negli ordinamenti di *common law*, alla configurazione in termini di responsabilità contrattuale di vicende cd. «*special relationship*», nelle quali la responsabilità medesima trae

responsabilità civile, cit., 482, "Trova corso l'idea secondo cui la stessa qualificazione professionale genera inevitabilmente un affidamento nei soggetti che su di essa fanno conto sulla base di un contatto sociale funzionale, cioè originariamente volto a uno specifico fine; affidamento dal quale, in forza del principio di buona fede, nascono obblighi di conservazione della sfera giuridica altrui che si interpongono tra la condotta e il danno e sottraggono l'eventuale responsabilità al regime del torto aquiliano". In senso critico BARCELONA P., *Strutture della responsabilità e «ingiustizia del danno»*, EDP, 2000, 401, 483 ss.;

²¹⁷ Così CASTRONOVO C., «*Obblighi di protezione*», in Enc. giur., XXI, Roma, 1990, 2, il quale ritiene che «in quanto fondate sullo stesso presupposto (violazione della sfera giuridica altrui) e ascritte alla stessa area di responsabilità (quella contrattuale), la culpa in contrahendo e la violazione degli obblighi di protezione nell'esecuzione del contratto sono indicative di lesioni uguali sul piano formale e solo diverse dal punto di vista temporale».

²¹⁸ Così ROSSI S., *op.cit.* Cfr. CASTRONOVO C., *La nuova responsabilità civile*, cit., 473, 519 nt. 163.

origine da un rapporto non costituito mediante *contract*, ma che genera un affidamento di ciascuna parte nell'altra ed un correlato obbligo di buona fede²¹⁹.

Si registra dunque in tutt' Europa un ampio movimento di ricollocazione e riassetto dell'area della responsabilità, *rectius* una vera e propria fuga dal modello della responsabilità extracontrattuale aquiliana verso un allargamento sempre più cospicuo dell'area della responsabilità contrattuale negoziale.

E' così che la figura del contatto sociale può essere concepita quale fatto idoneo a produrre obbligazioni ai sensi dell'articolo 1173 c.c., «*dal quale derivano, a carico delle parti, non obblighi di prestazione ai sensi dell'articolo 1174, bensì, reciproci obblighi di buona fede, di protezione e d'informazione, ai sensi degli articoli 1175 e 1375 c.c.*»²²⁰.

Nel tempo, la Corte di Cassazione ha ampliato le figure di contatto sociale esistenti: alla responsabilità del medico nei confronti del paziente²²¹ si è affiancata quella dell'insegnante nei confronti dell'alunno²²², quella della banca

²¹⁹ D'altronde, come sostenuto da autorevole dottrina: "quando una norma giuridica (in questo caso l'art. 1337 c.c.) assoggetta lo svolgimento di una relazione sociale all'imperativo della buona fede, ciò è un indice sicuro che questa relazione si è trasformata, sul piano giuridico, in un rapporto obbligatorio, il cui contenuto si tratta appunto di specificare a stregua di una valutazione di buona fede". Così MENGONI L., *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., 364.

²²⁰ Cass. Civ., Sez. I., 12 luglio 2016, n. 14188, in Riv. Dir. Com., fasc.9/10, 1956.

²²¹ La sentenza in cui per la prima volta è stata accolta la tesi dell'obbligazione senza prestazione è Cass., sez. III, 22-1-1999, n. 598, commentata da V. CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*, D. Resp, 1999, 294; DI MAJO A., *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, cit.; FRACCHIA F., *Osservazioni in tema di responsabilità del dipendente pubblico e attività contrattuale*, FI, 1999, I, 1194 ss.; PARADISO, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, RDC, 2001, 325 ss.; PIZZETTI F., *La responsabilità del medico dipendente come responsabilità contrattuale da "contatto sociale"*, GI, 2000, 740 ss.; THIENE, *La Cassazione ammette la configurabilità di un rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione*, NGCC, 2000, 334 ss.; anche la giurisprudenza successiva in tema di responsabilità sanitaria ha accolto questo indirizzo, in particolare Cass., Sez. III, 29-9-2004, n. 19564, FI, 2004, X; Cass. S.U., 28-7-2005, n. 15781, RCP, 2006, III; Cass., Sez. III, 13-4-2007, n. 8826, 2007, IX, 1824; Cass. S.U., 11-1-2008, n. 577, ivi, 2008, IV, 849.

²²² Cass. S.U., 27-6-2002, n. 9346, FI, 2002, I, 2635, commentata da F. DI CIOMMO, *La responsabilità contrattuale della scuola (pubblica) per il danno che il minore si procura da sé: verso il ridimensionamento dell'art. 2048 c.c.*, FI, 2002, I, 2636; BARBANERA R., *In tema di responsabilità degli insegnanti statali*, NGCC, I, 2003, 273; FACCI G., *Minore autolesionista*,

per il pagamento di assegno non trasferibile a soggetto non legittimato²²³, quella derivante dalle erronee e carenti informazioni rilasciate da un qualsiasi soggetto professionale²²⁴, quella della P.A.²²⁵

Si registra, in effetti, un progressivo venir meno della distanza tra area contrattuale ed extracontrattuale con riferimento ai profili di responsabilità; fenomeno, questo, che deriva ora dell'espansione dello spettro dell'obbligazione, che da rapporto elementare ha acquisito carattere a struttura complessa - arricchito da una serie di obblighi accessori collegati alla prestazione principale da un nesso funzionale unitario e preordinato alla migliore realizzazione del rapporto obbligatorio²²⁶- ora dalle più recenti evoluzioni della responsabilità civile che, come si dirà, sono espressione di un fenomeno europeo di tendenziale commistione tra le tradizionali categorie risarcitorie storicamente esistenti.²²⁷

responsabilità del precettore e contatto sociale, RCP, 2002, 1012; MOROZZO DELLA ROCCA R., *Le Sezioni Unite sul danno cagionato al minore da sé stesso*, CorG, 2002, 1293. Tale orientamento è stato costantemente confermato Cass., Sez. III, 18-7-2003, n. 11245, NGCC, 2004, 491, con nota di CARASSALE I., *Danno cagionato dall'incapace a sé medesimo: dal torto al contratto, sempre nell'ottica del risarcimento*; conformi Cass., Sez. III, 31-3-2007, n. 8067, MGI, 2007; Cass., Sez. III, 29-4-2006, n. 10030, NGCC, 2007, III, 363; Cass., sez. III, 18-11-2005, n. 24456, D. Resp., 2006, 1081; Cass. S.U., 11-11-2003, n. 16947, FI, 2004, I, 426. In generale si veda FERRANTE, *La responsabilità civile dell'insegnante, del genitore e del tutore*, Milano, 2008.

²²³ Cass. S.U., 26-6-2007, n. 14712, CorG, 2007, 1706, con commento di DI MAJO A., *Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili*; LEGGIERI, *Natura delle responsabilità della banca negoziatrice per il pagamento di assegni non trasferibili a persone diverse dal prestatore*, NGCC, 2007, XII, 1442; BUFFONI, *Cronaca di una morte annunciata (ma che stenta a sopraggiungere): le strane sorti dell'obbligazione senza prestazione*, GI, 2008, IV; in senso conforme Cass., Sez. I, 11-2-2008, n. 3187, GI, 2008, V, 1150.

²²⁴ In senso contrario autorevole dottrina, tra cui CASTRONOVO C., *La nuova responsabilità civile*, cit., 492 ss.; SCOGNAMIGLIO C., *Il danno al patrimonio tra contratto e torto*, RCP, 2007, 1253; THIENE, *Nuovi percorsi della responsabilità civile. Dalla condotta allo status*, Padova, 2006, 246 ss.

²²⁵ Per tutte, Cass. Civ., Sez. III, 21/07/2011 n° 15992.

²²⁶ BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, 99 ss.; MENGONI L., *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, RDC, 1954, I, 185 ss.; BENATTI F., *Osservazioni in tema di "Doveri di protezione"*, RTPC, 1960, 1342 ss.; SCOGNAMIGLIO R., «Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale», in NN.D.I., XV, Torino, 1968, 670 ss.; CASTRONOVO C., «Obblighi di protezione», in Enc. giur., XXI, Roma, 1990, § 4.2.

²²⁷ In particolare GIARDINA, *La distinzione tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, in Trattato della responsabilità contrattuale. Inadempimenti e rimedi, a cura

L'obiettivo, a ben vedere, sembra quello di creare un ponte tra la responsabilità contrattuale e quella extracontrattuale, in maniera tale che fattispecie di danno non riconducibili all'alveo né dell'una né dell'altra categoria, non si trovino a dover sprofondare nel cratere che le divide, rimanendo sfortunate di tutela²²⁸.

A tal fine, è opportuno, per esigenze di completezza, ricordare le principali differenze tra le due figure di responsabilità: mentre la responsabilità contrattuale nasce "dall'inadempimento di un'obbligazione preesistente", la responsabilità extracontrattuale "è un'obbligazione che si costituisce *ex novo*".²²⁹ Ed infatti, nel caso della responsabilità contrattuale, l'obbligazione sorge cronologicamente prima rispetto al danno, derivando dal contratto concluso a monte. Al contrario, la responsabilità contrattuale presuppone una tendenziale estraneità del danneggiato nei confronti del danneggiante e viceversa, ciò comportando la necessaria produzione successiva dell'obbligazione rispetto al danno: l'obbligazione promana dal danno, legando a doppio filo due soggetti fino ad allora giuridicamente sconosciuti l'uno all'altro.

La teorica del contatto sociale allora, a tacer d'altro, ha il pregio di aver consentito la circolazione dei cd. "rapporti di protezione" anche al di fuori dello

di Visintini, I, Padova, 2009, 73 ss.; nello stesso senso BUSNELLI, *Nuove frontiere della responsabilità civile*, J, 1976, 41 ss.; Id., *Verso un possibile riavvicinamento tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, RCP, 1977, 748 ss.; SBISÀ, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: realtà contrapposte o convergenza di presupposti e di scopi?*, RCP, 1977, 723 ss.; GIARDINA, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Significato attuale di una distinzione tradizionale*, Milano, 1993, 82 ss.; ROPPO, *Il contratto*, in Tratt. Iudica e Zatti, Milano, 2001, 185; PRINCIGALLI, *La responsabilità civile*, in Trattato di diritto privato europeo, a cura di Lipari, Padova, 2003, IV, 504 ss.

²²⁸ La zona d'ombra in questione è stata anche autorevolmente definita nella «terra di nessuno tra contratto e torto». Così BUSNELLI, *Itinerari europei nella «terra di nessuno tra contratto e fatto illecito»: la responsabilità da informazioni inesatte*, Cel, 1991, 539, che a sua volta si richiama alla ormai nota espressione di GILMORE G., *The Death of Contract*, Columbus (Ohio), 1974, 88.

²²⁹ Così MENGONI L., «Responsabilità contrattuale», in Enc. dir., XXXIX, Milano, 1988, 1072; SALVI, «Responsabilità extracontrattuale», in Enc. dir., XXXIX, Milano, 1988, 1187; SCOGNAMIGLIO R., «Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale», cit., 671 ss.; C. CASTRONOVO, sub art. 1176, in Comm. Cendon, IV, Torino, 1991, § 5.2.; ALPA, *La responsabilità civile*, Milano, 1999, 102 ss.; CORSARO, *Tutela del danneggiato e responsabilità civile*, Milano, 2003, 5 ss.; SALVI, *La responsabilità civile*, Milano, 2005, 13 ss.

stretto circuito delle ipotesi riconducibili alla *culpa in contrahendo*, per occupare terreni diversi²³⁰.

Tuttavia, parte della dottrina²³¹ ha ampiamente criticato la figura del contatto sociale, ritenendola erroneamente fondata su contenuti meramente descrittivi, i quali non spiegano come dal contatto derivino, in fase patologica, le conseguenze giuridiche che nascerebbero dal contratto, il che conduce la giurisprudenza a degli sforzi argomentativi notevoli, nel tentativo di irrobustire ragionamenti che a ben vedere possono dirsi circolari.

A differenza dell'obbligazione senza prestazione, infatti, la figura del contatto sociale non fa tanto riferimento alla logica della protezione, ma riconosce in capo al soggetto forte del rapporto non-contrattuale un vincolo obbligatorio pieno. Ne risulta snaturata la struttura portante dell'obbligazione senza prestazione, nella quale, come sopra specificato, gli obblighi accessori (quali quello di protezione) sono orbite di un baricentro centrale (l'obbligazione primaria), e non essi stessi perno del sistema.

Altre critiche sono state mosse in ragione del fatto che la figura del contatto sociale qualificato, a ben vedere, sarebbe solo una delle possibili vie di mezzo tra la responsabilità extracontrattuale e quella contrattuale²³², e non l'unica.

Secondo la giurisprudenza, infatti, anche la trattativa è una relazione tra soggetti determinati, volta al perseguimento di uno scopo (la conclusione di un contratto); anch'essa, dunque, può porsi quale base giuridica della responsabilità contrattuale, senza che per la definizione della natura giuridica di quest'ultima si faccia riferimento a concetti che, ad oggi, risultano messi in crisi dal mutato scenario giuridico-legislativo.

Si allude, in particolare, alla Legge Gelli²³³, la quale introduce un sistema bipartito di responsabilità: contrattuale/extracontrattuale, *tertium*²³⁴ *non datur*.

²³⁰ Così DI MAJO L., *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, CorG, 1999, IV, 450.

²³¹ Cfr. per tutti PIRAINO F., *La Buona fede in senso oggettivo*, G.Giappichelli Editore, Torino, 2015, p.92 s.s.

²³² *Rectius*, sarebbe solo una delle ipotesi, per dirla in termini romanistici, di "quasi contratto".

La legge citata, come noto, ha negato -e proprio in campo medico, terreno di elezione della teorica del contatto sociale qualificato- che possa esistere tra medico e paziente un rapporto qualificato dal legittimo affidamento che il secondo ripone nel primo. Da più parti, per tale ragione, si è parlato di tramonto della teoria del contatto sociale qualificato, rilevando che se la validità della teorica in argomento è venuta meno proprio nel caso del rapporto intercorrente tra medico e paziente, sua originaria sede, in nessun altro caso e per la spiegazione o giustificazione di nessun altro tipo di responsabilità potrà essere chiamata in causa. Nell'attesa che sul punto si pronunci, eventualmente, la giurisprudenza, ci si limita a svolgere delle considerazioni sulle nuove apparenti sembianze della responsabilità precontrattuale.

Amnesso e non concesso, infatti, che la Legge Gelli segni veramente il tramonto definitivo della teoria del contatto sociale nel nostro ordinamento, ciò non significa che la responsabilità precontrattuale debba nuovamente essere ricondotta, sol per esclusione, ai lidi della responsabilità aquiliana. Ed infatti, sussiste a prescindere dal contatto sociale qualificato una relazione tra le parti, informata questa volta non ad obblighi di protezione, ma ad obblighi *ex lege* a contenuto specifico: quelli di buona fede.

Non pare percepirsi allora, o perlomeno non in maniera netta, il bisogno del contatto sociale come sostrato della responsabilità precontrattuale. La stessa potrebbe infatti essere considerata come responsabilità da inadempimento, anche indipendentemente dal contatto tra le parti, e dipendentemente, invece, da un obbligo di comportamento violato. Per fare un esempio, l'obbligo di informazione è sia obbligo di protezione che di prestazione: deriva, infatti, sia dal contatto sociale che dalla clausola di buona fede. Può parlarsi, allora, di

²³³ Legge 8 marzo 2017, n. 24, “*Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*”. (17G00041) (GU Serie Generale n.64 del 17-03-2017). V. Cap. IV, par. 1.1 ss. .

²³⁴ Il *tertium* mancante, nel caso di specie, è proprio la forma ibrida di responsabilità (contatto sociale) ideata dalla giurisprudenza per giustificare il legame che si instaura tra medico e paziente, e gli obblighi di protezione che gravano sul primo nei confronti del secondo.

responsabilità contrattuale da inadempimento *sic et simpliciter*, e ciò in ragione della violazione di obblighi che, seppur nascenti a monte del contratto stesso, innescano tra le parti, quando violati, un legame che non è ancora contrattuale, ma è già fonte di inadempimento.

Ciò detto, va rilevato che gli istituti sopra menzionati si prestano ad una ricostruzione di stampo etico, in particolare con riferimento all'idea che ne sta alla base, quella del legittimo affidamento tra professionista e soggetto "debole", nonché la stessa idea di obbligo di protezione, soprattutto se ci riferiamo a quelli del medico nei confronti del paziente.

Ed infatti, il vincolo che discende dal legittimo affidamento di stampo giurisprudenziale è un vincolo pieno, in cui la protezione non è elemento accessorio dell'obbligazione ma è essa stessa l'obbligazione.

Se da una parte v'è un obbligo protettivo (in specie, dalla parte del professionista), dall'altra v'è un "credito" (del soggetto debole), ma non di natura economica, bensì di protezione, il che spesso viene considerato un fattore secondario.

Ecco che la tutela della persona si inserisce nel sistema scavalcando il fino ad ora ruggente imperativo della tutela della proprietà.

E' ancora presto per riuscire a scrutare oltre un sentiero giurisprudenziale lungo da percorrere. Più certa, oggi, è la direzione che tale cammino sembra voler intraprendere, anche in vista, forse, di un progressivo allineamento con la disciplina europeistica dei contratti.

Ed infatti, il contratto di diritto europeo²³⁵ ha certamente riscritto, tra le altre cose, il profilo della responsabilità *in contrahendo* il quale, con l'introduzione di sistemi di tutela del consumatore più avanzati rispetto a quelli nazionali, ha progressivamente perso rilevanza, perché assorbito da altre forme di tutela.

²³⁵ Sul punto v. MAZZAMUTO, *Il contratto di Diritto Europeo*, Giappichelli, 2016.

Nel diritto europeo dei contratti, infatti, l'informazione doverosamente resa nella fase precontrattuale non resta ivi confinata, ma penetra nel contenuto contrattuale diventando fattispecie (da qui, la qualificazione dell'informazione contrattualistica europea quale informazione-fattispecie). Ne deriva la responsabilità contrattuale di quel professionista che non rispetti le indicazioni fornite al cliente in fase precontrattuale.

Il sistema europeo, a ben vedere, riesce, per il tramite della forma informativa, ad eludere il problema della natura della responsabilità precontrattuale.

Per opera dell'intersezione del piano dell'informazione con quello della fattispecie, infatti, le trattative che intercorrono tra le parti vengono poi interamente risucchiate nel contratto concluso dalle medesime; non esistendo trattative, non esiste neanche responsabilità precontrattuale, tutto è ricondotto all'eventuale fase patologica del rapporto contrattuale.

Il diritto europeo è in tali termini impostato per esigenze di velocità dei traffici, certezza delle relazioni economico-contrattuali, ma anche protezione del soggetto debole dall'asimmetria di potere contrattuale rispetto al professionista. Soggetto debole che, nel rapporto *business to consumer*, è chiaramente il consumatore/cliente, il quale, di fatto, ripone il proprio affidamento in colui che è più competente ed informato. Alla stessa stregua, anche nel rapporto di protezione tipico degli istituti sopra menzionati esiste un soggetto forte, colui che è dotato di uno *status* professionale, e un soggetto debole, colui che per mancanza di competenze non è in grado di procurarsi in maniera autonoma ciò di cui ha bisogno, e dunque si rivolge ad un professionista, qualunque sia il settore (medico, scolastico, bancario *etc.*).

Il rapporto tra questi due soggetti, a ben vedere, di molto si approssima a quello intercorrente tra consumatore e professionista, così come, d'altronde, avviene anche nel caso del medico con il paziente.

Corrisponde la situazione di predominio di uno dei due soggetti, e quella di debolezza dell'altro; corrisponde la ragione di tale distacco tra le due parti, un

gap informativo e di competenze che obbliga il secondo ad affidarsi (legittimamente) alle attenzioni del primo; corrisponde, infine, il regime di tutela, improntato alla protezione del soggetto debole.

Se, però, nel caso del consumatore, la disciplina europeistica ha agito realizzando un sistema organico di tutela del medesimo, ciò non è ancora avvenuto con riferimento al “consumatore” del sistema risarcitorio; colui che, quale che sia il settore, si trovi a dover subire una lesione ad opera del professionista nel quale aveva deciso di riporre tutta la sua fiducia.

Emblematico, in questo senso, il caso del medico con il paziente, specie per la particolare condizione fisica e psicologica in cui il secondo si trova, stante la patologia a causa della quale si rivolge al primo.

Istituti come la categoria degli obblighi di protezione, quella dell’obbligazione senza prestazione e quella, conseguente, del contatto sociale qualificato, forniscono la misura di come il sistema civilistico si evolva verso la tutela della persona più che del suo patrimonio, del soggetto debole più che del professionista, dell’uomo più che della proprietà.

E’ auspicabile, e di ciò si tratterà nell’ultimo capitolo della presente tesi riprendendo in parte elementi qui solo accennati, che una disciplina organica, quale quella della tutela del consumatore, venga emanata anche con riferimento alla persona vessata da un lesione ingiustamente patita. Quella del danno alla persona è, a ben vedere, la branca civilistica che meglio si presta, allo stato attuale, a un’operazione di tal genere. Il risultato pratico, infatti, sarebbe quello di fornire al soggetto una tutela che esuli dalle incerte maglie di una disciplina nazionalistica (la quale, per ovvie ragioni, non si presta ad essere revisionata né costantemente aggiornata), e che si attagli invece ad un regolamento di stampo europeistico, ben più adatto alla normazione del caso di specie.

La speranza, allora, è che l’esperienza consumeristica offra lo spunto al legislatore europeo per procedere ad un’analisi aperta sulle concrete possibilità di armonizzazione della tutela della persona nei vari Stati membri.

D'altronde, il termine cura conosce semantiche differenti a seconda dell'ambito etimologico: l'etimo latino, ad esempio, riconduce l'azione del curare a quella del prendersi cura, farsi carico, gestire. Inizialmente, dunque, il vocabolo non indicava l'azione del curare per come noi la conosciamo oggi (quella di fornire una terapia per riportare una situazione patogena allo *status quo ante* di normalità fisiologica)²³⁶. Piuttosto, l'idea antica della cura era un'idea negativa, e non positiva. Non si trattava di agire per curare, ma di astenersi per proteggere. Anche ai giorni nostri il concetto di cura è inteso anche nel senso di protezione della persona, ad esempio di un soggetto particolarmente debole (come i bambini, o gli anziani). E' il significato della cura dell'anima di Socrate, nonché di quella dell'esserci e del mondo di Heidegger²³⁷.

E' questo significato etimologico della parola cura che sta alla base degli obblighi di protezione, specie nel caso in cui il professionista dell'endiadi sia un medico che, oltre a curare, ha altresì l'obbligo di prendersi cura del paziente, evitando che i propri comportamenti cagionino allo stesso un danno personale o patrimoniale, ulteriore rispetto alla patologia per la quale il medesimo è in cura, e risarcendo, in virtù degli obblighi di protezione, quello stesso paziente che dovesse essere vittima di tali lesioni.

Si dimostra, una volta in più, come la nuova normativa abbia sconvolto un'infrastruttura sistemologico-giuridica che appariva in effetti ben congegnata, anche se da migliorare, per concedere spazio al nuovo obiettivo degli ordinamenti giuridici contemporanei: la tutela della persona.

²³⁶ Così DIPALO F., *Questioni di vita, questioni di filosofia*, Lampi di stampa, Milano, 2010

²³⁷ Così MONTANARI M., *Filosofia come*, in *La consulenza filosofica: terapia o formazione*, 2012.

CAPITOLO III

VOCI DI DANNO PECULIARI E LORO RISARCIBILITÀ: DAL DANNO DA RESPONSABILITÀ MEDICA AL DANNO DA CRIMINE DI MAFIA (*RECTIUS* DAL DANNO BIOLOGICO AL DANNO TERMINALE): SFACCETTATURE DEL DANNO ALLA PERSONA

1- CASI PECULIARI DI RISARCIMENTO DEL DANNO; 1.1- LA RESPONSABILITÀ MEDICA: CONTRATTUALE O EXTRACONTRATTUALE? INCERTEZZE DI UNA RIFORMA; 1.2- IL DIRITTO ALLA SALUTE: LA MATERIA DEL RISARCIMENTO DANNI IN AMBITO MEDICO; 2. UNA SPECIES DEL PIÙ AMPIO GENUS: IL DANNO PSICHICO 3- IL DANNO TANATOLOGICO; 3.1- APPLICAZIONI PRATICHE DEL DANNO TERMINALE CATASTROFALE: CONSEGUENZE CIVILISTICHE DI UN ECCIDIO MAFIOSO; 3.2. VARIAZIONI SUL TEMA: IL CD. DANNO DA PREMORIENZA. DAL RICONOSCIMENTO GIURISPRUDENZIALE A QUELLO PARANORMATIVO; 3.3 – IL DANNO DA PERDITA DELLA RELAZIONE PARENTALE; 4- IL DANNO DA NASCITA INDESIDERATA; 5- LE TABELLE DI MILANO: L'EVOLUZIONE PARANORMATIVA DEI CRITERI DI LIQUIDAZIONE DEL DANNO ALLA PERSONA.

1. CASI PECULIARI DI RISARCIMENTO DEL DANNO

Si analizzano, di seguito, i settori risarcitori che più di altri hanno subito il rimaneggiamento di dottrina e giurisprudenza, in ragione di contrasti insorti tra sezioni della Corte di Cassazione, poi risolti attraverso un intervento a Sezioni Unite della medesima Corte.

Tra questi, *in primis*, il settore della responsabilità medica, che vede nella legge Gelli²³⁸ una rivoluzione copernicana ad ampio spettro. Anche le categorie del danno terminale catastrofico, tanatologico, da perdita del rapporto parentale e da nascita indesiderata meritano attenzione per l'evoluzione registratasi sul

²³⁸ Legge 8 marzo 2017, n. 24, "Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie". (17G00041) (GU Serie Generale n.64 del 17-03-2017).

punto, se non altro per aver fornito allo studioso del danno non patrimoniale la cifra del mutamento del medesimo all'interno del contesto risarcitorio civile.

1.1. LA RESPONSABILITÀ MEDICA: CONTRATTUALE O EXTRACONTRATTUALE? INCERTEZZE DI UNA RIFORMA

Come sopra anticipato, la legge Gelli-Bianco ha profondamente ridisegnato la disciplina della responsabilità medica, tornando ad includerla, dopo decenni, nell'area della responsabilità extracontrattuale, e scardinando così il sistema di responsabilità da contatto sociale congegnato da una giurisprudenza che sembrava ormai granitica sul punto.

Come noto, infatti, è stata per lungo tempo unanime nella giurisprudenza di Cassazione la voce secondo la quale tutta l'area della responsabilità sanitaria dovesse essere governata dalle regole della responsabilità contrattuale.

In particolare, sentenze che possono tuttora considerarsi recenti²³⁹ hanno introdotto il cd. contratto di "spedalità"²⁴⁰, contratto intercorrente tra l'Azienda ospedaliera e il paziente.

²³⁹ *Ex multis*, Cass. 26 gennaio 2006, n. 1698, in *Danno e resp.*, 2006, 953 ss., con nota di R. BREDI, *Responsabilità del medico e della struttura sanitaria*, Cass. 13/4/2007 n. 8826, Cass. civ., n. 20547/2014, Cass. Civ., n. 18610/2015, Cass. Civ., n. 21177/2015.

²⁴⁰ Come ebbe a sostenere Cass. 13/4/2007 n. 8826, *"L'accettazione del paziente in una struttura deputata a fornire assistenza sanitario-ospedaliera, ai fini del ricovero o di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto di prestazione d'opera atipico di spedalità, in base alla quale la stessa è tenuta ad una prestazione complessa, che non si esaurisce nella effettuazione delle cure mediche e di quelle chirurgiche (generali e specialistiche) già prescritte dall'art. 2 legge n. 132 del 1968, ma si estende ad una serie di altre prestazioni, quali la messa a disposizione di personale medico ausiliario e di personale paramedico, di medicinali, e di tutte le attrezzature tecniche necessarie, nonché di quelle "lato sensu" alberghiere"*.

Invero, il rapporto che si instaura tra l'ente ospedaliero (pubblico o privato) e il paziente ha natura di contratto atipico a prestazioni corrispettive con effetti protettivi nei confronti del terzo²⁴¹. La responsabilità dell'ente nei confronti del paziente ha perciò natura contrattuale, e può derivare, ai sensi dell'art. 1218 c.c., dall'inadempimento delle obbligazioni direttamente a suo carico, nonché, ai sensi dell'art. 1228 c.c., dall'inadempimento della prestazione medico-professionale svolta direttamente dal sanitario, quale suo ausiliario necessario.

La legge Gelli mantiene immutato questo profilo, continuando a considerare il rapporto tra paziente ed ente ospedaliero come un rapporto di natura contrattuale, in specie rispondente al contratto di ospedalità.

Per quanto invece concerne il rapporto tra medico della struttura sanitaria e paziente, lo stesso veniva qualificato, prima della riforma, come prestazione di natura professionale fondata su un'obbligazione nascente in virtù del cd. "contatto sociale qualificato"²⁴².

Con l'espressione contatto sociale, come già specificato²⁴³, si suole indicare un rapporto "sociale" idoneo ad ingenerare l'affidamento dei soggetti coinvolti, in virtù del fatto che si tratti di una relazione cd. "qualificata" dall'ordinamento giuridico, che vi ricollega una serie di doveri di collaborazione e protezione volti alla salvaguardia di determinati beni giuridici.

La violazione di tali doveri determina la responsabilità da contatto sociale qualificato che, ancora una volta, rientra oggi nell'ambito della responsabilità

²⁴¹ Ne consegue, come espresso da Cass. Civ., n. 18610/2015, che *"la responsabilità della casa di cura (o dell'ente) nei confronti del paziente ha natura contrattuale e può conseguire, ai sensi dell'art. 1218 c.c., all'inadempimento della prestazione medico-professionale svolta direttamente dal sanitario, quale suo ausiliario necessario pur in assenza di un rapporto di lavoro subordinato, comunque sussistendo un collegamento tra la prestazione da costui effettuata e la sua organizzazione aziendale, non rilevando in contrario al riguardo la circostanza che il sanitario risulti essere anche di fiducia dello stesso paziente, o comunque dal medesimo scelto"*.

²⁴² Per approfondimenti si rimanda al Cap. III, par. 2 della presente tesi.

²⁴³ Vedi Cap. 3 par. 2.

contrattuale, il ch  ha particolari refluenze sulla distribuzione dei temi di prova in capo alle parti²⁴⁴.

In particolare, l'inclusione della responsabilit  medica nell'alveo di quella contrattuale garantiva maggiore tutela al danneggiato, il quale avrebbe dovuto unicamente fornire la prova dell'esistenza del contratto stipulato con l'Azienda ospedaliera, nonch  del contatto sociale verificatosi con il medico, ed infine l'allegazione del danno subito, che sia effetto dell'inadempimento del contratto o degli obblighi nascenti da contatto.

A seguito della riforma del 2017²⁴⁵, invece, la responsabilit  del medico nei confronti del paziente torna ad essere di natura extracontrattuale, come lo era in passato.

1.2. IL DIRITTO ALLA SALUTE: LA MATERIA DEL RISARCIMENTO DANNI IN AMBITO MEDICO

Il diritto alla salute si inserisce in uno dei settori in cui l'ordinamento, in considerazione dell'utilit  sociale dell'attivit  medica, ancorch  la stessa sia rischiosa, ne autorizza lo svolgimento, prevedendo dei limiti che ne minimizzino la portata di pericolosit . In presenza di superamento del rischio consentito, il medico esercente l'attivit  professionale incorre in responsabilit  medica.

²⁴⁴ Come noto, infatti, la responsabilit  contrattuale presenta un regime civilistico pi  favorevole al danneggiato rispetto a quella extra-contrattuale, e ci  per ragioni legate principalmente alla materia della prova e a quella della prescrizione (che si risolve in cinque anni, nel caso di responsabilit  extra-contrattuale, e in dieci anni, nel caso di quella contrattuale).

²⁴⁵ Ci si riferisce alla legge Gelli-Bianco, l. n. 8.3.2017, n. 24 (Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonch  in materia di responsabilit  professionale degli esercenti le professioni sanitarie).

Nel tempo, numerose e variegata normative si sono susseguite per tentare di fornire al medico e al paziente una disciplina di riferimento²⁴⁶, fino ad approdare alla l. 8.3.2017, n. 24, cd. Legge Gelli-Bianco²⁴⁷, emanata dopo un travagliato *iter* parlamentare, la quale persegue l'obiettivo di una regolamentazione esaustiva ed organica del settore della responsabilità degli operatori sanitari e delle strutture sanitarie e sociosanitarie.

La normativa riprende gli obiettivi perseguiti dalla riforma Balduzzi, in specie quello di contrastare il fenomeno della c.d. medicina difensiva, la quale genera il conseguente fenomeno della *“prescrizione di esami diagnostici inappropriati, con gravi conseguenze sia sulla salute dei cittadini, sia sul l'aumento delle liste di attesa e dei costi a carico delle aziende sanitarie”*²⁴⁸.

L'obiettivo, a ben vedere, è anche quello della riduzione del contenzioso civile in materia risarcitoria, il quale produce annualmente una crescita esponenziale dei costi, generando altresì una condizione di lavoro del sanitario priva della serenità necessaria al medesimo per gestire al meglio la propria attività lavorativa.

Per far ciò, il legislatore ha pensato di riportare la responsabilità del medico nell'alveo di quella extracontrattuale²⁴⁹, notoriamente meno favorevole al danneggiato rispetto a quella contrattuale, e ciò sia dal punto di vista prescrizione che in materia di onere della prova.

Ulteriori novità sono state introdotte dalla novella con il medesimo fine di deflazione del contenzioso: l'istituzione del *“Fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria”*, finanziato attraverso i contributi versati dalle imprese autorizzate allo svolgimento di attività assicuratrice per la

²⁴⁶ Tra tutte, si ricorda la l. 8.11.2012, n. 189, comunemente nota come riforma Balduzzi.

²⁴⁷ Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie.

²⁴⁸ Così parla la relazione illustrativa alla legge di cui in esame.

²⁴⁹ Si analizzano in questa sede le novità della riforma afferenti all'ambito civilistico, trascurando di menzionare i pur notevoli mutamenti che la legge Gelli ha introdotto anche in ambito penalistico.

responsabilità dei danni derivanti dallo svolgimento di attività sanitaria; l'estensione dell'obbligo assicurativo a tutte le strutture sanitarie, sia pubbliche che private, e non più soltanto agli operatori sanitari; l'introduzione di modalità conciliative, quali condizioni di procedibilità della domanda risarcitoria.

Orbene, alcune considerazioni.

A parere della scrivente, l'analisi dell'efficienza di un sistema risarcitorio dovrebbe sempre e necessariamente muovere dalla valutazione dei caratteri precipui del bene la cui tutela è assicurata dal sistema risarcitorio medesimo: nel nostro caso, il diritto alla salute.

Ebbene, la salute è un bene, di fatto e giuridico, coesistente ed inseparabile della persona unitariamente intesa, strumentale alla realizzazione della libertà e dignità dell'uomo, rientrante tra i diritti fondamentali dell'individuo ex art. 2 Cost., nonostante la sua autonoma considerazione da parte dell'art. 32 Cost.²⁵⁰.

E' alla luce di questa definizione che si analizza qui, in particolare, l'articolo 7 della novella sopra citata, il quale opera la distinzione tra responsabilità della struttura sanitaria e responsabilità dell'esercente la professione sanitaria, generando ciò che è già stato più volte indicato come un doppio binario di tutela risarcitoria.

Ed infatti, la struttura sanitaria continuerà a rispondere *ex contractu*, ai sensi degli artt. 1218 e 1228 c.c., per le condotte dolose o colpose degli esercenti la professione sanitaria, della cui opera la struttura si sia avvalsa nell'adempimento della prestazione di cura ed assistenza medica; il sanitario, invece, risponderà ai sensi dell'art. 2043 c.c., e cioè per responsabilità extracontrattuale, non esistendo tra medico e paziente un contratto, come quello che invece esiste tra paziente e struttura ospedaliera²⁵¹.

²⁵⁰ Così PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Esi, 2006, 729, 730.

²⁵¹ Si tratta, come più volte ricordato, del contratto atipico di ospedalità, con il quale la struttura ospedaliera assume l'obbligo di fornire al paziente una serie di servizi, di carattere diagnostico, terapeutico, assistenziale. Tale contratto viene riconosciuto come valevole di produrre i suddetti

Si tratta, a ben vedere, di un ritorno al passato, stante che, tradizionalmente, il medico dipendente rispondeva nei confronti del paziente solo e soltanto per violazione del dovere del *neminem laedere*. L'art. 2043 c.c., invero, veniva integrato con il disposto di cui all'art. 2236 c.c. qualora il medico avesse avuto a doversi confrontare con un problema tecnico di particolare difficoltà, e soprattutto imprevedibile, nel qual caso la norma avrebbe assicurato al medesimo di rispondere per responsabilità nel sol caso di colpa grave.

Tuttavia, il demerito della chiave aquiliana è quello di equiparare il medico a qualsiasi altro danneggiante, al cd. *quisque de populo*. Ed infatti, proprio la responsabilità extracontrattuale è tradizionalmente definita "responsabilità del passante", ad indicare che, non essendosi il danno prodottosi in costanza di contratto, chiunque, il passante appunto, potrebbe essere individuato come danneggiante, come responsabile di un illecito civile. Nella specie, invece, il danneggiante è un soggetto munito di *status* professionale, appartenente ad una delle cd. professioni protette, iscritto ad un albo, dotato di competenze professionali che comportano l'assolvimento di un onere: quello di assurgere ad un grado di diligenza superiore al *quisque de populo* ed allo *standard* medio del *naeminem ledere*.

Ai sensi dell' art. 1176 c.c., comma secondo, infatti, il medico è un debitore qualificato, al quale è imposto il rispetto di quelle regole che, globalmente intese, "*nel loro insieme costituiscono la conoscenza della professione medica*"²⁵².

Proprio da questi rilievi, a suo tempo, muoveva l'esigenza della riforma che dislocò per la prima volta la responsabilità del medico nell'area contrattuale per il tramite della teorica del contatto sociale, rimuovendola dai limbi di quella extracontrattuale.

Perché, allora, la legge Gelli-Bianco cade nella trappola del ricorso storico?

effetti a partire dal 1978, con Cass. Civ., 21.1.21978, n. 6141, in Giur. it., 1979, I, 593. Sul punto, tra le tante, anche Cass. 24.3.1979, n. 1716, in Giur. it., 1981, I, 297; Cass., Sez. Un., 11.1.2008, n. 577, in Giust. civ., 2009, I, 2532.

²⁵² Si esprime in tal maniera Trib. Milano, 11.6.2003, in Giustizia a Milano, 2003, 52.

La ragione, come già accennato, è il tentativo di arginare il dilagante fenomeno della “causa speculativa”, che vedeva milioni di pazienti riversarsi nelle aule di Tribunale per avere risarcite richieste spesso pretestuose. Da qui il cambio di rotta, la netta inversione di tendenza.

Ne vengono meno i seguenti vantaggi prima assicurati al paziente: il termine prescrizione pari a 10 anni, oggi pari a 5; l'onere della prova più vantaggioso (si richiedeva, in specie, la prova dell'esistenza del contratto e la semplice allegazione del danno prodottosi), oggi meno vantaggiosa (il danneggiato è tenuto oggi a provare in giudizio il fatto illecito verificatosi, la circostanza che dal medesimo sia derivato un danno, il nesso causale tra il primo ed il secondo elemento, il dolo o la colpa del medico); il legittimo affidamento assicurato dalla responsabilità da contatto sociale, che garantiva al paziente, e giustamente, la certezza di affidarsi alle mani esperte del sanitario, senza che da ciò potesse mai derivare un danno alla propria persona o al proprio patrimonio.

Ne risulta inoltre pretermessa la valutazione circa la lesione dell'interesse del paziente, meritevole di tutela e rilevante, ad ottenere una condizione di salute migliorativa rispetto a quella posseduta in una fase antecedente alle cure mediche; la nuova disciplina, infatti, fonda infatti il suo perno sul danno, sulla riconducibilità del medesimo al fatto illecito, sulla colpa professionale del medico nel produrlo.

La domanda è d'obbligo. Ne vale la pena?

La risposta va necessariamente fornita avendo chiaro il concetto di salute come elemento che vive in rapporto di stretta coesistenzialità con quella della tutela della persona unitariamente intesa.

Orbene, se vero è che la salute è bene essenziale ai fini della protezione della persona, se vero è che la dignità umana si realizza e diffonde per il tramite della realizzazione e diffusione del bene salute, se vero è, infine, che il bene salute si promuove e tutela attraverso lo strumento risarcitorio, ciò dovrebbe indurre a

ritenere che lo stesso debba essere pensato come mezzo a vantaggio del danneggiato, e non del danneggiante.

Le esigenze, legittime, di deflazione del contenzioso nascono dal cattivo utilizzo del mezzo risarcitorio, che certamente esiste e va considerato, ma che, è certo allo stesso modo, non riguarda la totalità dei pazienti, molti dei quali agiscono in giudizio per vedere ristorate pretese risarcitorie tutt'altro che speculative. La riforma, invece, cancella con un colpo di spugna il vantaggio garantito ai molti per arginare un fenomeno creato da pochi.

Vi è di più.

La riforma elimina il diritto del paziente di affidarsi legittimamente e serenamente alle cure del medico, ciò che invece era consentito in costanza di responsabilità medica da contatto sociale, e ciò in un'ottica di soppressione del fenomeno della medicina difensiva, il quale non consente al medico di agire in condizioni conformi all'importanza del suo incarico. In questo modo, però, e per il bene "superiore" del medico, si finisce per non guardare al bene "superiore" del paziente, il quale si sottopone alle cure mediche di un sanitario, spesso sconosciuto, senza avere nessuna garanzia che da tale sua libera decisione non deriveranno delle conseguenze alla sua integrità psico-fisica, indipendenti ed ulteriori rispetto a quelle relative alla malattia per la quale si è in cura.

Per assicurare la giusta serenità al medico, di fatto, si pretende di rinunciare alla giusta serenità del paziente.

Ancora.

Dei dubbi sorgono in merito alla fattibilità di un sistema prescrizionale che garantisca al paziente un termine di tempo pari a cinque anni, entro i quali il medesimo dovrebbe venire a conoscenza della lesione conseguente alle cure mediche, che spesso non si manifesta in prossimità delle cure medesime, ma in una fase anche di molto successiva, ed accertare altresì che la lesione sia effettivamente legata da nesso causale con il fatto colposo o doloso del sanitario. Tutto ciò, si precisa, deve essere provato in giudizio, ed è qui che sorge il dubbio:

è possibile, per un paziente, provare il danno, il fatto illecito, il nesso causale? Alla domanda, a suo tempo, si rispose di no, e ciò indusse il legislatore a modificare la disciplina della responsabilità medica introducendo un sistema di responsabilità contrattuale, nel quale il tema di prova fosse invertito, e quasi esclusivamente a carico del medico, il quale, per il principio di “vicinanza della prova”, avrebbe meglio potuto provare di essere estraneo ai fatti di danno, e ciò in virtù delle competenze medico-scientifiche dallo stesso possedute, e sconosciute, invece, al paziente. Lo stesso, si trova nella condizione di dover colmare, tutt’un tratto, il gap informativo che lo separa dal medico, e ciò per fornire in giudizio una prova che non gli competerebbe di dover fornire, stante che si tratta prova afferente solo e soltanto al campo professionale del medico. Tutto ciò contrasta, invero in maniera stridente, con le pretese di protezione del soggetto cd. debole che la disciplina previgente, ma forse anche la novella, recano seco, e ciò in ragione della condizione di particolare debolezza del paziente. Lo stesso si trova in una condizione che, a ben vedere, costituisce un *unicum* nel panorama di tutela di soggetti parimenti deboli, sia a livello nazionale che europeo.

Mi riferisco, ad esempio, al consumatore²⁵³, il quale viene definito dalla normativa europea sul punto come soggetto debole rispetto al professionista, soprattutto in considerazione delle differenti competenze che quest’ultimo possiede rispetto al primo, connesse alla sua attività lavorativa ed estranee all’attività lavorativa del consumatore, il quale, in virtù di tale differenza, è tutelato in maniera piena dalla normativa di settore.

Invero, il paziente si trova in una situazione di maggiore debolezza rispetto a quella del consumatore: il primo, versa in una condizione di debolezza fisica data

²⁵³ Decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, emanato ai sensi dell’art. 7 della legge delega 29 luglio 2003, n. 229, relativo al riassetto delle disposizioni vigenti in materia di tutela dei consumatori.

dalla malattia, sia essa più o meno invalidante; il secondo si trova invece in una situazione che potrebbe sfociare in debolezza economica, data dalla stipulazione di un contratto non pienamente favorevole per il consumatore. E' alla luce di siffatte considerazioni che appare d'uopo, ancora una volta, ragionare nei termini dell' emanazione di una disciplina di tutela del paziente che segua la falsariga della disciplina di tutela del consumatore, che sia il prodotto di un intervento europeistico, poi recepito a livello nazionale, interamente pensata e redatta ai fini della migliore tutela del soggetto leso²⁵⁴. Ciò porrebbe fine, di fatto, all'incessante susseguirsi di regolamenti differenti sul punto a livello legislativo, e di differenti linee interpretative a livello giurisprudenziale, con evidente beneficio del paziente, nonché dell'affermazione di quel diritto alla salute la cui tutela è di fatto essenziale alla protezione dell'essere umano.

2. UNA SPECIES DEL PIÙ AMPIO GENUS: IL DANNO PSICHICO

Peculiare sottocategoria del danno biologico²⁵⁵, nonché singolare aspetto del danno non patrimoniale, è il danno psichico²⁵⁶, definito dalla giurisprudenza²⁵⁷

²⁵⁴ Per approfondimenti si veda il prg. n. 1, Cap. IV della presente tesi.

²⁵⁵ Il danno psichico rientra a pieno titolo nella categoria del danno biologico, e ciò è confermato dal legislatore, che con L. 5.3.2001 n.57, nonché con D.L. 23.2.2000 n. 38, definisce il danno biologico come *"la menomazione psico-fisica della persona, comprensiva degli aspetti dinamico-relazionali, suscettibile di accertamento medico-legale"*. Non si parla soltanto di integrità fisica, dunque, ma anche di quella psichica.

²⁵⁶ Cfr. CENDON P., *Il danno psichico*, Key Editore, 2015; AA.VV., *La valutazione del danno psichico nell'infanzia e nell'adolescenza. Danno, pregiudizio e disabilità: aspetti clinici, medico-legali e giuridici*, Giuffrè, 2011; TOPPETTI F., *Il nuovo danno psichico*, Maggioli Editore, 2010; DOMINICI R., *Le menomazioni psichiche nel danno alla persona. Diagnosi, nesso di causalità, valutazione. La*

quale “alterazione patologica delle funzioni psichiche dell’individuo”, o anche quale “compromissione durevole di una o più funzioni della personalità, intellettive, emotive, affettive, volitive, di capacità di adattamento e di adeguamento, di relazionarsi con gli altri, che possono giungere fino a condotte devianti, etero o auto aggressive, e che incide (o non incide) anche sul rendimento lavorativo”²⁵⁸. Tale voce di danno, oltre ad essere ormai pacificamente riconosciuto in giurisprudenza²⁵⁹, trova altresì menzione ad opera del legislatore, che con il D.p.r. 37/2009, indica agli interpreti la necessità di tenere in debito conto i profili psichici del danno biologico.

Lo stesso si distinguerebbe dal danno morale²⁶⁰ che, a contrario, non altererebbe “in senso patologico le funzioni psichiche” del medesimo, pur causando sofferenza al danneggiato²⁶¹.

Trattasi, a ben vedere, di quell’aspetto del danno biologico che prende in considerazione le lesioni all’integrità psichica dell’individuo, conseguenti a danni di natura organica (es. trauma cranico), o anche ad eventi scatenanti la patologia psichiatrica. Come tale, viene individuato soltanto in presenza di una malattia medicalmente accertabile, circostanza questa che lo pone ad un livello diverso e distante rispetto al danno morale²⁶², concepito quale mera sofferenza

perizia, Franco Angeli, 2014;

²⁵⁷ Tra le tante Cass. civ. Sez. III, 4.6.2013, 14040; Stato, Sez. V, 18.1.2006, n. 125, Foro amm. CDS 2006, 1 162.

²⁵⁸ Così Corte Cost. n. 233/2003.

²⁵⁹ Tra le tante, Cass. Civ. n. 13547/2009.

²⁶⁰ Il danno morale è definito dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale quale “*transeunte turbamento dello stato d'animo della vittima*”, Corte Cost. n. 233/2003, *cit.*

²⁶¹ In tal senso si esprime, tra le tante, Cass. civ. Sez. III, 04.06.2013, n. 14040.

²⁶² Di tale differenza danno conto numerose sentenze, tra le quali si menzionano Cass. Civ., Sez. III, 10.2.2003, n. 1937, in Giust. Civ. Mass. 2003, DeG- Dir. E Giust.2003, 11 103; Trib. Venezia, 15.3.2004, Giur. Merito 2004, 2232; Trib. Messina, Sez. I, 28.2.2006, Giurisprudenza locale-Messina, 2006; Cass. civ., Sez. Lav., 12.5.2006, n. 11039, Giust. Civ. Mass. 2006, la quale sostiene che “*il danno morale, per la sua natura, è collegato intimamente alla entità ed intensità della sofferenza*”, e pertanto resta configurabile esclusivamente nei termini di “*mera sofferenza psichica e deve anzi a questa essere esclusivamente ricondotto*” mentre il danno psichico “*non è*

dell'animo, che non arriva a comportare una *"devianza patologica del normale decorso psichico"* del soggetto che si presume danneggiato²⁶³.

Ulteriore differenziazione va operata con riferimento al danno esistenziale, il quale, seppur nella tortuosità della sua elaborazione dottrinarie e giurisprudenziale, viene generalmente ricollegato alla sofferenza dovuta al "non poter più fare", modificando in maniera rilevante le condizioni di vita del danneggiato e diminuendone in modo più o meno ampio la qualità. Orbene, con riferimento a tale distinzione si è avuto a sostenere come mentre il danno esistenziale si configuri in termini di *"compromissione della qualità della vita normale del soggetto o uno stato di disagio psichico che non arriva a configurarsi come un quadro clinico patologico"*²⁶⁴, il danno psichico verrebbe invece ad integrare una lesione che possa certamente definirsi patologica; in altre parole, mentre il danno esistenziale interesserebbe la sfera esterna della vita del soggetto, seppur gravata da ripercussioni derivanti proprio dalla patologia psichica, il danno biologico psichico interesserebbe quella interna, rilevando per il suo risarcimento la presenza di una patologia psichiatrica clinicamente accertabile²⁶⁵. La distinzione ontologica esistente tra i due versanti di danno è dimostrata dal fatto che il danno esistenziale può risarcirsi anche in assenza di un vero e proprio danno psichico, quando le conseguenze psicologiche del danno, pur non avendo prodotto l'insorgere di una malattia psichiatrica, siano

invece configurabile se manchi una lesione dell'integrità psico-fisica secondo i canoni fissati dalla scienza medica". Così anche Cass. Civ. Sez. Lav., 8.3.2006, n. 4980, in Giust. Civ. Mass. 2006, 3; Cass. Civ., Sez. II, 31.5.2003, n. 8827, in Foro.it., 2003, I, 2273.

²⁶³ In questi termini definisce il danno psichico R. MAZZON, *Il nuovo danno non patrimoniale*, cit.

²⁶⁴ PAJARDI, MACRÌ, MERZAGORA BETSOS, *Guida alla valutazione del danno psichico*, Giuffrè Editore, 2006.

²⁶⁵ Cfr. Trib. Pisa, 6.10.2001 in Riv. Critica dir. Lav. 2002, 126; Trib. Ivrea, 22.6.2004, Giur. Merito 2004, 2220; Trib. Bari, 13.5.2004, Giurisprudenza locale-Bari 2004; Trib. Pisa, 25.7.2001, Lavoro nella giur. (II) 2002, 91; Trib. Lecce, 5.10.2001 in Riv. Giur. Circol. Trasp., 2002, 86; Trib. Agrigento, 4.6.2001, Danno e resp., 2002, 58, Giur.it. 2002- Conforme Trib. Locri, 6.10.2000 in Nuova giur. Civ. commentata 2001, I, 667- Conforme: Corte appello Torino, 4.10.2001- Danno e resp., 2002, 151.

comunque state in grado di alterare sensibilmente la qualità della vita del danneggiato, producendo in tal modo un danno esistenziale²⁶⁶.

Orbene, nonostante l'apprezzabile tentativo di perimetrazione operato dalla Corte di Cassazione, e a seguito dai Tribunali italiani, non convince l'idea che esista invero la possibilità di distinguere in maniera netta le tre voci di danno sopra menzionate. Ed infatti, è a ben vedere lo stesso concetto di lesione psichica scientificamente conclamata ad essere oggetto di controversa interpretazione, se consideriamo l'esistenza, da un lato, di una scuola di pensiero conservatrice che vede la psichiatria più come una branca della medicina, di stampo organicistico, e che come tale prende in considerazione soltanto le malattie mentali nosograficamente individuate, e dall'altro la presenza di una concezione della psichiatria progressista, che lavora a quattro mani con la psicologia, e che considera il danno in termini più ampi, come *“menomazione di una o di più funzioni, intese come capacità di instaurare e mantenere positivi rapporti interpersonali, capacità che è venuta meno, a seguito della difficoltà di gestire la sofferenza mentale riattivata o prodotta dall'evento traumatico”*.

Altro ostacolo all'individuazione del danno psichico, è in effetti la circostanza che esista un *“sottile diaframma che separa patologia e fisiologia”*²⁶⁷. In altre parole, quelle di Freud, *“tra lo stato nervoso normale ed il funzionamento nervoso anormale non c'è una distinzione netta”*, ed *“è possibile non riuscire a trovare il tipo che segna la fase di passaggio tra lo stato normale e quello patologico”*²⁶⁸. Il problema è stato evidenziato in dottrina²⁶⁹ sin dagli albori della storia

²⁶⁶ Così è accaduto in Trib. Torino, 21.5.2003, Giur. Merito 2003, 2174, in cui il danno esistenziale è stato ipotizzato (anche se non risarcito per carenza probatoria) con riferimento ad alterazioni della vita quotidiana prodottesi a causa di uno stato d'ansia ingeneratosi nella vittima, che ha a sua volta condotto la medesima all'impossibilità di allontanarsi da casa e di riposare a lungo la mattina nei giorni festivi, come soleva fare prima dell'evento di danno.

²⁶⁷ La considerazione è di MAZZON R., *cit.*

²⁶⁸ FREUD S., *Psicopatologia della vita quotidiana*, Torino, 1901.

²⁶⁹ Cfr. CENDON P., *Il prezzo della follia. Lesione della salute mentale e responsabilità civile*, Bologna, 1984.

giurisprudenziale della nuova figura di danno, laddove si è reso necessario sottolineare il difficile compito cui il giurista è chiamato nell'individuare le caratteristiche tecniche che connotano tale voce di danno, e ciò ai fini di una migliore tutela di tutti gli aspetti della persona umana, che non si esauriscono nella matrice esclusivamente fisica della lesione. Proprio al fine di ottenere maggiore determinatezza nell'individuazione del danno psichico, la giurisprudenza ha optato per il riconoscimento del principio dell'irrilevanza delle concause, previsto dall'art. 43 c.p. e suscettibile di applicazione anche nell'ambito della responsabilità civile, secondo il quale sono irrilevanti, appunto, le concause che concorrano alla formazione del danno psichico, quali ad esempio la predisposizione della vittima ad una sofferenza mentale. In altri termini, solo una causa sopravvenuta ed eccezionale, cronologicamente successiva rispetto al danno, può portare all'interruzione del nesso di causalità tra l'evento lesivo e l'effettiva lesione, la quale invece non produrrà i suoi effetti nel caso in cui si dimostri che la stessa abbia solo contribuito ad accelerare l'eziopatogenesi della malattia²⁷⁰.

Altra questione tuttora irrisolta relativa alla categoria di danno di cui in analisi riguarda l'individuazione di criteri che valgano a riconoscere il danno in maniera certa. Ed infatti, anche il CTU nominato dal giudice, nonostante abbia le competenze per rispondere ai quesiti del medesimo relativi al tipo di alterazioni psichiche presenti nel danneggiato, potrebbe riscontrare difficoltà nell'individuare la patologia, e ciò perché l'evento lesivo produrrà conseguenze diverse in relazione al *background* socio-culturale e affettivo della vittima.

In tale contesto, rivestono primaria importanza i criteri di individuazione del danno. Per esigenze di certezze del diritto e di migliore tutela della vittima dell'illecito, infatti, è auspicabile che tutti i CTU seguano i medesimi criteri di accertamento del danno. In proposito, va menzionato il cd. "Manuale diagnostico

²⁷⁰ Trib. Bolzano, 27.7.1998, Riv. Giur. Circol. Trasp.,1999, 347; Trib. Alba, 9.8.2004 in Resp. Civ. e prev., 2005, 815; Trib. Bologna, 25.11.2005 in Riv.it. medicina legale,2006,3 697.

e statistico dei disturbi mentali”(DSM), completato per la prima volta dall’*American psychiatric Association*, ed ormai giunto alla sua V edizione²⁷¹. Esistono, inoltre, dei criteri medici-legali utili alla valutazione della gravità della malattia fisica e psichica, condensati nelle attuali tabelle medico legali, le quali non sono però stati ritenuti utili al fine della corretta individuazione del danno psichico, perché strutturate come mezzi per la valutazione del danno di tipo fisico. Anche le tabelle ministeriali per i danni c.d. micro permanenti in ambito R.C. auto²⁷² sono state ritenute inidonee a cogliere i profili lesivi della psiche e delle conseguenze sugli aspetti dinamico relazionali comuni e non comuni a tutti²⁷³.

Per far fronte al problema, l’ Ordine degli Psicologi del Lazio, nel 2009, ha conferito ad alcuni suoi esponenti l’incarico per la stesura del documento “*Linee Guida per l’accertamento e la valutazione psicologico-giuridica del Danno biologico-psichico e del Danno da pregiudizio esistenziale*”, utili alla valutazione della gravità del danno psichico, di supporto alle attività professionali degli psicologi e dei consulenti tecnici²⁷⁴. L’elaborazione di tali (ed altri) criteri ha

²⁷¹ La giurisprudenza si è sporadicamente occupata dell’individuazione del metodo scientifico che il CTU dovrebbe utilizzare per l’individuazione della malattia psichica. Così ad esempio Trib. Milano, 4.10.2003, Riv. It. Medicina legale, 2004, ha sottolineato la presenza di “*strumenti scientifici (...) che possono essere utilizzati per tentare di interpretare ed ancorare le vetuste espressioni normative e regole scientifiche protocollate e sostanzialmente condivise dalla scienza psichiatrica*”, riferendosi in tal senso alle classi diagnostiche del DSM.

²⁷² Si tratta di un meccanismo di liquidazione del risarcimento del danno biologico introdotto dall’art. 139 del Codice delle Assicurazioni (d. lgs. n. 209/2005), basato su di una tabella predisposta con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro della salute, di concerto col Ministro del lavoro e delle politiche sociali, della giustizia e delle attività produttive, aggiornata periodicamente secondo gli indici Istat, con decreto emanato annualmente dal Ministero dello sviluppo economico.

²⁷³ In tal senso, ad esempio, Cass. Civ. 11048/2009.

²⁷⁴ *Linee guida per l’accertamento e la valutazione psicologico-giuridica del danno biologico-psichico e del danno da pregiudizio esistenziale predisposizione di una specifica tabella del danno psichico e da pregiudizio esistenziale*, Consiglio dell’Ordine degli Psicologi del Lazio, delibera 30/11/2009. Tali criteri prendono in considerazione non solo i casi di vera e propria patologia psichica, ma anche le ipotesi di “alterazioni della personalità e dell’assetto psicologico, delle

trovato un compiuto riconoscimento legislativo nella L. n. 24 dell' 08.3.2017, in specie nei suoi artt. 5 e 6, i quali individuano le linee guida e buone pratiche clinico-assistenziali che il consulente medico-legale, psicologo e psichiatra dovrà porre in essere in fase periziale²⁷⁵.

Da ultimo, riguardo al tema della corretta individuazione del danno ad opera del CTU, ed in considerazione di una visione odierna della malattia psichiatrica vista quale prodotto multifattoriale, e non quale derivato di un eziopatogenesi esclusivamente organicistica, è auspicabile che il medico legale e lo psichiatra forense, competenti per l'accertamento a carattere clinico medico e non psicologico del danno alla persona, vengano affiancati in fase periziale dallo psicologo forense il quale, a dire del Consiglio dell'ordine degli Psicologi del Lazio, rappresenterebbe la figura specialistica²⁷⁶ *“più idonea alla valutazione del danno psichico e da pregiudizio esistenziale, avendo fra le sue competenze la possibilità di effettuare diagnosi con strumenti di indagine, quali il colloquio clinico e i test appropriati, ai fini dell'accertamento e la valutazione del danno”*.²⁷⁷

Da ultimo, alcune considerazioni appaiono opportune con riguardo all'aspetto della fase liquidatoria della voce “danno psichico”.

In proposito, va innanzitutto ricordato che la medesima, essendo pacificamente ricondotta da dottrina e giurisprudenza nell'alveo del danno biologico, risponderà, ai fini compensatori, ai valori della colonna delle Tabelle di Milano 2018 corrispondente a tale voce di danno. Solo l'applicazione pratica sarà in grado di definire la funzionalità di tale criterio risarcitorio in relazione alla

alterazioni delle relazioni familiari e affettive e delle attività realizzatrici”, suddividendo il danno in fasce di gravità: danno lieve (6-15%), danno moderato (16-30%), danno medio (31-50%), danno grave (51-75%), danno gravissimo (76-100%).

²⁷⁵ Ne discute ZIVIZ P. in *Linee guida e buone pratiche, dalla legge Balduzzi alla riforma Gelli*, in *Ridare.it*, 2017.

²⁷⁶ Se ne trova parziale conferma nel disposto dell'art. 1 della legge n° 56/89, Ordinamento della professione di psicologo.

²⁷⁷ *Linee guida per l'accertamento e la valutazione psicologico-giuridica del danno biologico-psichico e del danno da pregiudizio esistenziale predisposizione di una specifica tabella del danno psichico e da pregiudizio esistenziale*, Consiglio dell'Ordine degli Psicologi del Lazio, *cit.*

peculiare categoria del danno psichico, di più recente conio rispetto a quello fisico, che, come tale, gode di un'evoluzione giurisprudenziale più lunga e cospicua. Tale circostanza conduce alla necessaria conseguenza della inevitabile costruzione delle Tabelle più sul danno fisico che su quello psichico, stante che le medesimo si basano su dei valori monetari individuati per il tramite del monitoraggio dell'atteggiamento risarcitorio che i giudici adottano in fase di definizione del *quantum* risarcitorio.

Infine, va menzionata nuovamente in tale contesto la circostanza che danno psichico, danno morale e danno esistenziale siano distinguibili in maniera soltanto parziale, e per il tramite di un'operazione giurisprudenziale forse in parte non pienamente rispondente alle definizioni mediche e psicologiche odierne. Esistono, ad esempio, spazi di comorbilità psichiatrico-psicologica abitati da una vasta congerie di malattie della mente, caratterizzate da uno spettro di sintomi che non interessano soltanto l'area psichiatrica, ma anche quella psicologica, tanto da essere trattati tramite un approccio congiunto psichiatrico-psicoterapico. In casi di tal fatta, diventa arduo definire se la malattia sia clinicamente afferente all'area della psichiatria, il che condurrebbe ad un danno psichico risarcibile nelle forme del danno biologico, o se la stessa sia di carattere esclusivamente psicologico, come tale probabilmente riconducibile alla sola area del danno morale, categoria questa che, soprattutto a fronte delle ultime novità giurisprudenziali, necessita a fini risarcitori di una prova che potremmo definire quasi diabolica.

3. IL DANNO TANATOLOGICO

Il danno tanatologico, o danno da morte, è quel danno derivante dal decesso di un soggetto a seguito dell'azione lesiva di terzi, la quale produce illecito ai sensi dell'art. 2043 c.c. Ci troviamo, dunque, nell'ambito dei danni non patrimoniali risarcibili in caso di morte della vittima dell'illecito²⁷⁸.

L'avvento giurisprudenziale di tale (relativamente) recente forma di danno discende, secondo la dottrina²⁷⁹, dal rafforzamento dei valori espressi dall'art. 2 della Carta fondamentale²⁸⁰, in relazione all'art. 2059 c.c. Per tale ragione, la giurisprudenza è giunta al risarcimento del bene vita, leso dalla morte dell'individuo dovuta ad evento illecito, sulla scorta della maggiore considerazione che oggi viene fornita, in dottrina ed in giurisprudenza, alla tutela del diritto alla vita.

Al contrario, la risalente e nettamente prevalente giurisprudenza di legittimità²⁸¹ sul punto, aveva affermato in passato il principio di diritto della irrisarcibilità per via ereditaria del danno da morte immediata.

²⁷⁸ Tale voce di danno, definito anche tanatologico, si divide in due macro categorie: danni risarcibili *iure successionis* (tra i quali, *in primis*, il danno terminale, nella sua variante del danno catastrofale), e quelli risarcibili *iure proprio* ai congiunti, quali il danno biologico, il danno da perdita del rapporto parentale.

²⁷⁹ Così, ad es., VIOLA L., TESTINI D. e MARSEGLIA G., "Il danno tanatologico" in Altalex.it.

²⁸⁰ Ci si riferisce alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), in Italia anche nota come Carta di Nizza, proclamata una prima volta il 7 dicembre 2000 a Nizza e una seconda volta, in una versione adattata, il 12 dicembre 2007 a Strasburgo da Parlamento, Consiglio e Commissione Europea. In particolare, si fa menzione dell'art. 2, che proclama il diritto alla vita.

²⁸¹ Cass. Civ., Sez. Un. n. 3475/1925, cui, nel tempo, si sarebbero conformate, tra le tante, anche Cass. n. 2654 del 2012, e n. 13672 del 2010, secondo cui "un diritto di risarcimento può sorgere in capo alla persona deceduta limitatamente ai danni verificatisi dal momento della lesione a quello della morte, e quindi non sorge in caso di morte immediata, la quale impedisce che la lesione si rifletta in una perdita a carico della persona offesa, ormai non più in vita. L'ostacolo a riconoscere ai congiunti un diritto di risarcimento in qualità di eredi non proviene dunque, come pensa il

Tale principio, in particolare, era stato espressamente posto a fondamento della decisione n. 372 del 1994 della Corte Costituzionale²⁸², che aveva escluso profili di illegittimità costituzionale dell'art. 2043 e 2059 c.c., in relazione al c.d. "danno biologico da morte".

La Corte di Cassazione, in tempi più recenti, si è spinta invece a sostenere la trasmissibilità agli eredi del diritto al risarcimento del danno non patrimoniale consistente nella sofferenza morale e biologica verificatasi tra l'infortunio e la morte, distinguendo in particolare tra danno morale terminale, anche detto danno catastrofale o catastrofico, e danno biologico terminale.

In particolare, con la sentenza Scarano²⁸³, che prende il nome dal suo estensore, la Corte di Cassazione, richiamando più volte le sentenze San Martino, definisce la risarcibilità della *"sofferenza psichica di massima intensità, anche se di durata contenuta, nel caso di morte che segua le lesioni dopo breve tempo"*, come danno *"morale inteso nella sua nuova più ampia accezione"*, poi definito dalla giurisprudenza come *"danno da lucida agonia o catastrofale o catastrofico"*.

Si considera, dunque, danno morale terminale, anche detto catastrofale, quel danno non patrimoniale *"conseguente alla sofferenza patita dalla persona"*

giudice a quo, dal carattere patrimoniale dei danni risarcibili ai sensi dell'art. 2043 c.c., bensì da un limite strutturale della responsabilità civile: limite afferente sia all'oggetto del risarcimento, che non può consistere se non in una perdita cagionata dalla lesione di una situazione giuridica soggettiva, sia alla liquidazione del danno, che non può riferirsi se non a perdite. A questo limite soggiace anche la tutela risarcitoria del diritto alla salute, con la peculiarità che essa deve essere ammessa, per precetto costituzionale, indipendentemente dalla dimostrazione di perdite patrimoniali, oggetto del risarcimento essendo la diminuzione o la privazione di valori della persona inerenti al bene protetto".

²⁸² Corte Cost. n. 372 del 1994, in Foro it., 1994, I, 3297, con nota di PONZANELLI G., *La Corte costituzionale e il danno da morte*. La pronuncia rigettava, in riferimento agli artt. 2,3 e 32 Cost., la questione di illegittimità costituzionale degli artt. 2043 e 2059 c.c. nelle parti in cui non consentono il risarcimento del danno per violazione del diritto alla vita. La Corte, in quell'occasione, si era espressa sottolineando un *"limite strutturale della responsabilità civile, nella quale sia l'oggetto del risarcimento che la liquidazione del danno devono riferirsi non alla lesione per se stessa, ma alle conseguenti perdite a carico della persona offesa"*.

²⁸³ La pronuncia è la n. 1361/2014, che in questo aspetto richiama le sentenze S. Martino.

*sopravvissuta per un lasso di tempo apprezzabile in condizioni di lucidità tali da consentirle di percepire la gravità della propria condizione (...)*²⁸⁴.

L'attenzione, in questo caso, è posta non tanto sull'apprezzabile lasso di tempo intercorrente tra l'evento lesivo e la morte della vittima, che pure deve esistere ai fini risarcitori, quanto piuttosto sul grado di sofferenza immane che il danneggiato percepisce durante quella fase di lucida agonia che si concluderà con l'evento letale della propria morte²⁸⁵.

Si distingue invece dal danno morale terminale, o catastrofe, il cd. danno biologico terminale, il quale si riscontra nel caso in cui la vittima sia sopravvissuta *“per un considerevole lasso di tempo ad un evento poi rivelatosi mortale”*, con conseguente *“lesione della propria integrità psico-fisica autonomamente considerabile come danno biologico”*, pertanto accertabile tramite valutazione medico-legale, e liquidabile, ai tempi del pronunciamento citato, per il tramite dei criteri in uso per la liquidazione del danno biologico²⁸⁶.

La distinzione è stata ribadita di recente dalla Corte di Cassazione, la quale ha sostenuto che *“in termini di danno morale terminale o da lucida agonia o catastrofe o catastrofico, subito dalla vittima per la sofferenza provocata nel consapevolmente avvertire l'ineluttabile approssimarsi della propria fine, assume rilievo il criterio dell'intensità della sofferenza provata, a prescindere dall'apprezzabile intervallo di tempo tra lesioni e decesso della vittima. Per converso, in ipotesi di morte cagionata dalla lesione, allorquando come nella specie tra lesioni colpose e la morte intercorre un 'apprezzabile lasso di tempo' (nel caso 10 giorni), è invero risarcibile il danno biologico terminale (...)*²⁸⁷.

²⁸⁴ Cfr. Cass. Civ. n. 7126/2013.

²⁸⁵ La giurisprudenza ha più volte definito questo stadio di lucida agonia, discutendo ad esempio di *“sofferenza patita dalla vittima che sia rimasta lucida durante l'agonia, in consapevole attesa della fine”*. Cfr. per tutte Cass. Civ. n. 458/2009; n. 8360/2010; n. 4783/2001.

²⁸⁶ Così Cass. n. 7126/2013.

²⁸⁷ Cass. Civ. n. 21060/2016.

In altre parole, se nel primo caso il presupposto del danno sarebbe l'intensità massima della sofferenza psichica, causata dalla consapevolezza ingeneratasi nel danneggiato dell'imminenza della propria morte, nel secondo caso tale presupposto si rinverrebbe nell'elemento dell' "apprezzabile lasso di tempo", il quale, essendo appunto apprezzabile, condurrebbe il danneggiato ad interiorizzare in maniera talmente consapevole la propria fine prossima da provocare, tale circostanza, degli effetti lesivi sull' integrità psico-fisica del medesimo, come tali risarcibili nelle forme del danno biologico.

Le voci di danno sopra descritte sono state ampiamente criticate dalla dottrina, la quale ha parlato di *escamotages* interpretativi volti a superare le iniquità che la irrisarcibilità del danno tanatologico avrebbe comportato, essendo la perdita della vita una lesione di importanza tale da essere ristorata "a prescindere dalla consapevolezza che il danneggiato ne abbia, anche in caso di morte cd. immediata o istantanea, senza che assumano pertanto rilievo né il presupposto della persistenza in vita per un apprezzabile lasso di tempo successivo al danno evento né il criterio dell'intensità della sofferenza subita dalla vittima per la cosciente e lucida percezione dell'ineluttabile sopraggiungere della propria fine"²⁸⁸.

Fino al 2014, dunque, il danno tanatologico (nelle sue forme di danno morale terminale e di danno biologico terminale), veniva considerato certamente risarcibile, in alcuni casi anche a prescindere dall'avverarsi degli stessi presupposti che ne avevano costituito le primarie caratteristiche al momento della sua iniziale teorizzazione, e ciò sulla scorta della premessa secondo cui "la perdita della vita non può lasciarsi, invero, priva di tutela (anche) civilistica", e ciò

²⁸⁸ Così si esprimeva nel non lontano 2014 la Corte di Cassazione n. 1361, sostenendo ancora che "il diritto al ristoro del danno da perdita della vita si acquisisce dalla vittima istantaneamente al momento della lesione mortale, e quindi anteriormente all'exitus, costituendo ontologica, imprescindibile eccezione al principio dell'irrisarcibilità del danno-evento e della risarcibilità dei soli danni conseguenza, giacché la morte ha per conseguenza la perdita non già solo di qualcosa bensì di tutto, non solamente di uno dei molteplici beni, ama del bene supremo della vita; non già di qualche effetto o conseguenza, bensì di tutti gli effetti e conseguenze, di tutto ciò di cui consta(va) la vita della (di quella determinata) vittima e che avrebbe continuato a dispiegarsi in tutti i molteplici effetti suoi propri se l'illecito non ne avesse causato la soppressione".

poiché "il diritto alla vita è altro e diverso dal diritto alla salute", cosicché la sua risarcibilità "costituisce realtà ontologica ed imprescindibile eccezione al principio della risarcibilità dei soli danni conseguenza". Tale decisione, facendo proprie alcune indicazioni provenienti da quella parte della dottrina²⁸⁹ a favore del risarcimento del danno c.d. tanatologico, intendeva così superare l'adozione di qualsiasi criterio di individuazione del danno ai fini dell'acquisizione di un diritto trasmissibile *iure successionis*, fosse tale criterio da rinvenire nell'apprezzabile periodo di lucidità e coscienza nella vittima del sinistro, o nella massima intensità del danno psichico conseguente alla consapevolezza della morte imminente.

A criticare tale pronunciamento intervenivano i negazionisti, sulla scorta delle seguenti ragioni: garantire il ristoro della perdita della vita comporta la necessità ontologica di risarcire un danno evento, e non conseguenza, come S. Martino impone invece. Si ribadiva criticamente, a tal proposito, la considerazione secondo cui i danni terminali (biologico e morale) fossero "frutto di acrobazie logiche e concettuali e di intenzioni sostanzialmente compensative della totale assenza di risarcimento per la perdita della vita"²⁹⁰. Rispondeva la linea giurisprudenziale favorevole al risarcimento del danno tanatologico, sostenendo come il principio della esclusiva risarcibilità del danno conseguenza "non appare di per sé idoneo ad escludere la ristorabilità del danno da perdita della propria vita. Tale perdita non ha invero, per antonomasia, conseguenze inter vivos per l'individuo che appunto cessa di esistere, ma ciò non può e non deve tuttavia condurre a negarne in favore del medesimo il ristoro, giacché la perdita

²⁸⁹ Cass. Civ., Sez. Un., 22.7.2015, n. 15350, in Foro.it, 2015,I, 2682, con note di PALMIERI-R. PARDOLESI A., *Danno da morte: l'arrocco delle sezioni unite e le regole (civilistiche) del delitto perfetto*; in Giur.it 2015, 2063 ss. con nota di P. VALORE, *Le Sezioni unite confermano l'irrisarcibilità agli eredi del c.d danno "tanatologico"*; In Danno e resp. 2015,889 e ss., con note di CARBONE V., *Valori personali ed economici della vita umana*; in Nuova Giur. Comm., 2015,I, 1008 con commenti di D'ACUNTO L., *Le sezioni unite riaffermano l'irrisarcibilità iure hereditatis del danno da perdita della vita*.

²⁹⁰ Così si esprimeva, in particolare, Cass. Civ. 7126/2013, cit.

*della vita, bene supremo dell'uomo e oggetto di primaria tutela da parte dell'ordinamento, non può rimanere priva di conseguenze anche sul piano civilistico*²⁹¹.

Il contrasto di giurisprudenza così generatosi ha indotto la Terza Sezione a rimettere gli atti al Primo Presidente della Corte di Cassazione, perché valutasse l'esigenza di investire le Sezioni Unite, al fine di definire e precisare il quadro della risarcibilità del danno non patrimoniale, già delineato nel 2008 con le sentenze di San Martino²⁹², alla stregua degli ulteriori contributi di riflessione, tra loro discordanti, offerti dalle Sezioni semplici sul tema del diritto alla risarcibilità *iure successionis* del danno da morte immediata.

Le SS.UU., con sentenza del 2015²⁹³, si allineano alla risalente e nettamente prevalente giurisprudenza di legittimità²⁹⁴, “cestinando” in un attimo la sentenza Scarano e tutta la linea giurisprudenziale che dalla medesima è derivata, con la seguente affermazione: “*nel caso di morte immediata o che segua entro un brevissimo lasso di tempo alle lesioni si ritiene che non possa essere invocato un diritto al risarcimento del danno iure hereditatis*”.

²⁹¹ Così Cass. 1361/2014, *cit.*

²⁹² La questione è stata esaminata *funditus* nelle decisioni n. 26972, 26973, 26974 e 26975 del 2008, con le quali le Sezioni Unite, chiamate a dare risposta ad un coacervo di quesiti posti dall'ordinanza di rimessione n. 4712 del 2008, hanno avuto a negare, nel caso di morte immediata o intervenuta a breve distanza dall'evento lesivo, il risarcimento del danno biologico per le perdita della vita. D'altra parte, la stessa pronuncia ammette invece il risarcimento nel caso di perdita della salute solo se il soggetto sia rimasto in vita per un lasso di tempo apprezzabile, e ciò in ragione della sofferenza fisica e psichica, di massima intensità, anche se di durata contenuta, che il soggetto patisce nel caso di morte che segua le lesioni dopo breve tempo. Tale sofferenza, non essendo suscettibile di degenerare in danno biologico, e ciò in ragione del limitato intervallo di tempo tra la lesioni e la morte, non può che essere risarcita come danno morale, in specie come danno morale terminale. Sostenevano infatti le sentenze S. Martino, che “*il danno non patrimoniale, anche quando sia determinato dalla lesione di diritti inviolabili della persona, costituisce danno conseguenza (Cass. n. 8827 e n. 8828/2003; n. 16004/2003), che deve essere allegato e provato.*”

²⁹³ Cass. Civ. Sez. Un., 15350/2015.

²⁹⁴ Cass. Civ., n. 1704/1997; n. 6404/1998; n. 491/1999; n. 13336/1999; n. 887/2002; n. 9620/2003; n. 4754/2004; n. 15404/2004; n.517/2006 e, da ultimo, n. 26972, 26973, 26974 e 26975 del 2008.

Secondo la Suprema Corte, infatti, il diritto al risarcimento dei danni derivanti dalla morte decorre dal momento in cui sono provocate le lesioni, e si prolunga sino a quello della morte conseguente alle lesioni medesime; pertanto, nel caso di morte immediata, o che segua entro brevissimo lasso di tempo le lesioni, si ritiene che non possa invocarsi un diritto al risarcimento del danno *iure hereditatis*. Ed infatti, se i danni discendono dalla lesione, essi rientrano nel patrimonio del lesionato solo in quanto e fin quando lo stesso sia in vita.

Una volta sopravvenuto il decesso, cessa anche la capacità di acquistare un credito risarcitorio, che presuppone, comunque e necessariamente, l'esistenza di un soggetto di diritto.

Le considerazioni della Corte muovono dal seguente assunto: la vita è un bene meritevole di tutela nell'interesse della collettività. La perdita del bene vita, tuttavia, non consente il risarcimento del danno non patrimoniale in favore del suo titolare, e ciò per il venir meno del soggetto nel momento stesso in cui sorgerebbe il credito risarcitorio. Si tratterebbe, dunque, di un diritto adespota, poiché nel momento in cui si concretizza il pregiudizio l'unico legittimo titolare viene a mancare²⁹⁵.

Il danno tanatologico non è pertanto risarcibile, e non è parimenti ammissibile il principio Scarano, secondo il quale il danno da perdita della vita si acquisirebbe istantaneamente al momento dell'evento lesivo, ponendosi come eccezione al principio della risarcibilità dei danni conseguenza. Secondo Cassazione 2015, *“l'ipotizzata eccezione alla regola sarebbe di portata tale da vulnerare la stessa attendibilità del principio e, comunque, sarebbe difficilmente conciliabile con lo stesso sistema della responsabilità civile, fondato sulla necessità ai fini risarcitori del verificarsi di una perdita rapportabile a un soggetto (...)”*.

I contenuti delle Sezioni Unite 2015 sono stati più volte ribaditi. Ciò è avvenuto ad esempio, nel 2016²⁹⁶, quando la Corte Suprema ha sostenuto che *“il materia*

²⁹⁵ Così MARIANO G., in *“Il danno tanatologico: possibilità risarcitorie”*, in *Salvis Juribus*, 2017.

²⁹⁶ Cass. Civ. n. 5684/2016.

di danno non patrimoniale, in caso di morte cagionata da un illecito, il pregiudizio conseguente costituito dalla perdita della vita, bene giuridico autonomo rispetto alla salute, fruibile solo in natura dal titolare, è insuscettibile di essere reintegrato per equivalente, sicché ove il decesso si verifichi immediatamente o dopo brevissimo tempo dalle lesioni personali, deve escludersi la risarcibilità iure hereditatis di tale pregiudizio, in ragione, nel primo caso, dell'assenza del soggetto al quale sia collegabile la perdita del bene e nel cui patrimonio possa essere acquisito il relativo credito risarcitorio, ovvero, nel secondo, della mancanza di utilità di uno spazio di vita brevissimo". Ancora, gli stessi principi sono stati ribaditi nel 2017²⁹⁷, quando la Corte ha confermato le statuizioni delle Sezioni Unite in un caso di richiesta di risarcimento del danno tanatologico operata dagli eredi della vittima di un sinistro stradale. La Corte, citando l'art. 2 comma 2 c.c., ha sostenuto che il presupposto per acquisire il diritto alla reintegrazione della perdita subita è la capacità giuridica, individuabile soltanto in un soggetto esistente, dunque in vita. Essendo il danno tanatologico un danno conseguente alla perdita del bene vita, lo stesso non potrebbe essere rimborsato in caso di morte verificatasi immediatamente dopo le lesioni. In particolare, nel caso di specie, il lasso di tempo intercorso tra la lesione (l'incidente stradale) e la morte

²⁹⁷ Cass. Civ. n. 22451/2017, secondo la quale *"alla vittima può essere risarcita la perdita di un bene avente natura non patrimoniale, nella misura in cui la stessa sia ancora in vita: presupponendo la vicenda acquisitiva del diritto alla reintegrazione della perdita subita la capacità giuridica riconoscibile soltanto ad un soggetto esistente (articolo 2 c.c., comma 1). I danni non patrimoniali risarcibili alla vittima, trasmissibili 'iure hereditatis', possono pertanto consistere: a) nel 'danno biologico' (cd. 'danno terminale') determinato dalla lesione al bene salute quale danno-conseguenza consistente nei postumi invalidanti che hanno caratterizzato la durata concreta del periodo di vita del danneggiato dal momento della lesione fino all'exitus: l'accertamento del danno-conseguenza è questione di fatto e presuppone che le conseguenze pregiudizievoli si siano effettivamente prodotte, necessitando a tal fine che tra l'evento lesivo e il momento del decesso sia intercorso un 'apprezzabile lasso temporale'; b) nel 'danno morale cd. soggettivo' (cd. 'danno catastrofale'), consistente nello stato di sofferenza spirituale od intima (paura o patema d'animo) sopportato dalla vittima nell'assistere al progressivo svolgimento della propria condizione esistenziale verso l'ineluttabile fine-vita: anche in questo caso, trattandosi di danno-conseguenza, l'accertamento dell' 'an' presuppone la prova della 'cosciente e lucida percezione' dell'ineluttabilità della propria fine".*

aveva avuto una durata di quattro ore, tempo ritenuto dalla Corte troppo breve ai fini risarcitori. Inoltre, non vi era prova, nel caso di cui in analisi, che la vittima avesse mantenuto uno stato che potesse almeno qualificarsi anche in maniera parziale come stato di coscienza, ragione che ha ulteriormente indotto i giudici di legittimità a confermare il pronunciamento della Corte d'Appello.

Orbene, alcune considerazioni di segno contrario si mostrano necessarie, anche se nettamente contrastanti con un filone giurisprudenziale che sembra ormai solido e ben congegnato.

Ed infatti, il ragionamento delle Sezioni Unite appare, a chi scrive, come una contraddizione in termini.

Se è vero che il danno tanatologico è stato introdotto dalla giurisprudenza tra le voci di danno risarcibili ai fini di una maggiore e più completa tutela del diritto alla vita, non si comprende allora come la tutela di tale diritto si fermi di fronte ad un ragionamento, a ben vedere, circolare. Ritenere, infatti, irrisarcibile il bene giuridico della vita, in conseguenza del danno da morte, perché manchi la vita stessa del soggetto danneggiato, significa giungere a conclusioni paradossali, peraltro non condivisibili neanche da un punto di vista strettamente tecnico.

Ed infatti, la Corte sembra mettere insieme due presupposti, fondendoli in un *unicum*.

Potrebbe ritenersi condivisibile l'idea secondo la quale è risarcibile il solo danno da morte consistito nella sofferenza fisica e psichica del soggetto, il quale abbia lucidamente atteso la propria morte per un lasso di tempo significativo, e non invece il caso dell'individuo che, tra le lesioni e la morte, non abbia mantenuto uno stato di coscienza, o che abbia versato in questo stadio di vita terminale per un lasso di tempo poco duraturo. Se, infatti, il danno che si risarcisce è l'agonia dell'individuo, consapevole di trovarsi ad uno stadio terminale della propria vita, ragionevole appare che tale agonia sia effettivamente provata in giudizio.

Non appare invece in alcun modo condivisibile la tesi negazionistica del risarcimento fondata sulla ragione impeditiva del "diritto adespota": il danno

non sarebbe risarcibile perché, nel momento stesso in cui interverrebbe il risarcimento, sarebbe già mancante il titolare di tale diritto risarcitorio, morto a seguito ed a causa delle lesioni.

Appare all'uopo preliminarmente opportuno chiarire quale sia il bene giuridico che possa dirsi inciso dall'illecito civile: se tale bene giuridico è la lucida agonia, come le considerazioni suesposte, mutate dal ragionamento della Corte, sembrano lasciar intendere, non rileva in alcun modo il dato della conseguente morte del danneggiato. Anzi, la morte del medesimo dovrebbe essere considerata presupposto necessario del risarcimento, stante che senza morte non vi sarebbe la antecedente lucida agonia della vittima, né vi sarebbe uno stadio terminale di vita; non vi sarebbe, in ultima analisi, nulla da risarcire.

Se invece il bene risarcibile è la morte stessa, il paradosso appare ancora più eclatante. Come può tutelarsi il bene giuridico della vita, in presenza di morte intervenuta a seguito di un illecito, escludendo il risarcimento in caso di morte?

Infine, stante che l'eventuale risarcibilità del danno si realizza ai sensi e per gli effetti dell'art. 2043 c.c., le parole della Corte possono essere smentite come segue: la norma in oggetto ritiene necessaria, ai fini del risarcimento del danno, l'integrazione dell'elemento soggettivo (dolo o colpa del danneggiante), del fatto illecito, del danno in capo al legittimato (elemento oggettivo), nonché del nesso causale tra il primo ed il secondo elemento, non specificando però che la presenza di dette condizioni debba necessariamente essere considerata in termini di puntuale coesistenza.

Nel momento in cui l'illecito si verifica (con realizzazione, quindi, dell'evento doloso o colposo di danno, del danno in capo alla vittima, prodotto del primo elemento e causalmente collegato al medesimo), tutti gli estremi di cui all'art. 2043 c.c. risultano perfettamente integrati, e la pretesa risarcitoria già legittima. A nulla rileva, a parere di chi scrive, che in un secondo momento la vittima dell'illecito venga a mancare, tanto più che la stessa non è neanche legittimata attivamente all'azione di risarcimento, trattandosi di danno *iure successionis*.

Quanto, infine, alla mozione negazionista secondo cui risarcire la perdita della vita corrisponderebbe a risarcire un danno evento, si rimanda integralmente alle considerazioni fatte sul punto nel primo capitolo della presente tesi²⁹⁸.

Orbene, alla luce delle statuizioni della Corte di Cassazione, le tabelle di Milano 2018 hanno introdotto tra le voci di danno quella del danno tanatologico, indicando in tabella appositi criteri risarcitori. I lavori dell'Osservatorio, in questo caso, sono partiti dall'analisi di un campione statisticamente rilevante di pronunce giurisprudenziali, a seguito della quale si è potuto appurare che la morte di un soggetto che ne percepisce l'imminenza, sopravviene generalmente entro 7 giorni dall'evento lesivo. Le tabelle comprendono, pertanto, un valore risarcitorio cd. "pozzetto" per i primi tre giorni di sopravvivenza, fase in cui non si distingue tra danno biologico terminale e danno catastrofale; superato tale termine, il danno biologico terminale assume una autonoma rilevanza, meritando l'indicazione di una posta risarcitoria autonoma²⁹⁹. I criteri tabellari, anche in questo caso, garantiscono un risultato di importante rilevanza pratica: si evita, infatti, che il giudice decida sulla posta risarcitoria in base ad un criterio di equità pura, offrendo alla giurisprudenza un mezzo che garantisca "*uniformità di giudizio a fronte di casi analoghi*"³⁰⁰. Le tabelle relative al danno tanatologico, nonostante siano state pubblicate nel Marzo del 2018, hanno già avuto una loro cospicua applicazione in ambito giurisprudenziale³⁰¹.

²⁹⁸ Ci si riferisce, in particolare, al prg. 8 del cap. I, dal titolo "*Eventismo, consequenzialismo, paraeventismo*".

²⁹⁹ SPERA D., *Tabelle milanesi 2018 e il danno non patrimoniale*, cit.

³⁰⁰ Così Cass. Civ. n. 12408/2011.

³⁰¹ Si cita, ad esempio, Trib. Pavia, n. 11/2017; Trib. Napoli, n. 7968/2017; Trib. Napoli, n. 5156/2017; Trib. Bologna, n. 20018/2017; App. Napoli, n. 589/2017.

3.1 APPLICAZIONI PRATICHE DEL DANNO TERMINALE CATASTROFALE: CONSEGUENZE CIVILISTICHE DI UN ECCIDIO MAFIOSO

Si analizzano in questa sede le criticità che si celano dietro l'applicazione pratica della categoria risarcitoria del danno terminale catastrofico nel caso di risarcimento del danno che si renda necessario per effetto di un eccidio di stampo mafioso.

La *ratio* dell'analisi sta nella volontà di verificare se, in questi particolari casi, le formule risarcitorie menzionate, ed i criteri di liquidazione del danno adottati in sede civile, valgano a garantire alla vittima della mafia, nonché ai suoi parenti ed eredi, l'integrale ed effettiva compensazione del danno subito, o se invece il principio di integrale riparazione ceda il passo ad un tentativo di *reductio ad unum* delle possibili voci di danno.

Va svolta in proposito una preliminare e doverosa considerazione: eventi cruenti ed efferati come l'uccisione dei Giudici Falcone e Borsellino e, in generale, di tutte le vittime della mafia, non potranno mai essere "integralmente" compensati da una somma di denaro³⁰²; tuttavia, il riconoscimento, seppure a fini risarcitori, delle sofferenze morali, psicologiche ed esistenziali patite dalle vittime di mafia può servire a garantire alle stesse un risultato pratico di grande valore: il riconoscimento della verità.

Per rendere appieno l'idea dell'importanza della valutazione di cui in analisi, si guardi alla decisione giudiziale del 4 luglio 2007³⁰³ e, in particolare, al profilo più ricco di criticità di tale pronuncia, rappresentato proprio dal c.d. danno

³⁰² Lo ribadì anche il Tribunale di Palermo con la sentenza del 4 luglio 2007, in www.personaedanno.it, DR. 2008, 5,571 con nota di MARIANI C., "Mors omnia solvit: la questione della risarcibilità dei «danni da morte». Note a margine delle sentenze Borsellino e Cassarà", in Giureta.it, Rivista di diritto dell'economia, dei trasporti e dell'ambiente, vol. VI, anno 2008, relativa all'azione risarcitoria avanzata in sede civile dalla moglie e dai figli del Giudice Borsellino.

³⁰³ Trib. Palermo, 4 luglio 2007, *cit.*

catastrofico. Quest'ultimo, definito più volte in giurisprudenza quale sofferenza psichica patita dal soggetto che attende lucidamente la propria morte³⁰⁴, trova un suo compiuto riconoscimento anche a livello psichiatrico³⁰⁵.

Nel giudizio Borsellino, gli eredi articolavano in proposito la richiesta di risarcimento del danno catastrofale³⁰⁶, oltre a domandare il risarcimento per il danno morale, biologico, esistenziale e parentale.

Il Tribunale di Palermo ha ritenuto di dover ricondurre il danno catastrofico nell'alveo di quello parentale³⁰⁷, e ciò sulla scorta dell'assunto secondo il quale il danno lamentato dalla vittima coinciderebbe in tutto e per tutto con il danno lamentato dal parente della medesima, consistente nella morte di un prossimo congiunto.

Nella sentenza in commento, dunque, il danno invocato quale sofferenza catastrofale subita dalla vittima è stato risarcito quale danno *iure proprio* dei congiunti, in quanto danno alla relazione tra la vittima e i congiunti stessi, consistente "*nella lesione del progetto di vita al quale entrambe le parti della relazione legittimamente aspiravano*"³⁰⁸.

A ben vedere le due situazioni, e dunque i due beni della vita lesi, non risultano affatto sovrapponibili.

Ed infatti Paolo Borsellino aveva realisticamente presagito (soprattutto a seguito dell'uccisione dell'amico e collega Falcone) il sopraggiungere della propria imminente fine, e proprio per questo aveva preso la straziante decisione di

³⁰⁴ Così Cass. 4783/200; Cass. 11601/2005; Cass. n. 517/2006.

³⁰⁵ La psichiatria nordamericana menziona il danno terminale nel DSM III- Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali- includendolo tra gli eventi psicosociali stressanti come danno di sesto livello, il livello più elevato della scala di valutazione del manuale.

³⁰⁶ Chiedevano, in particolare, il risarcimento del "(...) danno catastrofico, spettante sempre a titolo ereditario, per la piena consapevolezza da parte del Giudice della prossima morte a partire dall'omicidio del giudice Falcone, circostanza che lo aveva indotto ad allontanarsi dai figli, in modo che soffrissero meno la sua prematura scomparsa (...)".

³⁰⁷ Per approfondimenti sul danno da perdita del rapporto parentale si rinvia al prg. 2.1. del presente Cap.

³⁰⁸ Trib. Palermo, 4 luglio 2007, *cit.*

allontanarsi dai figli e dalla moglie, sia fisicamente che affettivamente, nell'intento di rendere loro meno doloroso il distacco. Tale immane sofferenza psicologica, che risulta persino difficile immaginare, non trova compensazione e tutela nella decisione del Tribunale, e ciò sulla scorta della motivazione secondo cui *“nello stesso momento in cui è un danno per il padre, è un danno anche per i figli, privati dell'affetto del padre, e per la moglie, costretta ad assistere allo strazio interiore del marito”, definendo dunque la possibilità di concedere tutela risarcitoria al danno catastrofico quale “inutile e illegittima duplicazione della stessa voce di danno”*³⁰⁹.

A ben vedere, la Suprema Corte avrebbe dovuto riconoscere, da un lato, il danno in capo ai figli e alla moglie del Giudice, privati anzitempo dell'amore della figura parentale, e, dall'altro, avrebbe dovuto dare conto della lenta agonia, amplificata dal riverbero sociale, che Borsellino ebbe a subire sentendosi *“un morto che cammina”*³¹⁰.

Il tentativo di unificare sotto un'unica voce di danno tutte le conseguenze pregiudizievoli che scaturiscono dalla fattispecie dell'omicidio doloso del Giudice risulta maldestro, e fondato su di un percorso argomentativo talmente artificioso da non lasciare il giusto spazio ad una motivazione delle spinte negazioniste in tal senso.

La decisione in commento si inserisce nella tendenza, tutta giurisprudenziale, di voler arginare il fiume incessante di liti bagatellari³¹¹, riversatosi nelle aule dei Tribunali italiani a seguito della lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., in costanza della quale la Cassazione³¹², con un intervento criticabile, ha preferito sondare il terreno di una tendenziale *reductio ad unum* delle varie sottocategorie del danno non patrimoniale. Lo ha fatto sostenendo come queste

³⁰⁹ Trib. Palermo, 4 luglio 2007, *cit.*

³¹⁰ Lo dichiarò lo stesso Borsellino il 25 giugno 1992, quando intervenne ad un dibattito organizzato dalla rivista MicroMega, presso l'atrio della Biblioteca Comunale di Palermo.

³¹¹ Liti consistenti in disagi, fastidi, disappunti, ansie ed in ogni altro tipo di insoddisfazione.

³¹² Cass. Civ., Sez. Un., n. 26972/2008 ss..

ultime abbiano una finalità esclusivamente descrittiva: solo in tal senso andrebbero intese, secondo la Suprema Corte, le distinte denominazioni di danno morale, biologico, danno da perdita del rapporto parentale, danno tanatologico e così via³¹³.

Orbene, se è certamente vero che pregiudizi identici non possono chiamarsi con nomi diversi ed essere perciò liquidati due volte, è però parimenti vero che il giudice, lungi dal seguire categorizzazioni astratte e meramente descrittive, dovrebbe accertare in concreto cosa il danneggiato abbia perduto, come lo abbia perduto e per quanto tempo.

A modo di vedere di chi scrive, contrastano con tale sacrosanta prassi due diversi “atteggiamenti giudiziali”: da un lato, la sbrigativa tendenza alla riduzione delle fonti di danno, per scongiurare sul nascere la possibilità di una duplicazione delle stesse, il più delle volte senza un adeguato corredo motivazionale volto a giustificare l’atteggiamento negazionistico; dall’altro, la monetizzazione standardizzata del risarcimento del danno non patrimoniale, operante in base all’automatismo tabellare³¹⁴, che non trovi poi riscontro in una congrua personalizzazione della quantificazione del danno, non fosse altro che per dare il giusto risalto alle conseguenze peculiari di ogni singolo caso di lesione di un bene della vita.

Con riferimento alla quantificazione di danni non patrimoniali conseguenti ad eccidi mafiosi, ad esempio, il giudice dovrebbe aver sempre cura di guardare alle tabelle milanesi solo come riferimento di base, per poi adeguare la misura della liquidazione in considerazione della particolare sofferenza che, a parità di postumi, fa della vittima di mafia un *unicum* rispetto al resto dei soggetti che subiscono una lesione dei medesimi beni.

³¹³ Così, tra tutte, Cass. Civ., Sez. Un., n. 26972/2008, *cit.*

³¹⁴ Le tabelle per l’anno 2018, in vigore al momento attuale, sono state diffuse sono state diffuse in data 14 marzo 2018 dall’Osservatorio sulla Giustizia Civile di Milano.

Va, in altre parole, valutata la sofferenza del soggetto nel caso concreto: è morale catastrofica tanto il danno subito dalla vittima di un incidente stradale, da subito consapevole della gravità delle sue condizioni e dell'inevitabilità delle conseguenze, quanto il danno subito dalle vittime della mafia, costrette a convivere, anche per mesi, con il pesante fardello di una condanna a morte.

L'operazione cui si tende, si badi bene, non è volta al riconoscimento di più fonti di danno ai fini dell'ottenimento di un incremento della somma di denaro liquidata a titolo di risarcimento. Si tratta, piuttosto, di riconoscere quelle fonti di danno per ottenere giustizia, perché il leggerle nero su bianco, lì, nella sentenza, possa servire a ridare dignità alle varie sofferenze ingiustamente patite.

3.2. VARIAZIONI SUL TEMA: IL CD. DANNO DA PREMORIENZA. DAL RICONOSCIMENTO GIURISPRUDENZIALE A QUELLO PARANORMATIVO.

Con la locuzione “danno da premorienza”, o anche “danno biologico intermittente”, ci si riferisce a quel pregiudizio al bene salute intercorrente nel lasso di tempo tra il verificarsi del fatto illecito provocante il danno, e la morte del danneggiato per cause estranee al medesimo.

Come sottolineato dalla stessa Corte di Cassazione, la soluzione giurisprudenziale si colloca nell'alveo, invero non degno di particolari dimensioni, della giurisprudenza di legittimità in tema di risarcimento del danno non patrimoniale da fatto illecito, in specie del risarcimento di quei particolari casi in cui *“al momento della liquidazione del danno biologico, la persona offesa sia deceduta per una causa non ricollegabile alla menomazione risentita in*

conseguenza dell'illecito"³¹⁵. In tali occasioni, a dire della Corte, *"alla valutazione probabilistica connessa con l'ipotetica durata della vita del soggetto danneggiato va sostituita quella del concreto pregiudizio effettivamente prodottosi, cosicché l'ammontare del danno biologico che gli eredi del defunto richiedono iure successionis va calcolato non con riferimento alla durata probabile della vita del defunto, ma alla sua durata effettiva"*.³¹⁶

Si tratta, a ben vedere, di eventualità non inquadrabili nella tradizionale categoria del danno tanatologico, e ciò in ragione della circostanza per cui non vi

³¹⁵ Cass. Civ., Sez. III, 18.1.2016, n. 679. Nel caso di specie, la vittima dell'illecito è un paziente che, nel 2006, era stato sottoposto ad un'operazione chirurgica celebrale a seguito della quale riportava delle complicanze, trattate tardivamente dai medici con conseguenti danni alla salute del medesimo. Due anni dopo l'intervento, il paziente decedeva per cause non riconducibili a tale operazione. Gli eredi convenivano in giudizio davanti al Tribunale di Trieste l'Azienda sanitaria, per vedersi riconoscere il risarcimento del danno biologico conseguente a *"l'invalidità temporanea e permanente (...) subita dal loro congiunto (...) in conseguenza del tardivo trattamento di un idrocefalo, determinatosi in esito ad un intervento chirurgico per tumore benigno al cervello praticatogli dai medici dell'Azienda convenuta (...)"*. I ricorrenti ottenevano in primo grado il risarcimento del danno non patrimoniale, spettante *iure hereditatis* per l'invalidità temporanea e permanente (in ragione del 60%), subito dal loro congiunto (all'epoca dei fatti, di anni 75), nonché un'ulteriore somma quale risarcimento del danno morale. Avendo presentato l'Azienda sanitaria appello avverso la decisione di primo grado, ed avendo in particolare chiesto la riduzione delle somme riconosciute nel giudizio suddetto, la Corte dichiarava che *"essendo la morte del malato incorsa 693 giorni dopo l'operazione a cui era stato sottoposto, l'incidenza della menomazione permanente sull'esplicazione della sua personalità andava risarcita non già con calcolo probabilistico sull'aspettativa di vita residua, bensì sull'effettiva durata della vita successiva"*. In altre parole, il calcolo liquidatorio del danno biologico andava operato prendendo in esame non già tenendo in considerazione l'età del danneggiato, e dunque la sua aspettativa di vita residua, come avverrebbe in qualsiasi caso di risarcimento di danno tanatologico, quanto invece prendendo ad esame i giorni in cui il de cuius era in vita, i quali erano stati caratterizzati dal patimento di un danno biologico. Veniva pertanto attribuito ai ricorrenti un risarcimento di gran lunga inferiore rispetto a quello concesso in primo grado. L'operazione trovava conferma nella decisione dei giudici di legittimità, i quali sottolineavano la corretta riconduzione del tipo di danno subito dalla vittima alla categoria del danno biologico intermittente, e non invece a quella del danno tanatologico, non esistendo, nel caso di specie, una linea di correlazione tra l'errore medico, seppur causativo di danno biologico, e la morte del paziente, intervenuta per cause indipendenti al danno. Sosteneva in proposito la Corte, confermando *in toto* il giudizio della Corte d'Appello, che *"l'incidenza della menomazione permanente sull'esplicazione della sua personalità andava risarcita non già con calcolo probabilistico sull'aspettativa di vita residua, bensì sull'effettiva durata della vita successiva"*.

³¹⁶ Cfr. *ex multis*, Cass. civ. 30 ottobre 2009, n. 23053.

è possibilità di rinvenire un nesso di collegamento causale tra il verificarsi dell'evento lesivo e la morte del soggetto danneggiato, la quale intercorre per cause indipendenti al danno, e spesso a seguito del trascorrere di un apprezzabile lasso di tempo.

In tal casi, appare logico il rifiuto del giudice di riconoscere *iure hereditatis* a titolo di danno terminale la compensazione di qualcosa che in nessun modo può essere ricondotto alla sfera di azione del danneggiante. Tuttavia, residua in tali circostanze in capo al giudice la possibilità, ed il dovere, di considerare una ulteriore e, a ben vedere, differente posta risarcitoria, attinente ad un bene della vita anch'esso meritevole di tutela: la lesione al bene salute, il quale, nonostante non causativa di morte della vittima dell'illecito, ha però colpito l'individuo nella fase terminale della propria vita, alla stregua di un qualsiasi altro danno biologico. La cd. "intermittenza" del danno, infatti, non vale in alcun modo a provocare un decremento dell'incidenza del medesimo sulla vita della vittima, o meglio sull'ultima fase della stessa, sia tale incidenza da considerarsi in termini di intimistica sofferenza o in termini di patogenesi degli aspetti relazionali.

Ciò detto, va rilevato la presenza della voce del danno da premorienza nelle Tabelle di Milano 2018³¹⁷, le quali introducono, con riferimento al tema, dei criteri di individuazione della migliore misura liquidativa di tale tipo di lesione.

Per l'individuazione di tali criteri, l'Osservatorio sulla Giustizia Civile di Milano³¹⁸ ha condotto un'analisi dottrina e giurisprudenziale sul punto, scartando dapprima il criterio dell'equità pura, secondo cui "*il quantum risarcitorio deve essere determinato dal giudice in rapporto alla propria sensibilità*"³¹⁹, poi il cd. criterio matematico puro, in contrasto con gli arresti

³¹⁷ Delle Tabelle si discuterà diffusamente nel prg. 4 del presente capitolo.

³¹⁸ Osservatorio sulla Giustizia civile di Milano, *Criteri orientativi per la liquidazione del danno non patrimoniale derivante da lesione del bene salute definito da premorienza (ossia il danno non patrimoniale in caso di decesso per causa diversa dalla lesione)*, *Tabelle aggiornate "Edizione 2018"*.

³¹⁹ E' così ricostruito il criterio dell'equità pura da SPERA D., *Tabelle milanesi 2018 e il danno non patrimoniale*, cit.

giurisprudenziali sopra descritti³²⁰, perché volto alla determinazione del *quantum* tramite la divisione della somma individuata dalla tabella per la liquidazione del danno non patrimoniale per l'aspettativa di vita del soggetto che ha subito la lesione, non tenendo però in debito conto la circostanza per cui “è ragionevole ritenere che il danno, benché si ripercuota su tutto l'arco temporale di un'esistenza, avrà intensità diverse a seconda che si trovi in prossimità dell'evento generatore o a distanza di alcuni anni dallo stesso”³²¹. Inidoneo è stato considerato anche il criterio cd. romano³²², che liquida in maniera diversificata per fasce di età, volto, in ultima analisi, al calcolo dell'aspettativa di vita del soggetto danneggiato, criterio questo che la Suprema Corte³²³ ritiene di non dover ammettere in caso di individuazione della misura compensatoria del danno da premorienza.

Si è optato, invece, per l'adozione di un criterio di liquidazione “che utilizzi quale parametro il risarcimento annuo mediamente corrisposto ad ogni percentuale invalidante secondo i valori monetari individuati dalle Tabelle di Milano”³²⁴, corrispondente, come noto, alla media aritmetica tra il risarcimento medio delle Corti e l'aspettativa di vita media. L'Osservatorio, in particolare, ha ritenuto di dover introdurre un criterio di valutazione del danno che non stimi il medesimo in termini di mera “funzione costante nel tempo”, quanto invece come “ragionevolmente maggiore in prossimità dell'evento, per poi decrescere progressivamente fino a stabilizzarsi”³²⁵. In altre parole, l'Osservatorio ha introdotto due distinte colonne in tabella (la n. 2 e la n. 3), denominate rispettivamente “danno non patrimoniale per il primo anno” e “danno non patrimoniale per il primo e secondo anno”, le quali valgono a determinare il

³²⁰ Cass. Civ., Sez. III, 18.1.2016, n. 679, *cit.*

³²¹ SPERA D., *Tabelle milanesi 2018 e il danno non patrimoniale*, *cit.*

³²² Il criterio è denominato in tal modo perché elaborato dal Tribunale di Roma.

³²³ Cass. Civ., Sez. III, 18.1.2016, n. 679, *cit.*

³²⁴ Osservatorio sulla Giustizia civile di Milano, *cit.*

³²⁵ Osservatorio sulla Giustizia civile di Milano, *cit.*

risarcimento del danno in misura maggiore per i primi anni di vita del soggetto successivi all'evento di danno, ed in misura progressivamente decrescente per gli anni successivi, e ciò sulla scorta della considerazione secondo cui l'intensità del pregiudizio sofferto da un qualsiasi individuo sia, per l'appunto, maggiore nei primi anni, per poi stabilizzarsi su una misura *standard* di patimento negli anni successivi.

Rimane ferma, anche in questo caso, la possibilità di personalizzazione del *quantum* risarcitorio in considerazione di eventuali peculiarità del caso concreto che il giudice dovesse rinvenire all'esito della fase istruttoria del procedimento.

Tale strumento, secondo l'Osservatorio, sarebbe in grado di garantire quella flessibilità risarcitoria che il criterio dell'età anagrafica non avrebbe potuto assicurare, dando la giusta rilevanza, in questo caso a ragion veduta, all'età della vittima.

Secondo Damiano Spera³²⁶, presidente dell'Osservatorio e coordinatore del gruppo "Danno alla persona", la necessità di includere tra le voci di danno questa in particolare, nasce dall'evidenza processuale e da un presupposto teorico: il danno biologico è un danno futuro, che va al di là del processo. Di conseguenza, se il danno si arresta con la morte della vittima, e se la morte non è causalmente collegata alla ragione che ha determinato il danno, la valutazione che il giudice deve compiere è diversa, e ciò in ragione del fatto che il danno si è in questo caso cristallizzato nel tempo. Secondo Spera, *"i due criteri utilizzati nella prassi in caso di premorienza non restituivano giustizia a tale aspetto del danno. Ed infatti, il criterio del danno non patrimoniale che si acquisisce con l'evento non valutava gli eventi successivi al danno, mentre il criterio proporzionale, che valuta il danno in*

³²⁶ Le parole del dott. Spera sono un estratto dell'intervista condotta dalla scrivente in data 29.3.2019 presso i locali dell'Osservatorio per la Giustizia civile di Milano, che ha visto la partecipazione di tre esponenti di spicco dell'Osservatorio: il presidente dell'Osservatorio Dott. Damiano Spera (coordinatore gruppo "Danno alla persona"), la Dott.ssa Ilaria Gentile (coordinatrice del gruppo "Danno da mancato consenso informato"), l' Avv. Silvia Toffoletto (coordinatrice gruppo "Europa").

relazione all'aspettativa di vita media del soggetto, tenuto conto dell'età in cui si è subito il danno, non tiene conto della circostanza che la sofferenza interiore causata dal danno è sicuramente maggiore in prossimità dell'evento, in cui la vittima affronta una prima fase di adattamento alle nuove condizioni di vita".

Per tali ragioni, l'Osservatorio milanese ha deciso di adottar un criterio nuovo, che si basa sui valori monetari della medesima tabella milanese, ma incrementato del 100% nel primo anno conseguente al danno, e del 50% nel secondo, ferma restando la facoltà del giudice di personalizzare il danno fino ad una percentuale del 50%. Tale criterio è stato ritenuto equo, e dunque approvato, da tutti gli Osservatori d'Italia prima di confluire nelle nuove Tabelle 2018, con la sola opposizione dell'Osservatorio romano (contrario, in particolare, all'automatismo della personalizzazione).

Orbene, a distanza di appena un anno dalla pubblicazione della nuova edizione delle Tabelle di Milano, i Tribunali italiani iniziano a recepire le direttive proposte, dimostrando di risarcire il danno cd. da premorienza per il tramite dei criteri proposti dall'Osservatorio. Ed infatti, con pronuncia del febbraio 2019³²⁷, il Tribunale di Livorno ha riconosciuto il risarcimento del danno da premorienza agli eredi di un uomo coinvolto in un incidente stradale, ma deceduto per cause estranee al medesimo. In fase istruttoria, il CTU aveva rinvenuto una menomazione biologica permanente conseguente al sinistro, nella misura pari al 10/12%, oltre ad una misura di danno biologico parziale pari al 75%. Sulla base di tali riscontri probatori, il giudice ha calcolato il danno considerando gli anni di vita effettivamente intercorsi tra l'incidente stradale e la morte del soggetto leso, quantificando il danno come maggiore nei primi due anni di vita del medesimo, ed inferiore negli ultimi tre mesi³²⁸ di vita del defunto.

Alcune considerazioni.

³²⁷ Trib. Livorno, n. 221/19.

³²⁸ Il lasso di tempo intercorrente tra la lesione al danneggiato e la morte del medesimo, indipendente da essa, era, nel caso di specie, di poco più di due anni.

Certamente positiva è l'introduzione in tabella di una voce di danno che assicuri garanzie risarcitorie anche nel caso in cui, lungi dal provocarne la morte, il danno biologico inferto alla vittima a seguito del fatto illecito- sia esso un incidente stradale, un errore medico, o addirittura un fatto doloso- abbia comunque pregiudicato, in maniera più o meno rilevante, l'ultima fase di vita del medesimo. Nonostante, infatti, non possa rinvenirsi una connessione, a livello di accertamento medico legale, tra il fatto di danno e l'evento morte, non si dubita che le alternazioni che la lesione ha provocato al bene salute abbiano compromesso in maniera consistente la serenità dello svolgimento delle normali attività quotidiane di vita del danneggiato, compromettendo, a volte anche in maniera totalizzante, la qualità di vita del medesimo. Il fatto, poi, che l'esistenza del danneggiato sia giunta al termine per cause estranee al fatto di danno, non deve in alcun modo esimere l'interprete dal valutare quel danno in tutte le sue componenti lesive la salute dell'individuo, come farebbe in qualsiasi caso di danno biologico. Tutto ciò trova oggi riscontro e conforto non solo a livello giurisprudenziale, ma anche paranormativo³²⁹, essendo il danno da premorienza oggetto di una specifica tabella risarcitoria.

Quanto all'individuazione del criterio di liquidazione del danno suddetto proposto dalle nuove Tabelle, va rilevato che lo stesso, se da un lato assicura in effetti elasticità alla decisione liquidatoria nel rispetto dei *dicta* della Corte di Cassazione³³⁰, dall'altro sembra introdurre un'iniqua differenziazione tra il risarcimento del danno biologico da premorienza e il risarcimento del danno biologico *tout court*. Ed infatti, se è vero che ha una sua logica indubitabile l'idea di voler risarcire in misura maggiore il danno alla salute che ha affetto la vittima nei primi anni successivi alla realizzazione del fatto illecito, e di volerlo

³²⁹ Il termine paranormativo è espressamente utilizzato dal presidente Spera nell'intervista sopra citata, per intendere la dimensione che le Tabelle di Milano, nella loro più recente formulazione, acquisiscono oggi in considerazione del loro non ancora compiuto riconoscimento a livello giurisprudenziale e legislativo.

³³⁰ Cass. Civ., Sez. III, 18.1.2016, n. 679, *cit.*

compensare in misura progressivamente minore negli anni successivi, è parimenti vero che tale criterio dovrebbe allora adottarsi anche nel caso in cui la vittima dell'illecito comportante la lesione biologica rimanga in vita. L'Osservatorio ha probabilmente evitato di estendere il criterio suddetto a tutti i casi di risarcimento del danno alla salute sulla scorta del ragionamento secondo cui il criterio adottato in caso di premorienza dovrebbe servire a scongiurare casi in cui la vittima del danno, per una pura causalità, deceda in un intervallo di tempo strettamente susseguente al verificarsi del fatto illecito, con evidente compromissione, in fase di individuazione del *quantum* compensatorio, dei suoi diritti risarcitori, e ciò sol perché ha avuto la sfortuna di venir meno in stretta successione rispetto all'evento di danno, avendo però subito, in conseguenza del medesimo, la più delicata fase di adattamento alle nuove e deteriori condizioni di vita.

Un ultimo dubbio attanaglia chi scrive.

Se è vero che può darsi il caso in cui non esista nessuna connessione, a livello logico di relazione causa-evento, tra l'evento lesivo- ad esempio, un incidente stradale, che abbia, poniamo il caso, comportato l'amputazione di uno degli arti della vittima- e la morte della medesima- avvenuta, poniamo, in via del tutto ipotetica, a seguito di qualche anno per l'ingenerarsi di un tumore maligno- non è per ciò solo parimenti vero che una qualche connessione, ad altri livelli, non possa invece esserci. Ed infatti, è ben possibile che la vittima, provata dalle conseguenze biologiche derivanti dall'illecito civile (nel caso dell'esempio proposto, l'incidente stradale), affronti la malattia susseguente, seppur slegata dall'evento che potremmo definire primario (in senso esclusivamente cronologico), con un atteggiamento di disincanto e disillusione nei confronti della vita, e dunque della sua possibile guarigione, che finisca poi per influire in maniera considerevole sulla reazione dell'organismo alle cure mediche.

Orbene in tali casi, seppur non esista un nesso di causalità tra il danno e l'evento di morte, dovrebbe valutarsi altresì l'incidenza psicologica, seppur collaterale,

che la lesione biologica primaria può aver provocato sulla psiche dell'individuo, e quanto tali conseguenze abbiano potuto influire sulla morte del medesimo, o semplicemente accelerarla.

Da ultimo, si noti come il criterio risarcitorio del danno da premorienza possa essere utilizzato in ipotesi in cui manchino i presupposti per la liquidazione del danno terminale³³¹, ma esista un danno risarcibile nell'intervallo di tempo intercorrente tra l'insorgenza della compromissione psicofisica e l'evento letale della morte, questa volta causalmente collegato al danno. In questi casi, il giudice ben potrebbe utilizzare il criterio di liquidazione del danno biologico temporaneo, nonostante manchi l'elemento dell'indipendenza causale tra la morte del danneggiato e l'evento lesivo, presupposto del venire ad esistenza di un danno biologico cd. intermittente. Ed infatti, pur operando una forzatura, il giudice riuscirebbe in tal modo a colmare una lacuna, andando a risarcire quei casi di danno che non possano dirsi tanatologici per mancanza di un apprezzabile lasso di tempo tra danno e morte, in cui la vittima abbia potuto sperimentare quella lucida agonia di cui la definizione del danno terminale si nutre.

3.3 IL DANNO DA PERDITA DELLA RELAZIONE PARENTALE

Il danno parentale, sottocategoria del danno tanatologico, in specie danno *iure proprio* risarcibile agli eredi della vittima dell'illecito, nasce per ristorare il patimento dei più prossimi congiunti del danneggiato, i quali vedano rivoluzionata la propria esistenza in conseguenza della morte della vittima.

³³¹ La considerazione è di SPERA D., *Tabella milanesi 2018 e il danno non patrimoniale*, cit.

Si tratta di un' ulteriore specificazione della tutela di quei diritti inviolabili della persona, costituzionalmente garantiti, in particolare di quelli di cui agli articoli 2, 29 e 30 Cost., i quali palesano la necessità di tutelare il singolo sia nel proprio sviluppo che nell'estrinsecazione della sua personalità, ed anche all'interno della propria famiglia.

La Suprema Corte, già nel 2003³³², aveva precisato che l'uccisione di una persona è evento pluri-offensivo idoneo, in quanto tale, ad estinguere contemporaneamente il bene vita della vittima primaria ed il vincolo parentale con i congiunti di questa, ledendo in tal modo l'interesse di rilevanza costituzionale all'intangibilità della sfera degli affetti reciproci e della scambievole solidarietà tra i familiari.

Il danno si identificava come la *“irreversibile e permanente privazione della reciprocità affettiva”*; sostenne allora la Corte, che *“il soggetto che chiede iure proprio il risarcimento del danno subito in conseguenza della uccisione di un congiunto lamenta l'incisione di un interesse giuridico diverso sia dal bene salute, del quale è titolare, la cui tutela ex art. 32 Cost., ove risulti intaccata l'integrità biopsichica, si esprime mediante il risarcimento del danno biologico, sia dall'interesse all'integrità morale, la cui tutela, agevolmente ricollegabile all'art. 2 Cost., ove sia determinata una ingiusta sofferenza contingente, si esprime mediante il risarcimento del danno morale soggettivo. L'interesse fatto valere nel caso di danno da uccisione di congiunto è quello alla intangibilità della sfera degli affetti e della reciproca solidarietà nell'ambito della famiglia, alla inviolabilità della libera e piena esplicazione delle attività realizzatrici della persona umana nell'ambito di quella peculiare formazione sociale costituita dalla famiglia, la cui tutela è ricollegabile agli artt. 2, 29 e 30 Cost”*. Continuava la Corte, sostenendo che *“si tratta di interesse protetto, di rilievo costituzionale, non avente natura economica, la cui lesione non apre la via ad un risarcimento ai sensi dell'art. 2043, nel cui ambito rientrano i danni patrimoniali, ma ad un risarcimento (o meglio: ad*

³³² Cfr. Cass. Civ. n. 8828 del 31.5.2003.

una riparazione), ai sensi dell'art. 2059, senza il limite ivi previsto in correlazione all'art. 185 c.p. in ragione della natura del valore inciso, vertendosi in tema di danno che non si presta ad una valutazione monetaria di mercato³³³.

Si realizza, così, una prima identificazione dei caratteri di tale forma di danno, distinto rispetto ai danni biologico e morale, risarcibile ai sensi dell'art. 2059 c.c., svincolato dalla riserva di legge di cui all'art. 185 c.p., ontologicamente proiettato verso il futuro.

Enucleate le tipicità di tale voce di danno, si è posto anzitempo il problema della liquidazione del medesimo, il quale, essendo il bene protetto privo di contenuto economico, non poteva che avvenire in base ad una valutazione equitativa³³⁴, tenuto conto dell'intensità del vincolo familiare, della situazione di convivenza tra la vittima ed il titolare del diritto risarcitorio, e di ogni ulteriore utile istanza, quali la consistenza più o meno ampia del nucleo familiare, le abitudini di vita del soggetto leso e dei suoi prossimi congiunti, l'età della vittima e dei singoli superstiti.

Il problema si è posto altresì con riferimento all'ipotesi, tutt'altro che rara, dell'attribuzione congiunta del danno morale soggettivo e del danno da perdita del rapporto parentale, dovendo il giudice considerare, nel liquidare il primo, la più limitata funzione di ristoro della sofferenza contingente che gli era riconosciuta, poiché, diversamente, sarebbe stato concreto il rischio di una duplicazione risarcitoria³³⁵.

Tali assunti, sebbene sembrano essere stati confermati dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite con le sentenze di San Martino (2008)³³⁶, risultano poi essere stati disattesi con riferimento alla possibilità di una duplice liquidazione del danno morale soggettivo, e ciò sulla scorta del ragionamento tendente all'unitarietà del

³³³ Cass. Civ. n. 8828 del 31.5.2003.

³³⁴ *Ex artt.* 1226 e 2056 c.c.

³³⁵ Di ciò ha avuto ad occuparsi Cass. n. 15179 del 2004.

³³⁶ Cass., Sez. Un., 11.11.2008, n. 26972, 26973, 26974 e 26975, cit.

risarcimento del danno, nella specie il danno parentale, che sembra assorbire gli altri³³⁷.

Le sentenze gemelle affermano, infatti, che non può più trovare spazio una duplice liquidazione del danno morale soggettivo e del danno parentale, perché *“la sofferenza patita nel momento della perdita del congiunto costituisce una forma di pregiudizio suscettibile di un unico integrale ristoro”*³³⁸.

Ne consegue che *“è inammissibile, costituendo una duplicazione risarcitoria, la congiunta attribuzione, al prossimo congiunto di persona deceduta in conseguenza di un fatto illecito costituente reato, del risarcimento a titolo di danno da perdita del rapporto parentale, del danno morale, inteso quale sofferenza soggettiva, ma che in realtà non costituisce che un aspetto del più generale danno non patrimoniale”*³³⁹.

Sulla base di tali premesse, anche in dottrina si è avuto a distinguere tra due diverse connotazioni del danno parentale: una soggettiva, un'altra oggettiva.

La prima, attinente alle conseguenze soggettive che derivano dalla privazione del vincolo parentale inciso: il dispiacere, lo strazio, l'angoscia, gli sconvolgimenti dell'animo che è costretto a vivere il soggetto che abbia subito la perdita. Si tratta di un danno risarcibile anche per il futuro, e non vincolato dallo stato morale transeunte dei congiunti. La seconda dimensione del danno riguarda invece i riflessi oggettivi della lesione: rilevano qui tutte le compromissioni e gli effetti negativi che l'individuo subisce nell'ambito della sua sfera familiare, dotati di un loro autonomo disvalore, a prescindere dalla sofferenza soggettiva cagionata alla sfera interiore. Vengono qui in

³³⁷ Così è avvenuto ad esempio in Trib. Palermo, 4 luglio 2007, cit., con la quale ai familiari del Giudice Borsellino è stato risarcito il danno da perdita del rapporto parentale ma non quello catastrofale, proprio sulla scorta della considerazione secondo cui il primo assorbirebbe gli altri. Vedi par. 2.1 del presente capitolo.

³³⁸ Così anche Cass. Sez. Un. n° 557/09.

³³⁹ Cfr. Cass. Civ., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972, cit.

considerazione elementi quali l'intensità della sofferenza, la durata della stessa, nonché la sua proiezione nel futuro, a decorrere dalla lesione³⁴⁰.

L'evoluzione giurisprudenziale sul punto segna poi una nuova battuta d'arresto nel 2013³⁴¹, quando la Corte di Cassazione sostiene che *“affinché si configuri la lesione di un interesse a rilevanza costituzionale la convivenza va intesa come stabile legame tra due persone, connotato da duratura e significativa comunanza di vita e di affetti. Ed infatti non è richiesto che detto rapporto sia strutturato come quello di coniugio in quanto riconoscimento e tutela di esso non trovano fondamento negli artt. 29 e 30 della Costituzione ma nell'art. 2 Cost., che attribuisce rilevanza costituzionale alla sfera relazionale della persona, in quanto tale”*. Di conseguenza, afferma la Corte, *“colui che rivendica il diritto al risarcimento del danno non patrimoniale in conseguenza delle lesioni gravissime subite dalla persona a cui è legato da relazione affettiva, dovrà allegare e dimostrare l'esistenza e la natura di tale rapporto, ma anche la sua stabilità, intesa come non occasionalità e continuità nel tempo, che assuma rilevanza in ragione del momento di verifica dell'illecito”*³⁴².

Nel 2016,³⁴³ un nuovo intervento giurisprudenziale volto all'ulteriore ampliamento della tutela del danno parentale.

La Corte, in un caso di sinistro stradale mortale, prende posizione contro il tema della convivenza come prova dell'intimistica relazione tra il congiunto e la vittima dell'illecito, sostenendo che, stante l'innegabilità della necessità di evitare la duplicazione ingiustificata dei soggetti danneggiati secondari- rispetto alla vera vittima dell'illecito, soggetto primario- *“il dato esterno ed oggettivo della convivenza non è elemento idoneo a bilanciare le evidenziate contrapposte*

³⁴⁰ Cass. Civ., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972, *cit.*

³⁴¹ Cass. civ., sez. III, 21 marzo 2013, n. 7128.

³⁴² Cass. Civ., Sez. III, 21 marzo 2013, n. 7128, *cit.* L'anno 2013 è ricordato anche per aver segnato, col pronunciamento di Cass. Civ., Sez. III, 11 luglio 2013, n. 29735, l'ampliamento della legittimazione risarcitoria del danno parentale anche ai nonni della vittima, a prescindere dall'esistenza di una relazione di convivenza.

³⁴³ Cass. Civ. 20.10.2016., n. 21230.

esigenze e ad escludere a priori il diritto del non convivente al risarcimento del danno non patrimoniale da lesione del rapporto parentale"³⁴⁴.

Nel 2017³⁴⁵, infine, la più recente pronuncia sul punto, volta a stabilire che il risarcimento del danno patito dai congiunti della persona deceduta deve essere ridotto in misura corrispondente alla percentuale di colpa ascrivibile al comportamento colposo della vittima nella realizzazione dell' evento dannoso³⁴⁶. Dal quadro giurisprudenziale così ricostruito sul punto, sembrano potersi enucleare le seguenti considerazioni.

La persona, costituzionalmente protetta e garantita, viene vista nel nostro ordinamento non solo come individuo, ma come membro di un sistema- in questo caso, la famiglia- e dunque tutelato anche nei rapporti con i suoi prossimi congiunti.

L'elemento della convivenza, in particolare, che la recente Cassazione sembra escludere ai fini dell'individuazione del rapporto parentale tra la vittima e il congiunto, è il segno del livello di evoluzione che la giurisprudenza ha raggiunto nell'ambito del danno parentale. Ci si chiede, dunque, perché altri settori del

³⁴⁴ Tra le altre, in particolare, si era espressa in questo senso già Cass. Civ. 15/07/2005, n. 15019, la quale aveva sostenuto che *"la morte di un congiunto, conseguente a fatto illecito, configura per i superstiti del nucleo familiare un danno non patrimoniale diretto ed ingiusto, costituito dalla lesione di valori costituzionalmente protetti e di diritti umani inviolabili, quali la perdita di affetti e di solidarietà inerenti alla famiglia come società naturale" e che tale danno, "incidendo esclusivamente sulla psicologia, sugli affetti e sul legame parentale esistente tra la vittima dell'atto illecito e i superstiti, non è riconoscibile se non attraverso elementi indiziari e presuntivi che, opportunamente valutati, con il ricorso ad un criterio di normalità, possano determinare il convincimento del giudice in ordine alla sussistenza di un bene leso e da tutelare (quello derivante del vincolo familiare), senza che un requisito in via esclusiva o condizionante (la coabitazione), ne determini la sussistenza o meno", "dovendosi... considerare come il legame familiare - tutelato a livello costituzionale - non possa... legarsi necessariamente alla convivenza, quasi che in assenza di questa se ne possa negare il valore", e che "anzi, proprio la sussistenza di frequentazione e di normali rapporti, anche in assenza di coabitazione, lascia intendere come sia rimasto intatto, e come si sia rafforzato nel tempo, il legame affettivo e parentale tra i prossimi congiunti"*.

³⁴⁵ Cass. Civ. n. 4208/2017.

³⁴⁶ Il ragionamento, come dichiarato anche dalla Corte in motivazione, prende le mosse dalla piana lettura unitaria degli artt. 1227, comma 1, 2054 e 2055, comma 2, c.c..

danno non patrimoniale, quali quello del danno tanatologico, ad esempio, abbiano invece registrato tendenze giurisprudenziali del tutto dissimili, tutt'altro che garantiste nei confronti della tutela della persona e fioriere di tesi negazioniste imbastite su di opinabili tecnicismi.

4. IL DANNO DA NASCITA INDESIDERATA

Con l'espressione "danno da nascita indesiderata", la giurisprudenza maggioritaria individua ormai unanimemente quel danno conseguente all'errore medico, consistente in una non corretta diagnosi prenatale, per effetto del quale il sanitario non individua la malformazione del feto, impedendo così alla madre di decidere consapevolmente se interrompere o meno la gravidanza.

E' proprio questo il bene giuridico inciso dall'illecito civile in questione: la mancata possibilità della gestante di autodeterminarsi in ordine alla scelta di abortire, o di portare avanti la gravidanza ugualmente.

Si tratta dunque, a ben vedere, di risarcire il lesso diritto all'autodeterminazione personale della madre, lo stesso diritto all'autodeterminazione che proprio le donne ebbero a rivendicare per la prima volta nel 1791, quale "*diritto al riconoscimento della capacità di scelta autonoma ed indipendente dell'individuo*"³⁴⁷.

Pur non esistendo, a livello costituzionale, un diritto all'autodeterminazione personale, lo stesso appare implicitamente tutelato in un ampio ventaglio di

³⁴⁷ Così la "*Dichiarazione dei diritti della donna e della cittadina*" del 1791, dovuta alle battaglie di *Olympe de Gouges*, ghigliottinata sotto Robespierre.

disposizioni³⁴⁸, stante il notevole valore che la Costituzione assegna alla persona³⁴⁹ ed alle sue libertà.

Ciò detto, va valutata la concreta risarcibilità del danno da nascita indesiderata in fattispecie di omessa diagnosi, da parte del medico, di malformazioni fetali congenite, con conseguente preclusione, per la gestante, dell'esercizio del proprio diritto ad usufruire dell'interruzione di gravidanza.

Orbene, la legge n. 194/1978³⁵⁰ sull'interruzione volontaria di gravidanza prevede che sia garantita in capo alla gestante, anche dopo i primi 90 giorni di gravidanza, la possibilità di decidere se portare o meno a termine la gestazione. Tra le situazioni che legittimano la pratica abortiva vi è quella in cui le rilevanti alterazioni e malformazioni del feto mettano a rischio la salute fisica o psichica della stessa. La *ratio* è che il danneggiante non possa essere chiamato a risarcire un danno (o parte di danno) che non abbia personalmente prodotto.

Nel bilanciamento tra il diritto all'autodeterminazione della gestante e il diritto alla salute di una vita ancora *in fieri*, infatti, l'ordinamento garantisce prevalenza al primo, specie se lo stesso è funzionale alla tutela della salute.

Quanto al regime della prova, la pronuncia a Sezioni Unite n. 25767 del 2015³⁵¹ ribadisce gli elementi che il danneggiato è chiamato a provare per delineare l'elemento del danno: lo stato di malformazione del feto ed il conseguente possibile danno per la salute fisica e psichica della madre. Tale prova della fattispecie facoltizzante risponde alla lettera dell'art 2697 c.c.³⁵².

³⁴⁸ Primi tra tutti, vengono alla mente gli artt. della Costituzione n. 3 e n. 32.

³⁴⁹ Sul tema della persona v. ALPA G. E ANSALDO A., *Le persone fisiche*, in Il codice civile, commentario diretto da Schlesinger, Milano 1996; PIZZORUSSO A., ROMBOLI R., BRECCIA U., DE VITA A., *Persone fisiche*, Art. 1-10, in Commentario del Codice civile Scialoja Branca, a cura di F. GALGANO, Bologna - Roma, 1988.

³⁵⁰ Legge 22 maggio 1978, n.194, "*Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*", meglio nota come Legge 194, la quale ha depenalizzato e disciplinato le modalità di accesso all'aborto.

³⁵¹ Cass. Civ., Sez. Un., n. 25767 del 22/12/2015.

In mancanza di tali requisiti, infatti, il danno non avrebbe potuto comunque evitarsi, neanche se il medico avesse prestato maggiore diligenza nella propria attività di diagnosi.

Il principio messo in luce dalla giurisprudenza risponde a quel canone di “vicinanza della prova”, secondo il quale l’onere di provare un fatto incombe su chi ha una relazione di maggiore prossimità con il fatto stesso.

Tuttavia, e nonostante la maggiore “vicinanza” della gestante al tema di prova, la stessa può essere fornita solo per il tramite del ricorso alle presunzioni semplici, ovvero di quelle inferenze logiche che conducono a ricavare un fatto ignoto a partire da un fatto noto, sulla base del criterio dell’ *id quod plerumque accidit*, nonché di circostanze, eventualmente anche atipiche, emergenti dai dati istruttori.

Altra prova che la gestante deve fornire inerisce alla sua volontà ad abortire, se tempestivamente informata della malformazione del feto. Siamo, infatti, in presenza di un giudizio controfattuale ipotetico, ovvero di quel caso in cui, per decidere circa la responsabilità del danneggiante, va accertato che la condotta negligente dello stesso sia effettivamente stata la causa del danno verificatosi, prova che si ottiene verificando che, se la condotta doverosa che non è stata tenuta fosse stata posta in essere, ciò avrebbe concretamente consentito di evitare l’evento dannoso.

Nel caso di specie, l’omessa diagnosi di malformazione fetale, nonché la negligenza del sanitario nel non aver prescritto degli esami medici più approfonditi, rappresentano gli elementi da cui desumere agevolmente la derivazione di un danno, in capo alla gestante, consistente nel non aver potuto esercitare il proprio diritto all’autodeterminazione.

Sul punto è più volte intervenuta la giurisprudenza, dividendosi in due filoni contrapposti: il primo, attestante che la sola richiesta della gestante di sottoporsi ad esami prenatali fosse indice univoco di una volontà abortiva; il secondo, che

richiedeva invece elementi probatori più pregnanti, tali da far ritenere acquisita in giudizio la prova che la gestante, se informata, avrebbe abortito.

Intervenute sul punto le Sezioni Unite della Corte di Cassazione³⁵³, le stesse hanno infine optato per l'orientamento più rigoroso, sostenendo che la gestante debba fornire una prova ulteriore rispetto a quella relativa alla richiesta di sottoporsi ad esami medici in fase prenatale, e ciò essenzialmente per il tramite di presunzioni semplici³⁵⁴.

Per quanto concerne la legittimazione attiva alla proposizione dell'azione legale di risarcimento del danno, va preliminarmente ricordato che la stessa, per consolidato parere unanime di dottrina e giurisprudenza, ricade certamente in capo alla gestante, nei confronti della quale è stato leso il diritto all'autodeterminazione in relazione ad una scelta decisiva della propria vita.

Una giurisprudenza in via di consolidamento³⁵⁵ riconosce inoltre la legittimazione del padre³⁵⁶ del nato malformato, facendosi così interprete della

³⁵³ Cass. Civ. SS. UU. n. 25767 del 22/12/2015, che segue ad ordinanza del 23 febbraio 2015, n. 3569 della Terza Sezione Civile della Corte di Cassazione, la quale della Cassazione ravvisava un contrasto giurisprudenziale sul riparto dell'onere della prova nelle azioni di risarcimento del danno da nascita indesiderata e sulla risarcibilità del danno da lesione del diritto a non nascere se non sani.

³⁵⁴ La Cassazione parla di circostanze contingenti, eventualmente anche atipiche emergenti dai dati istruttori raccolti: quali, ad esempio, il ricorso al consulto medico proprio per conoscere le condizioni di salute del nascituro, le precarie condizioni psico-fisiche della gestante, eventualmente verificabili tramite consulenza tecnica d'ufficio, pregresse manifestazioni di pensiero, in ipotesi, sintomatiche di una propensione all'opzione abortiva in caso di grave malformazione del feto, ecc.». Tutto ciò va apprezzato, secondo Cassazione, *“secondo un criterio di regolarità causale: restando sul professionista la prova contraria che la donna non si sarebbe determinata comunque all'aborto, per qualsivoglia ragione a lei personale”*. Si tratta, a ben vedere, di un fatto psichico, del quale solo si può fornire prova in via induttiva, ricorrendo al parametro del “più probabile che non”.

³⁵⁵ Vedi *infra*.

³⁵⁶ La legittimazione attiva del marito della gestante, riconosciuta per la prima volta da Cass. 10 maggio 2002, n. 6735, è stata poi più volte ribadita: cfr. Cass. Civ. 30 novembre 2011, n. 25559; 10 novembre 2010, n. 22837; 2 febbraio 2010, n. 2354; 11 maggio 2009, n. 10741; 14 luglio 2006, n. 16123. L'argomento a sostegno della motivazione della Corte riguarda il fatto che le conseguenze della prestazione medica, pur dovendo essere eseguita nella sfera giuridica della donna, finiscono per riflettersi inevitabilmente anche nella sfera giuridica e psicologica

tesi secondo cui il contratto che si instaura tra la struttura ospedaliera e il paziente è un contratto “con effetti protettivi a favore di terzo”, contratto cioè che proietta alcuni dei suoi effetti oltre le parti tra cui intercorre il rapporto, essendo così in grado di determinare possibili pretese risarcitorie anche nei confronti di chi, al contratto, risulta estraneo, ma che in relazione ed in conseguenza dello stesso ha subito dei danni.

Più di recente, l'area di protezione è stata ulteriormente estesa dalla Cassazione³⁵⁷, che ha ritenuto di dover considerare legittimati attivamente all'azione di risarcimento anche i fratelli del nato malformato³⁵⁸. L'affermazione è opera della Terza Sezione della Corte di Cassazione, e consegue al ragionamento secondo il quale i genitori di un bambino malformato saranno maggiormente impegnati rispetto ad altri nella cura ed assistenza del proprio figlio in considerazione del suo *handicap*, riservando così minore disponibilità nei confronti dei figli sani.

La questione è ancora aperta, avendo la dottrina aspramente criticato detta ricostruzione. Allo stato degli atti, dunque, non esiste un autonomo filone

dell'uomo, la cui vita viene ad essere modificata, parimenti a quella della madre, dalla nascita di un figlio affetto da *handicap*.

³⁵⁷ Si tratta di Cass. Civ., Sez. III, 2-10-2012, n. 16754, secondo la quale “*la legittimazione ad agire in giudizio per far valere la responsabilità sanitaria da omessa diagnosi di malformazioni fetali e conseguente nascita indesiderata, deve riconoscersi, oltre che alla madre e al padre, anche ai fratelli e alle sorelle del bambino nato malformato*”, e ciò sulla scorta delle minori attenzioni che gli stessi riceveranno in considerazione della situazione di malattia del fratello/sorella handicappato. Ciò conduce ad una minorazione della possibilità di godere del proprio rapporto con i genitori, assorbiti dalle cure del figlio affetto da menomazione.

³⁵⁸ Quanto a questi ultimi il danno è consistente, secondo la Suprema Corte, anche “*nella inevitabile, minor disponibilità dei genitori nei loro confronti in ragione del maggior tempo necessariamente dedicato al figlio affetto da handicap, nonché nella diminuita possibilità di godere di un rapporto parentale con i genitori stessi costantemente caratterizzato da serenità e distensione; le quali appaiono invece non sempre compatibili con lo stato d'animo che ne informerà il quotidiano per la condizione del figlio meno fortunato; consci – entrambi i genitori – che il vivere una vita malformata è di per sé una condizione esistenziale di potenziale sofferenza, pur senza che questo incida affatto sull'orizzonte di incondizionata accoglienza dovuta ad ogni essere umano che si affaccia alla vita qual che sia la concreta situazione in cui si trova – principio cardine non di una sola, specifica morale, ma di una stessa ed universale Etica (e bioetica) della persona, caratterizzata dalla insostituibile centralità della coscienza individuale*”.

giurisprudenziale a presidio del diritto al risarcimento dei fratelli del nato malformato, attestandosi invece detta protezione a livello episodico.

Quanto, invece, allo stesso nato malformato, e al suo diritto ad agire in giudizio *iure proprio* per richiedere il risarcimento del danno, l'argomento è stato più volte affrontato dalla giurisprudenza della nostra Corte di Cassazione, che fino al 2004³⁵⁹ si muoveva nell'ambito di una categorica negazione della configurabilità di tale risarcimento.

Si parlò, in proposito, di diritto adespota, e si sostenne che non può reclamare un diritto chi, alla data della sua genesi, non era ancora esistente³⁶⁰, o non era più esistente³⁶¹.

Nel 2009³⁶² invece, nello scrutinare una fattispecie di danno da malformazioni provocate dalla somministrazione di farmaci dannosi per la gestante e per il feto, la Cassazione ha riconosciuto in capo al concepito la soggettività giuridica di diritto, aprendo in questo modo la strada alla sua legittimazione attiva

³⁵⁹ Cfr. Cass. Civ., 14 luglio 2006, n. 16123; 29 luglio 2004, n. 14488; 21 giugno 2004, n. 11488. Tali pronunce furono grandemente criticate dalla dottrina prevalente: cfr. FACCI, *Wrongful life*, secondo cui il pregiudizio del nato deriva dall'handicap e non dal fatto in sé della nascita, ma non può negarsi la sussistenza del rapporto di causalità tra l'errore medico e la malattia: la nascita, infatti, anche se derivante da un processo patologico conseguente al concepimento, non si sarebbe verificata se l'errore diagnostico non avesse impedito alla madre di effettuare la scelta di interrompere la gravidanza; v. anche LISERRE, *Mancata interruzione della gravidanza*, il quale osservò che il diritto al risarcimento accordato al padre, e non al nascituro, indebolisce la soluzione del diniego della pretesa fatta valere dai genitori a nome del nato malformato, che più di tutti, e a maggior ragione, dovrebbe essere ricompreso nel novero dei danneggiati e, inoltre, rileva che l'argomentazione basata sull'inesistenza, nel nostro ordinamento, di un diritto a non nascere se non sano è affermazione meramente retorica, dal momento che l'alternativa non sarebbe tra non nascere o nascere malato ma, piuttosto, tra nascere sano o nascere malato.

³⁶⁰ Il riferimento è agli artt. 254, 320, 462, 784 c.c.

³⁶¹ Arg. ex articolo 4 c.c..

³⁶² Il diritto al risarcimento dei pregiudizi sofferti dal nato era stato riconosciuto da Cass. Civ., 11 maggio 2009, n. 10741, nel diverso caso in cui la malformazione, comunque non diagnosticata dai medici, era stata causalmente determinata dalla somministrazione di farmaci teratogeni alla madre durante il concepimento. In quell'occasione, la Corte sottolineava come il concepito, pur non avendo una piena capacità giuridica, è comunque un soggetto di diritto, perché titolare di molteplici interessi personali, rispetto ai quali l'avverarsi della *condicio iuris* della nascita è condizione imprescindibile per la loro azionabilità in giudizio ai fini risarcitori.

nell'azione di risarcimento del danno. Tuttavia, tale posizione è stato oggetto di numerose critiche, in particolar modo di chi sosteneva che riconoscere soggettività giuridica al concepito rappresentasse un' abnorme ed immotivata deformazione della categoria della capacità giuridica, così come postulata dall'art. 1 c.c. .

Successiva giurisprudenza ³⁶³ di legittimità ha allora riconosciuto la legittimazione attiva al concepito sulla base non tanto di una sua discutibile capacità giuridica, quanto piuttosto in forza delle regole sulla responsabilità civile previste dal nostro ordinamento all'art. 2043 c.c.. La norma in oggetto ritiene infatti necessaria, ai fini del risarcimento del danno, la presenza dell'elemento soggettivo (dolo o colpa del danneggiante), del fatto illecito, del danno in capo al legittimato (elemento oggettivo), nonché del nesso causale tra il primo ed il secondo elemento, non specificando però che la presenza di dette condizioni debba necessariamente essere considerata in termini di coesistenza. E' ben possibile infatti, dichiara la Cassazione, che il fatto doloso o colposo sia stato posto in essere in un momento in cui il danneggiato non è ancora venuto ad esistenza, non essendo infatti necessario che la relazione intersoggettiva tra danneggiante e danneggiato si sviluppi *ab origine*.

Per dirlo con le parole della Corte, è ben possibile che *“tra causa ed evento lesivo intercorra una cesura spazio-temporale, tale da differire il relativo diritto al ristoro solo al compiuto verificarsi dell'effetto pregiudizievole”*³⁶⁴.

Anche in dottrina³⁶⁵ ha preso piede la tesi della non necessaria coesistenza tra l'elemento soggettivo e quello oggettivo, dimostrando come tale argomento, apparentemente preclusivo, possa in realtà ben essere superato, e sia di fatto già

³⁶³ Cfr. per tutte Cass. Civ., n. 16754/2012.

³⁶⁴ Cass. Civ., n. 16754/2012.

³⁶⁵ Cfr. per tutti MADONIA C., *Danno da nascita indesiderata: questioni controverse in attesa di giudizio*, cit.; contra, GERBI M., nota a Cass. 3569/15, cit., in Riv. it. Medicina legale, 2015, 815.

stato superato da quella giurisprudenza³⁶⁶ che ha opposto che il diritto al risarcimento, originato da fatto anteriore alla nascita, possa poi divenire azionabile solo dopo la nascita del soggetto medesimo. In altre parole, non è indispensabile³⁶⁷ elevare il nascituro a soggetto di diritto, dotato di capacità giuridica, per confermare l'astratta legittimazione del figlio disabile ad agire per il risarcimento di un danno.

A questo proposito la stessa Corte a Sezioni Unite sconfessa la ricostruzione dogmatica sopra menzionata, ricostruendo un tradizionale convincimento giurisprudenziale secondo il quale *“per proteggere una certa entità occorra necessariamente qualificarlo come soggetto di diritto”*.

La Cassazione, infatti, ha da tempo negato tale tesi³⁶⁸, ritenendola erronea perché fondata su un presupposto fallibile ed inadeguato, quello dell' anteriorità del danno rispetto alla nascita e della carenza di un rapporto intersoggettivo tra danneggiante e danneggiato³⁶⁹.

³⁶⁶ Cfr. per tutte Cass. Civ., Sez. Un., 22.12.2015, n. 25767.

³⁶⁷ La tesi sarebbe altresì contraria al dettato dell'art. 1 c.c., il quale afferma che *“La capacità giuridica si acquista dal momento della nascita”*. Ai sensi dell'articolo in parola, infatti, si può essere destinatari di tutela anche senza essere soggetti dotati di capacità giuridica.

³⁶⁸ Cass. Civ., Sez. III, 22 novembre 1993, n. 11503. Si trattava, in quel caso, di una fattispecie di danno provocato al feto durante il parto.

³⁶⁹ A sostegno ed a riprova di tale tesi, la Corte produce una serie di norme dell'ordinamento volte a dimostrare come *“alla tutela del nascituro si può pervenire (...) senza postularne la soggettività bensì considerandolo oggetto di tutela”* (così Corte Cost. 18 febbraio 1975 n. 27; Cass., sez. 3, maggio 2011 n. 9700; Cass. 9 maggio 2000, n. 5881); la L. 19 febbraio 2004, n. 40, articolo 1, comma 1 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), che annovera tra i soggetti tutelati anche il concepito al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito; L. 22 maggio 1978, n. 194, art.1 (Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza), che retrodata la tutela della vita umana anteriormente alla nascita (*“Lo Stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, riconosce il valore sociale della maternità e tutela la vita umana dal suo inizio”*); la L. 29 luglio 1975, n. 405 (Istituzione dei consultori familiari), che afferma l'esigenza di proteggere la salute del concepito (art. 1: *“Il servizio di assistenza alla famiglia e alla maternità ha come scopi...-, c) la tutela della salute della donna e del prodotto del concepimento”*). Infine, i giudici di legittimità menzionano anche l'art. 41 c.p., che postula la

Tuttavia, e nonostante la tesi giurisprudenziale sopra riportata, la quale ammette in astratto la “legittimazione” del figlio ad ottenere il risarcimento del danno, le Sezioni Unite del 2015³⁷⁰ hanno risolto il contrasto giurisprudenziale ritenendo che una legittimazione attiva del nato malformato sia da escludere in radice nel caso di omissione di diagnosi di malformazione da parte del medico, e ciò in ragione della non realizzabile comparabilità dell’interesse del nascituro con quello del nato malformato. Se, infatti, il problema non si pone sotto il profilo cronologico, certamente si pone sotto quello contenutistico.

La Cassazione, invero, fa discendere il suo ragionamento dalla piana definizione di danno civile risarcibile, individuato in quel danno-conseguenza³⁷¹ che comporti il cd. “avere di meno” rispetto alla situazione preesistente all’illecito.

Nel caso di specie, dunque, bisognerebbe mettere a confronto la vita *in fieri* del concepito con l’interesse alla non-vita, che lo stesso avrebbe voluto realizzare e che pretende di far valere con l’azione di risarcimento, postulando in ultima analisi un diritto a non nascere (se non sano) che il nostro ordinamento non concepisce.

La Cassazione parla in proposito di “contraddizione insuperabile”. Ed infatti, se il secondo termine di paragone, nella comparazione tra le due situazioni alternative, quella esistente prima del danno e quella venutasi a creare a seguito dello stesso, è la non vita (da interruzione della gravidanza), e se il risarcimento del danno è volto a risarcimento dei beni della vita, la non vita non può essere in alcun modo un bene della vita, e dunque non può essere oggetto di risarcimento.

teoria della causalità, secondo la quale, a mente della Corte, è ben possibile che tra causa ed evento lesivo intercorra una cesura spazio-temporale, tale da differire il relativo diritto al ristoro solo al compiuto verificarsi dell’effetto pregiudizievole, purché senza il concorso determinante di concause. Nella fattispecie in esame, il medico sarebbe l’autore mediato del danno, per il fatto di aver privato la madre di una facoltà riconosciutale dalla legge, tramite una condotta omissiva che si ponga in rapporto diretto di causalità con la nascita indesiderata.

³⁷⁰ Cass. Sez. Un. n. 25767 del 2015.

³⁷¹ Consacrato all’art. 1223 c.c.

Anche volendo considerare norma primaria l'art. 2043 c.c., viene meno in radice il concetto stesso di danno ingiusto: esiste un danno, ma non si può definire ingiusto, o (*rectius*) esiste un danno ma lo stesso non ha prodotto un fatto che possa definirsi illecito.

Non esiste, nel nostro ordinamento, un diritto a non nascere. “*La vita*”, dice la Corte, “*e non la sua negazione, è il bene supremo protetto dall'ordinamento giuridico*”³⁷².

Il premesso ragionamento va infine valutato anche con riferimento a ragioni di politica legislativa e giurisprudenziale, che anch'esse propendono verso l'esclusione della legittimazione del nato malformato. E' infatti noto che il costo delle cure mediche dei soggetti handicappati è oggi sostenuto dalla collettività³⁷³: riconoscere in capo al malformato una propria legittimazione attiva significherebbe traslare detto costo in capo alle compagnie assicuratrici dei sanitari.

In conclusione, legittimati attivamente alla proposizione dell'azione di risarcimento potranno essere la gestante stessa e, per giurisprudenza ormai consolidata, il marito. Viene inoltre episodicamente riconosciuto dalla giurisprudenza il diritto dei fratelli del nato malformato alla proposizione di detta azione, mentre è in radice escluso quello di quest'ultimo, stante un'incomparabilità degli interessi precedenti il fatto di danno con quelli successivi allo stesso.

³⁷² Cass. Sez. Un. n. 25767 del 2015.

³⁷³ E' oggi più che mai attuale il discorso sul costo dei diritti sociali, l'attuazione dei quali, a differenza dei diritti di libertà, rende necessario l'utilizzo di risorse volte a creare le condizioni per la loro effettività. C'è da chiedersi, però, se esistano vie legittime di allocazione delle risorse o se il legislatore abbia libero ed incondizionato arbitrio nella determinazione delle spese primarie e di quelle secondarie. In ciò, rivelatrice appare la classificazione delle spese operata da L. CARLASSARE, “*Priorità costituzionali e controllo sulla destinazione delle risorse*”, in *Costituzionalismo.it*, Fascicolo 1, 2013, in spese vincolate (utili alla realizzazione dei diritti sociali, i quali dovrebbero sempre essere pensati come priorità), spese secondarie (giusta allocazione delle risorse rimanenti) e spese vietate (es: acquisto di armi). A simili conclusioni perveniva già nel 2000 Cass. Civ. 226/2000, proprio a proposito dell'individuazione delle misure necessarie a tutela dei diritti delle persone disabili.

Ciò detto, e volgendo lo sguardo ai profili comparatistici della questione, va rilevato che la giurisprudenza riguardante azioni di danni per *wrongful birth* e *wrongful life*, formatasi primariamente presso le corti statunitensi, sembra anch'essa escludere *in nuce* il risarcimento nei confronti dello stesso nato malformato, e talvolta anche nei confronti della stessa gestante.³⁷⁴

Alcune considerazioni.

E' fuor di dubbio che non si possa strutturare una valida comparazione tra la vita e la non vita. Ed è chiaro, altresì, che il risarcimento non possa assestarsi sulla tutela di beni che non sono beni della vita, primo tra tutti la morte.

Del resto, il diritto alla vita è solennemente proclamato in tutte le Carte internazionale e sovranazionali alla base della tutela dei diritti umani: la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, il Patto internazionale sui diritti civili e politici, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (CEDU), la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Anche la Costituzione italiana, pur non prevedendo espressamente una disposizione che proclama solennemente il diritto alla vita, lo riconosce implicitamente in molte norme, tanto da potersi ritenere, per dirla con le parole dei Costituenti, che il diritto alla vita sia "*all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione*"³⁷⁵ stessa.

Tuttavia, è possibile guardare la questione da un diverso angolo prospettico. E' ciò che ha fatto, ad esempio, il Tribunale di Trani, con una pronuncia del

³⁷⁴ Vedi ad es. New Jersey Supreme Court, 6 marzo 1967, *Gleitman v. Cosgrove*, in cui furono respinte sia la domanda della madre contro il medico curante, che aveva trascurato la pericolosità della rosolia della gestante, sia quella del figlio nato malato: l'argomento utilizzato fu proprio quello dell'improponibile confronto tra vita con malattia e non vita. Sulla scia del precedente, le Corti superiori della maggior parte degli stati degli U.S.A. hanno respinto le richieste risarcitorie dei figli handicappati, accogliendo invece quella dei genitori (cfr. New Jersey Supreme Court, 26 giugno 1979, *Berman v. Allan*); fanno eccezione pronunce come California Court of Appeal 1980, *Curlender v. Bio Science Laboratories*; California Supreme Court, *Turpin v. Sortini*, 1982; *Harbeson v. Parke-Davies Inc.* 6 gennaio 1983. Anche in Germania si è negato il risarcimento al figlio handicappato (BGH, 18 gennaio 1983); così come in Inghilterra (London Court of Appeal 19 febbraio 1982, *Sachen McKay v. Essex Health Authority*).

³⁷⁵ Così Corte Cost. n. 1146 del 1988.

10.5.2018.³⁷⁶, avendo a sostenere che *“l’errore diagnostico può non incidere solo sulla autodeterminazione delle scelte abortive, ma può avere altre conseguenze in quanto la madre, se adeguatamente informata, potrebbe ugualmente scegliere di non abortire (e non avrebbe perciò alcun diritto al risarcimento del danno da nascita indesiderata), ma avrebbe la possibilità di prepararsi psicologicamente ed anche materialmente alla nascita di un bambino con possibili problemi, che potrebbe necessitare di un particolare accudimento, di una elaborazione del fatto da parte dei genitori, della accettazione e predisposizione di una diversa organizzazione di vita. In questa prospettiva il danno risarcibile è conseguenza non del mancato aborto ma della lesione del diritto ad una maternità consapevole”*.

Secondo la Corte, la violazione del diritto ad una piena e corretta informazione sulla salute del nascituro può essere idonea sul piano dei profili risarcitori, non solo quando si provi che, se adeguatamente informata, la madre avrebbe scelto di abortire, ma, sostengono i giudici di legittimità, *“anche quando questa prova manchi, laddove i genitori siano stati privati della possibilità di prepararsi ad accogliere un bambino che presenti problemi di salute particolari e della possibilità di seguirlo con particolare attenzione, intervenendo tempestivamente”*.

La questione era già stata introdotta dalle Sezioni Unite nel 2015³⁷⁷, che avevano però mancato di esplodere il tema, forse perché ritenuto fuori fuoco rispetto al caso di specie oggetto della sentenza.

Il diritto oggetto di attenzione della Corte è, a ben vedere, quello all’autodeterminazione della donna ³⁷⁸ : dalla mancata possibilità di

³⁷⁶ Trib. Trani, ex sezione distaccata Ruvo di Puglia, g.u. Moselli, 10.5.2018. Si veda la nota di SPINA, *Errore diagnostico del medico e lesione del diritto ad una maternità consapevole: attuali approdi interpretativi e check list*, in *La Nuova Procedura Civile*, 5/2018.

³⁷⁷ Cass. Sez. Un. n. 25767 del 22/12/2015, secondo cui *“la circostanza per cui ogni madre desidera mettere al mondo un bambino sano non si traduce in una presunzione legale della volontà di abortire nel caso di malattie genetiche del bambino, soprattutto nel caso di patologie, come la talassemia, che consentono al bambino di sopravvivere e di vivere dignitosamente, pur con il peso di una malattia invalidante”*.

autodeterminarsi, conseguente, questa volta sì, in maniera immediata e diretta dall'omessa diagnosi del medico, da cui discende il patimento di una madre che non avrebbe portato avanti la gravidanza in condizioni di malattia del feto, o anche la condizione di una madre che sì, l'avrebbe portata avanti ugualmente, ma avrebbe avuto del tempo, quello della gestazione, per prepararsi materialmente e psicologicamente all'idea di crescere un bambino con gravi problemi di salute, e che l'avrebbe cresciuto a seguito di una sua, coraggiosa, scelta consapevole.

In questa prospettiva il danno risarcibile non è conseguenza del mancato aborto, quanto piuttosto della lesione del diritto ad una maternità consapevole³⁷⁹.

In altri termini, il danno risarcibile non è mai la malformazione del feto, né la malattia del bambino nato. Il danno in questione non solo non sarebbe ingiusto, ma a ben vedere non sarebbe neanche danno, perché si tratterebbe di imputare al medico la malformazione che lo stesso non era in alcun modo obbligato ad evitare. Ed infatti, se si seguono le regole civilistiche della causalità³⁸⁰, la stessa non potrà instaurarsi tra il presunto danno costituito dalle malformazioni e la condotta del medico, e ciò perché tale condotta non era preordinata a evitare quel tipo di pregiudizio³⁸¹.

Il danno risarcibile, allora, è quello derivante dal mancato esercizio della scelta abortiva, un danno da lesione del diritto a portare avanti la gravidanza nella

³⁷⁸ Desumibile dalla legge 194/1978, che attiene alla salvaguardia del diritto alla scelta di una maternità consapevole.

³⁷⁹ Così Cass. Civ., Sez. III, ordinanza 05/02/2018 n° 2675.

³⁸⁰ Come autorevolmente sostenuto, *“il giudizio di causalità consente di stabilire se tra due eventi noti (la presunta condotta dannosa e l'evento di danno) intercorra un rapporto di causa ad effetto, ossia un nesso di derivazione; non è invece in grado di andare alla ricerca di tali eventi ove non ancora individuati”*. Così F. PIRAINO, *«Nomina sunt consequentia rerum» anche nella controversia sul danno al concepito per malformazioni genetiche. Il punto dopo le Sezioni unite 22 dicembre 2015 n. 25767*, in *Dir. civ. cont.*, 6 gennaio 2016.

³⁸¹ Così PIRAINO F., *op.cit.*

consapevolezza della patologia neonatale diagnosticabile, ma non diagnosticata³⁸².

E' in questo mutato contesto interpretativo che la comparazione non viene più ad instaurarsi tra la vita e la morte, in quel limbo che è stato definito "*terra di nessuno tra bios e zoé*"³⁸³.

Lo stesso concetto di negazione del cd. "diritto a non nascere se non sano" appare allora fondata su un presupposto fallace. Di fatto, il pregiudizio di cui si chiede la riparazione non è la malformazione -che, in effetti, non è conseguenza dell' omessa diagnosi del medico, quanto piuttosto dell'evento naturale del concepimento³⁸⁴- ma la diretta ed immediata conseguenza dell'errore medico, ovvero la mancata possibilità di scelta in capo alla gestante e, perché no, in capo al proprio congiunto. E' la scelta di abortire ad essere resa impraticabile dall'errore del medico. Il diritto risarcibile allora, non è quello a non nascere se non sano, ma quello a non nascere se non voluto.

Non si realizza, in tal modo, l'irriducibile contraddizione tra nascita e non nascita, tra vita e morte, tra diritto e non diritto. E', invero, la possibilità di autodeterminarsi della gestante a rendere giustizia al valore assoluto della vita umana.

Meritano infine menzione le recenti pronunce giurisprudenziali sul punto, la prima del 2017³⁸⁵, volta a meglio precisare la disciplina dell'onere della prova in materia di nascita indesiderata, e la seconda, sopra menzionata, del 2018³⁸⁶, nota per aver riconosciuto ancora una volta anche al padre il diritto al risarcimento del danno da mancata diagnosi della malformazione fetale.

Con la prima pronuncia, la Cassazione riprende l'orientamento espresso della

³⁸² Così Cass. Civ., Sez. III, ordinanza 05/02/2018 n° 2675, *cit.*

³⁸³ Così Rossi S., *La cassazione e la nascita indesiderata (profili costituzionali di Cass. civ., 2/2012, n. 1675)*, Forum di Quaderni Costituzionali, Rassegna 2012.

³⁸⁴ Così Rossi S., *op. cit.*

³⁸⁵ Cass. Civ. Sez. III, 11-04-2017, n. 9251.

³⁸⁶ Cass. Civ., Sez. III, ordinanza 05/02/2018 n° 2675, *cit.*

Sezioni Unite, per cui, in tema di responsabilità medica da nascita indesiderata, *“il genitore che agisce per il risarcimento del danno ha l’onere di provare che la madre avrebbe esercitato la facoltà d’interrompere la gravidanza – ricorrendone le condizioni di legge – ove fosse stata tempestivamente informata dell’anomalia fetale; quest’onere può essere assolto tramite praesumptio hominis, in base a inferenze desumibili dagli elementi di prova in atti (...)”*.³⁸⁷

Con la seconda, la Corte conferma l’indirizzo già consolidato³⁸⁸ in tema di risarcimento di soggetti ulteriori rispetto alla gestante, in virtù del quale, il padre rientra *“tra coloro rispetto ai quali la prestazione mancata o inesatta può qualificarsi come inadempimento, con tutte le relative conseguenze sul piano risarcitorio”*³⁸⁹.

Due conferme, dunque, di orientamenti giurisprudenziali che sembrano ormai essere già stati marcatamente tracciati.

5. LE TABELLE DI MILANO: L’EVOLUZIONE PARANORMATIVA DEI CRITERI DI LIQUIDAZIONE DEL DANNO ALLA PERSONA.

Da ultimo, meritano in questo contesto una breve trattazione le cd. Tabelle di Milano, mezzi ormai essenziali al giudice del risarcimento ai fini della migliore tutela del soggetto danneggiato.

Come noto, nell’ambito del danno non patrimoniale il formante legislativo ha da

³⁸⁷ Cfr. Cass. Civ., Sez. Un., 22/12/2015, n. 25767, e da ultimo Cass. Civ. Sez. Terza, 11-04-2017, n. 9251. Le presunzioni legali di cui la Corte parla sono, ad esempio, il ricorso al consulto medico funzionale alla conoscenza dello stato di salute del nascituro, le precarie condizioni psico-fisiche della gestante o le sue pregresse manifestazioni di pensiero propense all’opzione abortiva, gravando sul medico la prova contraria, i.e. che la donna non si sarebbe determinata all’aborto per qualsivoglia ragione personale.

³⁸⁸ Cass. Civ. n. 20320/2005.

³⁸⁹ Così Cass. Civ. n. 20320/2005, *cit.*

sempre manifestato le sue carenze, rimettendo la regolamentazione dell'intera disciplina nelle mani degli artt. 2059 e seguenti del codice civile. Nulla, in particolare, dice la legge in merito al *quantum* risarcitorio da riferirsi alle varie voci di danno non patrimoniale, e dunque ai criteri di liquidazione del danno non patrimoniale stesso; per tale motivo, la giurisprudenza ha da principio ricoperto il ruolo di supplenza dell'inerzia legislativa, e ciò in un'ottica di prevedibilità delle decisioni giudiziali che risulta quanto mai necessaria in un ambito in cui ampiamente discrezionale può risultare la scelta del *quantum* risarcitorio, se trattasi, come nel caso in questione, di assegnare un valore monetario, e dunque materiale, a beni della persona inevitabilmente immateriali. L'obiettivo della giurisprudenza nella creazione di criteri di liquidazione, a ben vedere, era, sin da principio, quello di evitare il cd. fenomeno del *forum shopping*, in cui il danneggiato decide di incardinare il processo nel foro in cui è prevedibile ottenere un più cospicuo risarcimento.

Il problema si presenta invero agli inizi degli anni '90, quando la liquidazione di quello che ai tempi era il danno non patrimoniale per eccellenza, il danno biologico, risultava estremamente frammentata. Ed infatti, *"all'interno delle diverse Sezioni del Tribunale di Milano si adottavano criteri diversi, e a volte ciò avveniva anche all'interno della stessa sezione. Il danno da morte, ad esempio, veniva liquidato alla Sezione Undicesima in 200 milioni di lire, ed a tre metri di distanza, alla Decima, si liquidava il doppio"*³⁹⁰. A complicare il quadro, il criterio utilizzato dalla maggior parte dei giudici italiani per il risarcimento del danno non patrimoniale era improntato ad un sistema di equità pura; in altre parole, era invalsa ed incontrastata la prassi giurisprudenziale univoca di valutare ogni caso in relazione alla fattispecie concreta, circostanza questa che comportava l'impossibilità di creazione di precedenti sul punto.

Dalla volontà di individuazione di criteri risarcitori comuni deriva un'operazione

³⁹⁰ Dall'intervista al Presidente dell'Osservatorio per la Giustizia Civile di Milano Damiano Spera, realizzata presso i locali dell'Osservatorio in data 29.3.2019.

unica nel panorama europeo, che vede un cospicuo gruppo giuristi (avvocati, magistrati, tirocinanti) e medici legali, eseguire un lavoro di redazione di tabelle indicanti, per ciascun tipo di danno, il valore monetario da liquidare in sentenza. Ciò che, in effetti, nasceva come mezzo di utilizzo interno al Tribunale di Milano, utile a fornire ai magistrati della Corte d'Appello citata delle linee guida nella liquidazione del danno, viene poi richiamato in numerose sentenze, acquisendo, di fatto, un'efficacia para normativa.

Le tabelle di Milano vedono per la prima volta la luce nell'anno 1995, per rispondere alla necessità di rendere omogenei i criteri di liquidazione del danno alla persona. In un primo momento, in effetti, l'Osservatorio per la Giustizia Civile della Corte d'Appello di Milano si concentra sull'individuazione dei metodi di indennizzazione del danno morale e del danno biologico.

La prima versione delle tabelle contiene *in nuce* il sistema, poi rivisto nelle edizioni successive, di individuazione della misura del risarcimento: tale misura si determina formando una curva di risarcimento, caratterizzata da un punto medio, il cui valore aumenta in modo progressivo all'aumentare dell'invalidità provocata dal danno, e diminuisce invece in considerazione dell'età del soggetto danneggiato. Il metodo utilizzato, ricorda Spera³⁹¹, fu da subito *“quello del monitoraggio dei criteri sino a quel momento adottati (criterio dell' equità pura, criterio del doppio della pensione sociale, criterio del triplo della pensione sociale, criterio economico)”*. Dall'analisi dei criteri è derivata l'individuazione del cd. punto progressivo del danno, elemento che ha poi permesso di costruire la cd. curva di liquidazione, sulla base della quale venivano poi individuati i valori monetari.

Tale modalità risarcitoria, che nasceva in un contesto di collaborazione informale tra giudici, magistrati, medici legali, a partire dalla l. n. 57/2001 viene ad essere riconosciuta espressamente dal legislatore, ed è oggi espressamente

³⁹¹ Dall'intervista al Presidente dell'Osservatorio per la Giustizia Civile di Milano Damiano Spera, realizzata presso i locali dell'Osservatorio in data 29.3.2019.

stata recepita negli artt. 138 e 139 Cod. Ass³⁹². e, nell'art. 3 del D.L. 13 settembre

³⁹² «Art. 138. – (Danno non patrimoniale per lesioni di non lieve entità). – 1. Al fine di garantire il diritto delle vittime dei sinistri a un pieno risarcimento del danno non patrimoniale effettivamente subito e di razionalizzare i costi gravanti sul sistema assicurativo e sui consumatori, con decreto del Presidente della Repubblica, da adottare entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro della salute, con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali e con il Ministro della giustizia, si provvede alla predisposizione di una specifica tabella unica su tutto il territorio della Repubblica: a) delle menomazioni all'integrità psico-fisica comprese tra dieci e cento punti; b) del valore pecuniario da attribuire a ogni singolo punto di invalidità comprensivo dei coefficienti di variazione corrispondenti all'età del soggetto leso. 2. La tabella unica nazionale è redatta, tenuto conto dei criteri di valutazione del danno non patrimoniale ritenuti congrui dalla consolidata giurisprudenza di legittimità, secondo i seguenti principi e criteri: a) agli effetti della tabella, per danno biologico si intende la lesione temporanea o permanente all'integrità psico-fisica della persona, suscettibile di accertamento medico-legale, che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di produrre reddito; b) la tabella dei valori economici si fonda sul sistema a punto variabile in funzione dell'età e del grado di invalidità; c) il valore economico del punto è funzione crescente della percentuale di invalidità e l'incidenza della menomazione sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato cresce in modo più che proporzionale rispetto all'aumento percentuale assegnato ai postumi; d) il valore economico del punto è funzione decrescente dell'età del soggetto, sulla base delle tavole di mortalità elaborate dall'ISTAT, al tasso di rivalutazione pari all'interesse legale; e) al fine di considerare la componente del danno morale da lesione all'integrità fisica, la quota corrispondente al danno biologico stabilita in applicazione dei criteri di cui alle lettere da a) a d) è incrementata in via percentuale e progressiva per punto, individuando la percentuale di aumento di tali valori per la personalizzazione complessiva della liquidazione; f) il danno biologico temporaneo inferiore al 100 per cento è determinato in misura corrispondente alla percentuale di inabilità riconosciuta per ciascun giorno; 3. Qualora la menomazione accertata incida in maniera rilevante su specifici aspetti dinamico-relazionali personali documentati e obiettivamente accertati, l'ammontare del risarcimento del danno, calcolato secondo quanto previsto dalla tabella unica nazionale di cui al comma 2, può essere aumentato dal giudice, con equo e motivato apprezzamento delle condizioni soggettive del danneggiato, fino al 30 per cento. 4. L'ammontare complessivo del risarcimento riconosciuto ai sensi del presente articolo è esaustivo del risarcimento del danno conseguente alle lesioni fisiche. 5. Gli importi stabiliti nella tabella unica nazionale sono aggiornati annualmente, con decreto del Ministro dello sviluppo economico, in misura corrispondente alla variazione dell'indice nazionale dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati accertata dall'ISTAT» 6. La tabella unica nazionale predisposta con il decreto del Presidente della Repubblica di cui all'articolo 138, comma 1, del codice delle assicurazioni private, di cui al decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, come sostituito dal comma 17 del presente articolo, si applica ai sinistri e agli eventi verificatisi successivamente alla data di entrata in vigore del medesimo decreto del Presidente della Repubblica. L'articolo 139 del codice delle assicurazioni private, di cui al decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, e successive modificazioni, è sostituito dal seguente: «Art. 139. – (Danno non patrimoniale per lesioni di lieve

entità). – 1. Il risarcimento del danno biologico per lesioni di lieve entità, derivanti da sinistri conseguenti alla circolazione di veicoli a motore e di natanti, è effettuato secondo i criteri e le misure seguenti: a) a titolo di danno biologico permanente, è liquidato per i postumi da lesioni pari o inferiori al 9 per cento un importo crescente in misura più che proporzionale in relazione a ogni punto percentuale di in-validità; tale importo è calcolato in base all'applicazione a ciascun punto percentuale di invalidità del relativo coefficiente secondo la correlazione stabilita dal comma 6. L'importo così determinato si riduce con il crescere dell'età del soggetto in ragione dello 0,5 per cento per ogni anno di età a partire dall'undicesimo anno di età. Il valore del primo punto è pari a 795,91 euro; b) a titolo di danno biologico temporaneo, è liquidato un importo di 39,37 euro per ogni giorno di inabilità assoluta; in caso di inabilità temporanea inferiore al 100 per cento, la liquidazione avviene in misura corrispondente alla percentuale di inabilità riconosciuta per ciascun giorno. 2. Ai fini di cui al comma 1, per danno biologico si intende la lesione temporanea o permanente all'integrità psico-fisica della persona, suscettibile di accertamento medico-legale, che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di produrre reddito. In ogni caso, le lesioni di lieve entità, che non siano suscettibili di accertamento clinico strumentale obiettivo, ovvero visivo, con riferimento alle lesioni, quali le cicatrici, oggettivamente riscontrabili senza l'ausilio di strumentazioni, non possono dar luogo a risarcimento per danno biologico permanente. 3. Qualora la menomazione accertata incida in maniera rilevante su specifici aspetti dinamico-relazionali personali documentati e obiettivamente accertati ovvero causi o abbia causato una sofferenza psico-fisica di parti-colare intensità, l'ammontare del risarcimento del danno, calcolato secondo quanto previsto dalla tabella di cui al comma 4, può essere aumentato dal giudice, con equo e motivato apprezzamento delle condizioni soggettive del danneggiato, fino al 20 per cento. L'ammontare complessivo del risarcimento riconosciuto ai sensi del presente articolo è esaustivo del risarcimento del danno non patrimoniale conseguente a lesioni fisiche. 4. Con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro della salute, di concerto con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali, con il Ministro della giustizia e con il Ministro dello sviluppo economico, si provvede alla predisposizione di una specifica tabella delle menomazioni dell'integrità psico-fisica comprese tra 1 e 9 punti di invalidità. 5. Gli importi indicati nel comma 1 sono aggiornati annualmente con decreto del Ministro dello sviluppo economico, in misura corrispondente alla variazione dell'indice nazionale dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati accertata dall'ISTAT. 6. Ai fini del calcolo dell'importo di cui al comma 1, lettera a), per un punto percentuale di invalidità pari a 1 si applica un coefficiente moltiplicatore pari a 1, per un punto percentuale di invalidità pari a 2 si applica un coefficiente moltiplicatore pari a 1,1, per un punto percentuale di invalidità pari a 3 si applica un coefficiente moltiplicatore pari a 1,2, per un punto percentuale di invalidità pari a 4 si applica un coefficiente moltiplicatore pari a 1,3, per un punto percentuale di invalidità pari a 5 si applica un coefficiente moltiplicatore pari a 1,5, per un punto percentuale di invalidità pari a 6 si applica un coefficiente moltiplicatore pari a 1,7, per un punto percentuale di invalidità pari a 7 si applica un coefficiente moltiplicatore pari a 1,9, per un punto percentuale di invalidità pari a 8 si applica un coefficiente moltiplicatore pari a 2,1 e per un punto percentuale di invalidità pari a 9 si applica un coefficiente moltiplicatore pari a 2,3”.

Tuttavia, in seguito ad importanti arresti giurisprudenziali della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione³⁹⁴, si palesa l'esigenza di una modifica delle tabelle, che miri a renderle coerenti con i mutati assetti giurisdizionali in tema di danno alla persona. Inoltre, la curva individuata dalle tabelle del '95 non era ritenuta soddisfacente perché poco rispondente a criteri di equità. Si riteneva, in particolare, che le fasce di età 10/30 fossero troppo penalizzate, garantendo risarcimenti congrui solo alle soglie dei 50 punti di invalidità. Si individuarono perciò, i valori monetari della nuova curva, attualmente in vigore.

Così, nel 2004, le tabelle di Milano vengono revisionate. In particolare, la seconda versione ricomprende le voci di danno biologico, morale e per perdita e

³⁹⁴ Si citano, in particolare, Corte Cost. n. 184/1986, in cui la Corte affermò il principio secondo cui il criterio di liquidazione del danno biologico deve *“risultare rispondente da un lato ad un'uniformità pecuniaria di base (lo stesso tipo di lesione non può essere valutato in maniera del tutto diversa da soggetto a soggetto ...) e dall'altro ad elasticità e flessibilità, per adeguare la liquidazione del caso di specie all'effettiva incidenza dell'accertata menomazione sulle attività della vita quotidiana, attraverso le quali, in concreto, si manifesta l'efficienza psico - fisica del soggetto danneggiato”*. Si tratta di un principio che ha forse preso le mosse dal criterio di liquidazione contenuto nell'originaria formulazione delle tabelle, secondo il quale la liquidazione va operata per il tramite di valori monetari “standard” (come ad esempio quello dell'età), per poi personalizzare la posta risarcitoria in relazione alle peculiarità del caso concreto.; Corte Cost. n. 356/1991, secondo cui il giudice avrebbe, da allora in poi, dovuto liquidare il danno biologico tenendo conto delle menomazioni del danneggiato *“in tutti gli ambiti in cui il soggetto svolge la sua personalità e cioè su tutte le attività realizzatrici della persona umana”*; Corte Cost. n. 372/1994, la celebre sentenza Mengoni, la quale affermò che *“è sempre necessaria la prova ulteriore dell'entità del danno, ossia la dimostrazione che la lesione ha prodotto una perdita di tipo analogo a quello indicato dall'art. 1223 c.c., costituita dalla diminuzione o privazione di un valore personale (non patrimoniale), alla quale il risarcimento deve essere (equitativamente) commisurato”*; Corte Cost. n.233/2003, la quale ha di fatto recepito gli arresti di Cass. n. 8827 e n. 8828 del 31 maggio 2003 (c.d. “sentenze gemelle”), ritenendo *“ormai superata la tradizionale affermazione secondo la quale il danno non patrimoniale riguardato dall'art. 2059 c.c. si identificerebbe con il c.d. danno morale soggettivo(...) nel quadro di un sistema bipolare del danno patrimoniale e di quello non patrimoniale – un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., tesa a ricomprendere nell'astratta previsione della norma ogni danno di natura non patrimoniale derivante da lesione di valori inerenti alla persona: e dunque sia il danno morale soggettivo, inteso come transeunte turbamento dello stato d'animo della vittima; sia il danno biologico in senso stretto inteso come lesione dell'interesse costituzionalmente garantito all'integrità psichica e fisica della persona, conseguente ad un accertamento medico (art. 32 Cost.); sia infine il danno (spesso definito in dottrina e in giurisprudenza come esistenziale) derivante dalla lesione di (altri) interessi di rango costituzionale inerenti alla persona”*.

grave lesione del rapporto parentale, non includendo invece, ancora una volta, il richiamo al danno esistenziale.³⁹⁵

Una nuova modifica si rende necessaria nel 2009, e ciò a seguito dell' emissione delle celebri sentenze San Martino³⁹⁶, le quali, come noto, optano per l'unitarietà del danno non patrimoniale, le cui categorie (danno morale, danno biologico), costituiranno, da allora in poi, esclusivamente delle sottocategorie descrittive dell'autonoma macrocategoria di danno³⁹⁷, con conseguente pericolo di duplicazione risarcitoria³⁹⁸ in caso di congiunta attribuzione di più voci di danno separatamente intese.

In ambito tabellare, ciò si tramuta nella seguente conseguenza: si ricomprendono in un'unica categoria le varie poste risarcitorie, e ciò sulla scorta di un'interpretazione delle sentenze S. Martino che vede come facce della stessa medaglia la menomazione psicofisica (alla quale consegue *"il pregiudizio non patrimoniale consistente nel non poter fare"*)³⁹⁹ e la pena dalla medesima derivante (*"la sofferenza morale determinata dal non poter fare"*)⁴⁰⁰. Quest'ultima, intesa come sofferenza morale derivante dal danno biologico

³⁹⁵ Nonostante in quell'epoca la figura del danno esistenziale fosse grandemente supportata da buona parte della dottrina, l'Osservatorio ritenne di non doverla ammettere tra le voci di danno risarcibili, e ciò in forza di un'interpretazione dell'art. 2059 c.c. che la vedeva norma tipizzante delle varie voci di danno non patrimoniale. Con sentenza n. 15350/2015, la Cassazione a Sezioni Unite ribadirà poi il principio secondo cui il c.d. danno esistenziale o è già ricompreso nei pregiudizi, risarcibili ex art. 2059 c.c., scaturenti dalla lesione di interessi della persona di rango costituzionale, ed allora *"la liquidazione di una ulteriore posta di danno comporterebbe una duplicazione risarcitoria"*, oppure consiste in pregiudizi non lesivi di diritti inviolabili della persona; in questa ipotesi, la categoria del danno esistenziale *"sarebbe del tutto illegittima, posto che simili pregiudizi non sono risarcibili per effetto del divieto di cui all'art. 2059 c.c."*.

³⁹⁶ Cass. Civ., Sez. Un., 11.11.2008, n. 26972, 26973, 26974 e 26975, *cit.*

³⁹⁷ Se ne è già discusso nel prg. 1, cap. 2 della presente tesi.

³⁹⁸ Con riferimento all'ipotesi di duplicazione risarcitoria, in particolare, il giudice di San Martino specifica il pericolo di duplicazione esistente nel caso di danno morale, nella sua rinnovata configurazione, e del danno da perdita del rapporto parentale, *"poiché la sofferenza patita nel momento in cui la perdita è percepita e quella che accompagna l'esistenza del soggetto che l'ha subita altro non sono che componenti del complesso pregiudizio"*.

³⁹⁹ Cass. Civ., Sez. Un., 11.11.2008, n. 26972, 26973, 26974 e 26975, *cit.*

⁴⁰⁰ Cass. Civ., Sez. Un., 11.11.2008, n. 26972, 26973, 26974 e 26975, *cit.*

subito, e dunque come danno morale, viene allora intesa come “*componente di più complesso pregiudizio non patrimoniale*”⁴⁰¹. L'Osservatorio opta dunque per una tabella basata su valori monetari “medi”, individuati in considerazione di lesioni frequentemente ricorrenti, e dunque standardizzabili, sia in relazione agli aspetti anatomico-funzionali, che a quelli relazionali, come anche a quelli afferenti alla sofferenza soggettiva; se ne ricava un *quantum* risarcitorio da personalizzare nel caso in cui si riscontrino peculiarità nella fattispecie che comportino un incremento del danno considerevole. Esiste, poi, per l'interprete, la possibilità di modulare il risarcimento oltre i valori minimi e massimi specificati, e ciò nel caso in cui si rinvenivano circostanze eccezionali che rendono necessario un discostamento dallo standard tabellare.

Orbene, l'evoluzione giurisprudenziale in tema di danno alla persona, in seguito al 2009, è notevole. E' del 2011, ad esempio, la nota sentenza Amatucci⁴⁰², la quale prende atto dell'elaborazione svolta dall'Osservatorio di Milano a seguito delle Sezioni Unite del 2008, e riconosce che “*nella liquidazione del danno biologico, quando manchino criteri stabiliti dalla legge, l'adozione della regola equitativa di cui all'art. 1226 c.c. deve garantire non solo una adeguata valutazione delle circostanze del caso concreto, ma anche l'uniformità di giudizio a fronte di casi analoghi, essendo intollerabile e non rispondente ad equità che danni identici possano essere liquidati in misura diversa sol perché esaminati da differenti Uffici giudiziari*”. E' solo il riferimento predisposto dalle Tabelle, a dire della Corte, ad assicurare tale uniformità di trattamento. Pertanto, la Cassazione opera, per la prima volta, il riconoscimento della valenza delle predette tabelle quale “*parametro di conformità della valutazione equitativa del danno biologico alle disposizioni di cui agli artt. 1226 e 2056 c.c. -, salvo che non sussistano in*

⁴⁰¹ Cass. Civ., Sez. Un., 11.11.2008, n. 26972, 26973, 26974 e 26975, *cit.*

⁴⁰² Cass. Civ., n. 12408/2011. La Corte di Cassazione ebbe in quella sede a riconoscere il lavoro degli Osservatori di tutta Italia, e segnatamente di quello di Milano, i quali “*al di là delle diversità delle condizioni economiche e sociali dei diversi contesti territoriali, hanno posto a base del calcolo medio i valori di riferimento per la liquidazione del danno alla persona adottati dal Tribunale di Milano, dei quali è dunque già nei fatti riconosciuta una sorta di vocazione nazionale*”.

concreto circostanze idonee a giustificarne l'abbandono"⁴⁰³, e ciò in applicazione, in particolare, dell'art. 3 Cost.

Ancora, nel 2014 la Corte Costituzionale ⁴⁰⁴ si pronuncia sul vaglio di costituzionalità ⁴⁰⁵ dell'art. 139 Cod. Ass., smentendo i remittenti, i quali sostenevano l'impossibilità della norma di costituire un addentellato normativo per la risarcibilità del danno non patrimoniale (in specie, morale); la Corte di Cassazione negli stessi anni, con la già ricordata sentenza n. 26972 del 2008, puntualizza come il bilanciamento tra i diritti inviolabili della persona ed il dovere di solidarietà (di cui, rispettivamente, al primo e secondo comma dell'art. 2 Cost.) importi la non risarcibilità del danno nel caso in cui non si superi quel *"livello di tollerabilità che ogni persona inserita nel complesso contesto sociale (...) deve accettare in virtù del dovere di tolleranza che la convivenza impone"*⁴⁰⁶.

Ancora, nel 2014 la Corte di Cassazione si pronuncia sul noto caso Scarano⁴⁰⁷, e

⁴⁰³ Cass. Civ., n. 12408/2011, *cit.*

⁴⁰⁴ Si tratta di Corte Cost. n. 235/2014.

⁴⁰⁵ La Corte Cost., nel pronunciarsi sulla predetta norma, prende le mosse dalle citate sentenze di San Martino, le quali hanno ben chiarito (nel quadro, per altro, proprio della definizione del danno biologico recata dal comma 2 del medesimo art. 139 Cod. Ass.) come *"il cosiddetto "danno morale" - e cioè la sofferenza personale suscettibile di costituire ulteriore posta risarcibile (comunque unitariamente) del danno non patrimoniale, nell'ipotesi in cui l'illecito configuri reato - rientra nell'area del danno biologico, del quale ogni sofferenza, fisica o psichica, per sua natura intrinseca costituisce componente"*.

⁴⁰⁶ La Cassazione, ebbe in quella sede a sostenere che *"il controllo di costituzionalità del meccanismo tabellare di risarcimento del danno biologico introdotto dal censurato art. 139 Cod. Ass. - per il profilo del prospettato vulnus al diritto all'integralità del risarcimento del danno alla persona - va, quindi, condotto non già assumendo quel diritto come valore assoluto e intangibile, bensì verificando la ragionevolezza del suo bilanciamento con altri valori, che sia eventualmente alla base della disciplina censurata. Orbene, in un sistema, come quello vigente, di responsabilità civile per la circolazione dei veicoli obbligatoriamente assicurata - in cui le compagnie assicuratrici, concorrendo ex lege al Fondo di garanzia per le vittime della strada, perseguono anche fini solidaristici, e nel quale l'interesse risarcitorio particolare del danneggiato deve comunque misurarsi con quello, generale e sociale, degli assicurati ad avere un livello accettabile e sostenibile dei premi assicurativi - la disciplina in esame, che si propone il contemperamento di tali contrapposti interessi, supera certamente il vaglio di ragionevolezza"*.

⁴⁰⁷ Cass. n. 1361/2014. Nonostante tale pronunciamento, in un primo momento l'Osservatorio non provvedere all'allestimento di una tabella di liquidazione del danno tanatologico, ma di

di nuovo sul punto l'anno successivo,⁴⁰⁸ quando ribadisce l'irragionevolezza della liquidazione del danno tanatologico⁴⁰⁹, ripudiando in via definitiva il danno *in re ipsa* e confermando la necessità, ai fini risarcitori, di perdite che siano *“conseguenza della lesione della situazione giuridica soggettiva e non quelli consistenti nell'evento lesivo, in sé considerato”*. La medesima sentenza è anche ricordata per aver ribadito il principio della *“liquidazione unitaria del danno”*, che comprende *“tanto quello di tipo relazionale quanto la sofferenza soggettiva rappresentata dal danno morale”*⁴¹⁰.

L'ultimo passo dell'evoluzione paranormativa sopra citata è rappresentato dalla redazione delle Tabelle del 2018, cd. nuove *“Tabelle per la liquidazione del danno non patrimoniale derivante da lesione alla integrità psicofisica e dalla perdita/grave lesione del rapporto parentale”*.

Numerose le novità.

Tra tutte- ad esempio, la rivalutazione degli importi rispetto alla versione precedente di +1,2% per l'adeguamento ai più recenti indici Istat- merita menzione l'indicazione in tabella, per la prima volta a seguito delle sentenze San Martino, di più voci di danno. Queste sono:

- il danno cd. da premorienza⁴¹¹, o biologico intermittente, che si verifica nei casi in cui il patimento della lesione provocata dal danno si interrompe per effetto del decesso del danneggiato, che avvenga per cause estranee all'attività del danneggiante; si risarcisce, in tali casi, il danno subito nell'intervallo di tempo intercorrente tra la lesione, provocata dal danno, e la morte, estranea al medesimo;

attendere decisioni definitive in merito da parte delle Sezioni Unite, le quali arriveranno con Cass. n. 15350/2015.

⁴⁰⁸ Cass. Civ, Sez. Un., n. 15350/2015.

⁴⁰⁹ Se ne è già discusso nel prg n. 2 del presente capitolo.

⁴¹⁰ Il principio era già stato affermato nelle già citate sentenze di San Martino.

⁴¹¹ Se ne è discusso nel prg. 2.2. del presente capitolo.

- il danno “terminale”⁴¹², che include le poste di danno liquidabili *iure proprio* alla vittima, quando le medesime lesioni ne cagionano il decesso dopo un intervallo temporale definito dalla giurisprudenza come “apprezzabile”;

- danno cd. da “diffamazione a mezzo stampa”, a sua volta suddiviso in altri cinque sottotipi, i quali si differenziano in relazione alla gravità della diffamazione medesima⁴¹³.

- danno conseguente ad ipotesi di “responsabilità aggravata” della parte in un giudizio: si tratta di criteri per la liquidazione del danno ex art. 96, III comma c.p.c. .

Tra le principali critiche alle nuove Tabelle 2018, la considerazione secondo cui alcuni dei criteri compensatori presentati suggeriscano un’applicazione punitiva del metodo civilistico risarcitorio, specie i criteri relativi al danno da diffamazione, che prevedono la possibilità di un maggiore risarcimento in considerazione dell’elemento soggettivo sotteso alla produzione del danno. Secondo Ilaria Gentile, coordinatrice del gruppo “Consenso informato”, la quale si è occupata dei lavori relativi al danno da diffamazione, “è di comune evidenza che se lo stesso fatto viene perpetrato con dolo la vittima soffre di più rispetto al caso in cui il fatto è consumato con colpa. La ratio della misura è soltanto quella di garantire un risarcimento maggiore ad un danno che ha provocato un danno maggiore”⁴¹⁴.

Altra critica mossa riguarda il problema dell’efficacia paranormativa delle nuove Tabelle. Come sopra menzionato, la Corte di Cassazione, con sentenza n. 12408 del 2011, ha attribuito alle tabelle il valore di “parametro di equità”, ai sensi

⁴¹² Se ne è ampiamente discusso nei prg. 2 ss. del presente capitolo.

⁴¹³ I sottotipi del danno da diffamazione vengono in tabella graduati in base alla relativa gravità (tenue, modesta, media, elevata, eccezionale), e determinata in conformità a taluni elementi quali la notorietà dell’agente diffamante, l’eventuale carica pubblica ricoperta dal soggetto passivo, lo strumento utilizzato, la sussistenza o meno della relativa rettifica, e via dicendo.

⁴¹⁴ Dall’intervista al magistrato Ilaria Gentile, coordinatrice del gruppo “Consensus informato”, realizzata presso i locali dell’Osservatorio per la Giustizia Civile del Tribunale di Milano in data 29.3.2019.

dell'articolo 1226 c.c., prevedendo che i giudici di merito avrebbero dovuto adottare le tabelle predisposte dal Tribunale di Milano, a meno che non avessero espressamente indicato in motivazione per quale ragione intendevano discostarsene. Tutto ciò, però, si riferiva alle tabelle relative al danno biologico e al danno da morte. Oggi, le tabelle di Milano includono altre voci di danno: danno da premorienza, danno terminale, danno da diffamazione e da lite temeraria. Per assicurare efficacia paranormativa alle nuove tabelle, ed in particolare alle nuove voci di danno, si attende un nuovo pronunciamento della Cassazione che le elevi a nuovi parametri di equità? In altre parole, sarà censurabile in sede di legittimità una sentenza di merito la quale liquidi il danno da diffamazione a mezzo stampa non attenendosi ai criteri stabiliti dalle nuove tabelle milanesi?

La Corte di Cassazione del 2011 ha trovato nelle Tabelle milanesi il criterio preferenziale per la stima del danno alla salute, e ciò sul presupposto che esse fossero:

- a) le più diffuse sul territorio nazionale;
- b) le più "testate";
- c) le più risalenti nel tempo.

Ciò, in effetti, non vale anche per le nuove Tabelle 2018, che essendo, appunto, nuove, non coincidono con gli ultimi due requisiti sopra indicati. Quanto al primo, se vero è che le Tabelle sono state approvate, prima della loro diffusione, dalla maggior parte degli Osservatori italiani, vero è anche che soltanto il trascorrere di un apprezzabile lasso di tempo permetterà di valutare se queste siano effettivamente applicate in maniera diffusa e capillare sul territorio nazionale.

Di certo, ad oggi, non sono le uniche. Ed infatti, lo scorso 28 Dicembre sono entrate in vigore le nuove Tabelle di Roma, le quali allontanano definitivamente la possibilità di un'interpretazione estensiva di Cassazione 2011.

Lo stesso presidente Spera ammette che le Tabelle, al momento, non hanno alcuna efficacia paranormativa, e che dovrebbero essere percepite soltanto come

proposte adottate dalla Corte d'Appello di Milano e ritenute congrue dagli altri Osservatori d'Italia. *“Il riconoscimento della Cassazione”*, ritiene il Presidente, *“dipenderà da come e quanto verrà utilizzata e condivisa la nuova Tabella dai colleghi degli uffici giudiziari d'Italia. Ricorda il Presidente che “la valenza paranormativa va conquistata sul campo”*, e che l'Osservatorio ha il solo compito di aiutare il sistema ad elaborare dei criteri unitari, non pretendendo di ergersi ad *“alter ego della Cassazione”*⁴¹⁵.

Ad oggi, l'applicazione delle nuove tabelle è già cospicua, e la Corte di Cassazione ha menzionato nuovamente le tabelle nei suoi pronunciamenti. Si ricorda, in particolare, la sentenza n. 7840/2018⁴¹⁶, salutata come la definitiva consacrazione delle Tabelle di Milano⁴¹⁷, quando sostiene che *“in caso di mancata liquidazione del cosiddetto danno morale, occorre, pertanto, che il ricorrente, in sede di impugnazione della sentenza, non si limiti ad insistere sulla separata liquidazione di tale voce, ma che articoli chiaramente la doglianza come erronea esclusione, dal totale ricavato in applicazione delle tabelle in uso presso il Tribunale di Milano, delle componenti di danno diverse da quella originariamente descritta come danno biologico, risultando, in difetto, inammissibile la censura, atteso il carattere tendenzialmente omnicomprensivo delle previsioni delle predette tabelle”*⁴¹⁸.

Ad ogni modo, le novità introdotte dalle Tabelle 2018, nonché altri eventi di notevole spessore in ambito risarcitorio⁴¹⁹ hanno condotto la dottrina a parlare del 2018 come dell'anno zero del danno non patrimoniale.⁴²⁰ L'auspicio, a parere di chi scrive, è che le prossime Tabelle contengano criteri risarcitori

⁴¹⁵ Dall'intervista al Presidente dell'Osservatorio per la Giustizia Civile di Milano Damiano Spera, realizzata presso i locali dell'Osservatorio in data 29.3.2019.

⁴¹⁶ Cfr. Cass. Civ., Sez. Lavoro, n. 7840/2018.

⁴¹⁷ Cfr. MAZZON R., *Il nuovo danno non patrimoniale*, cit.

⁴¹⁸ Cass. Civ., Sez. Lav., n. 7840/2018.

⁴¹⁹ Ci si riferisce alle sentenze di Cass. Civ. 392/2018, 7513/2018, 7840/2018, di cui si è già trattato diffusamente nel prg. 1, cap. II della presente tesi.

⁴²⁰ Cfr. MAZZON R., *Il nuovo danno non patrimoniale*, Pacini Editore, 2018.

sovrnazionali, frutto dell'incontro delle Corti di tutti gli Stati membri e prodotto di una giurisprudenza condivisa delle medesime.⁴²¹

⁴²¹ Se ne discuterà nel prg. 7, Cap IV della presente tesi.

CAPITOLO IV

L'ACQUIS COMMUNAUTAIRE⁴²² DEL DANNO ALLA PERSONA: IL PROCESSO DI ARMONIZZAZIONE EUROPEA

1. INTRODUZIONE: VERSO LA COSTRUZIONE DI UNA TUTELA UNITARIA DELLA PERSONA? 1.1. SEGUE: LA DIMENSIONE ETICA DEL GIUDIZIO NEL CONTESTO DELLA TUTELA UNITARIA DELLA PERSONA 2. IL CAMMINO DELL'ARMONIZZAZIONE ED IL RUOLO DEL DIRITTO PRIVATO EUROPEO: STRUMENTI E LIMITI 3. PRECEDENTI ILLUSTRI: LA DISCIPLINA EUROPEA IN AMBITO CONSUMERISTICO E LA TUTELA DEL TURISTA INSODDISFATTO; 4. IL RAPPORTO TRA DIRITTO COMUNITARIO E LA CATEGORIA DEL DANNO ALLA PERSONA; 5. IL DANNO ALLA PERSONA NELLA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA E NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA 6. I PRINCIPI UNIDROIT E IL DANNO ALLA PERSONA.

1. INTRODUZIONE: VERSO LA COSTRUZIONE DI UNA TUTELA UNITARIA DELLA PERSONA?

Il presente capitolo pretende di formulare un'ipotesi *de jure condendo* di sistema di tutela della persona in ambito risarcitorio, di livello sovranazionale o internazionale.

⁴²² Con tale locuzione, derivante da quella francese "*droit acquis communautaire*" (traducibile in italiano come "(diritto) acquisito comunitario"), si suole riferirsi a quel complesso di diritti ed obblighi che fanno parte integrante e fondante del diritto comunitario, riconosciuti da tutti gli Stati membri dell'Ue e dai medesimi accettati e rispettati senza riserve. Ci si riferisce, in particolare, ai principi, agli obiettivi politici dell'Ue, alle norme dei trattati comunitari, alla legislazione adottata in applicazione dei medesimi, nonché alla giurisprudenza della Corte europea di giustizia. Rientrano *nell'acquis* anche le dichiarazioni e le risoluzioni adottate nell'ambito dell'Unione, gli atti di politica estera e di sicurezza comune, gli accordi internazionali conclusi dall'Unione e quelli conclusi dagli Stati membri tra essi nei settori di competenza dell'Unione. Inoltre, ai sensi dell'art. 2 del Trattato, l'Unione persegue l'obiettivo di ampliare *l'acquis* per il tramite di una tendenziale armonizzazione delle discipline nazionali oggi vigenti. Sul punto, cfr. MAURIZIO DONNINI, *Acquis Communautaire*, in *Futuro Europa*, 10 gennaio 2018.

Ed infatti, seppur i singoli Stati membri dell'Unione Europea dimostrino una propensione al perfezionamento di un apparato di protezione della persona che miri al ristoro integrale della medesima da qualsivoglia forma di danno morale, è parimenti vero che un'operazione di armonizzazione europea della materia consentirebbe di pervenire oggi a notevoli vantaggi.

In primo luogo, infatti, ne ricaverebbe un vantaggio colui che agisce a livello sovranazionale per la tutela dei propri diritti, il quale potrebbe beneficiare di una disciplina unitaria, senza dover subire un eventuale mutamento dell'entità del ristoro economico commisurato al danno a seconda dell'ordinamento dello Stato in cui agisce⁴²³.

Inoltre, il danneggiante godrebbe di una normativa pensata e redatta a partire da un obiettivo generale: la tutela della persona. Ciò comporterebbe l'adozione di misure facilitanti per la vittima dell'illecito, che lo avvantaggino dal punto di vista tecnico-operativo consentendo, ad esempio, un accesso alla giustizia veloce e tempestivo⁴²⁴, un sistema di responsabilità che accordi al danneggiato la possibilità di agire a tutela del suo diritto tramite la semplice allegazione dei fatti di danno e la prova dell'elemento soggettivo⁴²⁵. Inoltre, la vittima del danno alla

⁴²³ In tal senso, anche FIECONI F., *Il risarcimento del danno alla persona nella rete di tutela europea*, lavori del Gruppo Danno alla persona dell'Osservatorio di Milano.

⁴²⁴ Ad esempio, ai sensi dell'art. 33, comma 2, del d.lgs. 206/2005, è introdotto nel sistema di diritto privato europeo il cd. "foro esclusivo del consumatore": in una causa che preveda quale parte un consumatore, il foro di competenza sarà quello di residenza o domicilio del medesimo. La norma interviene in funzione protettiva dell'individuo che, nei cd. contratti *business to consumer*, è considerato il soggetto debole, perché carente di quelle informazioni e di quelle competenze che invece il professionista ben possiede. Il legislatore ha inteso in questo modo favorire le esigenze del consumatore, il quale eviterà di sopportare i costi di una difesa da svolgersi fuori dai luoghi nei quali risiede abitualmente. Lo stesso meccanismo ben potrebbe essere adottato a tutela della vittima del danno alla persona, anch'esso a ben vedere qualificabile come soggetto debole.

⁴²⁵ L'equivalente del sistema che, nel nostro sistema privatistico, definiremmo di carattere contrattuale, e che invece non è quasi mai attuabile in caso di danno alla persona (a meno che lo stesso non derivi da un pregresso rapporto contrattuale intercorrente tra danneggiante e danneggiato), il quale tende a verificarsi tra soggetti non legati da rapporti precedenti al danno, e dunque ad essere inquadrato nelle maglie della responsabilità extracontrattuale. Legislatore ha

persona “europeo”, dovrebbe poter contare su di un sistema di liquidazione improntato al calcolo tabellare -munito delle dovute personalizzazioni⁴²⁶ così da ottenere un ristoro della propria lesione biologica o morale che risponda ad un unico corrispettivo monetario, uguale in Italia come in Spagna o in Germania; ciò garantirebbe al soggetto lesionato di soddisfare il suo interesse risarcitorio efficacemente, senza incappare in ostacoli potenzialmente derivanti dall’eventuale dimensione sovranazionale del danno prodottosi.⁴²⁷

Inoltre, la creazione di un sistema di tutela sovranazionale consentirebbe di fuggire da quel grado di incertezza che, seppur temperato dalle già citate Tabelle di Milano, permane in capo a qualsiasi categoria del diritto positivo che risulti affidata, in maniera prevalente, alla casistica e alla valutazione del caso concreto

inteso favorire le esigenze del consumatore, in virtù anche delle particolari modalità con cui sono redatti

⁴²⁶ Le tabelle di Milano rappresentano oggi il principale strumento ai fini della quantificazione e liquidazione del danno non patrimoniale, che si affianca alla tabella unica nazionale sul danno biologico di lieve entità. E’ stata redatta dall’Osservatorio sulla Giustizia Civile di Milano, e contiene la determinazione monetaria delle varie voci di danno. Quella del 2018, l’ultima diffusa, ha ampliato le voci di danno, includendo tra queste il cd. danno tanatologico. Il vantaggio del sistema tabellare è certamente quello di garantire uniformità di trattamento risarcitorio tra i vari Tribunali del territorio italiano. Lo svantaggio delle medesime, in effetti, è quello di non avere valore di legge. Si tratta inoltre, di un sistema basato sull’automatismo tabellare, in cui le somme risarcitorio sono standardizzate a seconda del tipo di danno, e che mal rispetto, se non al costo di una cospicua opera di personalizzazione del *quantum* risarcitorio, le specifiche del caso concreto.

⁴²⁷ Tali ostacoli vengono oggi in parte aggirati per il tramite della disciplina di diritto internazionale privato, e specificamente del combinato disposto tra la L.218/1995 e il Regolamento CE, cd. Roma II, 11.7.2009 n. 864 (quest’ultimo regola soltanto alcuni tipi di obbligazioni risarcitorie derivanti da fatto illecito, quali le ipotesi da responsabilità da prodotto, concorrenza sleale, attività sindacale, violazione dei diritti di proprietà intellettuale. Al di fuori delle specifiche ipotesi disciplinate, rimane valida la legge del 95, la quale, all’art. 62, prevede che “*la responsabilità per fatto illecito è regolata dalla legge dello Stato nel quale si è verificato l’evento*”, per tale intendendosi l’evento di danno, e dunque il luogo in cui il danno si è effettivamente prodotto, indipendentemente da dove il fatto illecito si sia realizzato. Tuttavia, il danneggiato può chiedere che venga applicata la legge del luogo in cui si è verificato il fatto (cd. criterio facoltativo di collegamento). In via ulteriormente residuale, la norma prevede che, se danneggiato e danneggiante risiedono nel medesimo Stato, gli stessi possano accordarsi per applicare la legge di quello Stato.

operata dal giudice, piuttosto che ad una disciplina completa ed articolata, che nel caso del danno alla persona sembra mancare.

La creazione di un unico sistema risarcitorio, infine, consentirebbe di approdare ad una dimensione etica del giudizio in tema di tutela della persona, reso equo per il tramite di una liquidazione del danno livellata in tutti gli Stati membri, perchè affidata ad un sistema di traslazione del fatto illecito in corrispondente monetario basato sul calcolo tabellare.

Si noti, dunque, come non mancano le motivazioni giuridiche e pratiche a sostegno di un sistema di siffatto tenore. Ciò che manca, semmai, è l'individuazione di una modalità operativa concreta, che da un lato risulti rispettosa nei confronti dei differenti sistemi ordinamentali europei, e dall'altro sia anche efficiente e concretamente preordinata al raggiungimento del fine di tutela del soggetto danneggiato.

1.1. SEGUE: LA DIMENSIONE ETICA DEL GIUDIZIO NEL CONTESTO DELLA TUTELA UNITARIA DELLA PERSONA

Quanto è etico, oggi, il giudizio delle Supreme Corti italiane?

La sensazione, guardando all'ordinamento italiano, è che il giudice non pervenga alla decisione giudiziale a partire dall'analisi, e con l'obiettivo della tutela, dei principi costituzionali. E' per tale ragione che il contenuto etico del diritto, in specie della decisione giudiziale, è nel tempo sensibilmente diminuito, e ciò a scapito di chi, come nel caso del danneggiato da illecito civile, potrebbe vantare il conforto di norme costituzionali a sua tutela, prima tra tutte l'art. 2 Cost., letta in

combinato disposto con norme sia costituzionali (l'art. 32 Cost.) che codicistiche (l'art 2059 c.c.)⁴²⁸.

Tali considerazioni sono in effetti il prodotto di un certo modo di concepire la decisione giudiziale; emblematico, in tal senso, è il pensiero di *Delueze*⁴²⁹, che intende il sistema giurisdizionale come un organo della vita sociale, e non del potere. Per l'autore, la giurisprudenza non è mai qualcosa di deducibile logicamente ed in modo aprioristico; al contrario, è qualcosa che viene prodotto continuamente nella sfera della prassi. *Delueze* parla, in particolare, dei luoghi in cui si esercita il potere giurisdizionale come di *"luoghi pratici e teorici a un tempo, in cui si gioca la continua negoziazione dei valori in relazione ai conflitti che ridefiniscono di volta in volta l'esistenza collettiva"*⁴³⁰.

E' questo il fulcro della questione, stante che pacifica è ormai la rinegoziazione dei valori di cui *Delueze* discute. Ed infatti, da un sistema tendenzialmente preordinato alla tutela della proprietà, si è giunti ad affermare, al contrario, un sistema volto alla protezione della persona, ed è a tale mutamento che deve adeguarsi, oggi, la decisione giudiziale, in un contesto in cui il primato della giurisprudenza corrisponde al primato della normatività vivente su quella formale.⁴³¹

In altre parole, non è più sostenibile, in termini giuridici, un'idea di diritto dogmatico, il cui il giurista ha il compito di colmare le lacune esistenti tra una norma codicistica e l'altra. Oggi, in un sistema multilivello ed aperto, improntato al pluralismo, il giurista è chiamato ad un compito ben più complesso: quello di partire dalle norme, per poi adattare il diritto alle necessità concrete del fruitore del medesimo, muovendosi nell'ambito della prassi e non del dogma.

⁴²⁸ VISENTINI G., BERNARDO A., *op. cit.*

⁴²⁹ Cfr. BRINDISI G., *"Il tenore etico o morale del giudizio. Note su diritto e filosofia nella riflessione di Deleuze sulla giurisprudenza"*, in *Etica & Politica / Ethics & Politics*, XVIII, 2016, 3, pp. 163-182; A. AMENDOLA, *Deleuze e il diritto: la critica della Legge, verso una clinica delle istituzioni*, in *"Rivista critica del diritto privato"*, anno XXXI, n. 3, settembre 2013.

⁴³⁰ Cfr. G. BRINDISI, *op.cit.*

⁴³¹ Cfr. G. BRINDISI, *op. cit.*

Segnali di apertura in tal senso provengono da più parti. Iniziano ad esempio, nell'ordinamento italiano, ad inanellarsi ipotesi che potremmo definire di "ristoro etico". Emblematico, in tal senso, è il tema dei cd. *punitive damages*, di cui si è già ampiamente discusso⁴³².

Anche a livello di normazione sovranazionale, esistono esempi di risarcimento etico. Si menzionano in proposito, alcuni sistemi di *common law*, i quali hanno già approvato forme risarcitorie alternative alla elargizione di un ammontare forfetario di risarcimento monetario (cd. *lump sum*)⁴³³, prevedendo la possibilità di estinguere tutto o parte del debito derivante da un illecito civile con prestazioni personali rese dall'autore -quali, ad esempio, l'assistenza alla vittima- o con prestazioni di collaborazione o monetarie periodiche. Seguendo questa linea di pensiero ed operativa, si potrebbero ipotizzare forme risarcitorie consistenti, ad esempio, nella piena assistenza del malato da parte di un ente ospedaliero colpevole di *malpractice*. Così, ancora, si potrebbe pensare a forme di assistenza personalizzata e domiciliare, che il danneggiante fornisce alla vittima dell'illecito, le quali andrebbero poi scomutate dal *quantum* pecuniario disposto a titolo di risarcimento.⁴³⁴

Si tratta di assetti ordinamentali che potremmo definire di giustizia cd. riparativa, per tale intendendosi quella che guarda al giorno successivo al processo, e che accompagna la vittima nel percorso di traslazione del danno dalla sua sfera giuridica a quella del danneggiante, per pervenire, alla fine del percorso, ad una situazione di *restitutio in integrum* che rispecchi in misura il più possibile veritiera la condizione del soggetto preesistente al danno. E' un sistema in cui vittima del fatto illecito, danneggiante e giudice si siedono insieme ad una tavola rotonda, in cui, ciascuno col proprio ruolo, gioca una partita basata

⁴³² Si rimanda, in particolare, al paragrafo 2.1., Cap. II.

⁴³³ Cfr. FIECONI F., *Il risarcimento del danno alla persona nella rete di tutela europea*, lavori del Gruppo Danno alla persona dell'Osservatorio di Milano.

⁴³⁴ Le ipotesi sono di FIECONI F., *Il risarcimento del danno alla persona nella rete di tutela europea*, cit.

sull'assunzione della responsabilità e sul riconoscimento del valore preminente dei diritti della persona.

Si giungerebbe, in questo modo, alla creazione di un impianto, neanche troppo utopico, di tutela dell'individuo che abbia a cuore, in prima battuta, la sua dignità. Un sistema multilivello, integrato, che sembra aprirsi a nuove forme di giustizia etiche, solidali, riparative e che, a ben vedere, è l'unico meritevole del contesto europeo in cui il giurista odierno si trova ad operare.

Emblematico, in tal senso, è il sistema giurisprudenziale che deriva dalle pronunce della Corte interamericana per i diritti umani, che in numerosi casi ha disposto forme di riparazione alternative o ulteriori rispetto alla somma di denaro compensativa del danno, quali ad esempio la costruzione di un monumento in memoria delle vittime, l'istallazione di una targa con i nomi delle stesse durante una cerimonia che avvenga in presenza dei familiari dei soggetti danneggiati⁴³⁵, la pubblicazione della massima della sentenza in luoghi virtuali di ampia circolazione nazionale, come la pagina web del Ministero degli Esteri.⁴³⁶

2. IL CAMMINO DELL' ARMONIZZAZIONE ED IL RUOLO DEL DIRITTO PRIVATO EUROPEO: STRUMENTI E LIMITI

Giova sottolineare in via preliminare come in tema di armonizzazione europea, qualsiasi sia la materia che di tale armonizzazione necessita, occorra un

⁴³⁵ Ciò è stato disposto dalla Corte Interamericana in data 22.6.2016, caso Tenorio Roca y otros Vs. Perú, nella quale dichiarava responsabile a livello internazionale lo Stato peruviano per la sparizione forzata del sig. Rigoberto Tenorio Roca.

⁴³⁶ Ciò è avvenuto nel primo caso di "resolución de supervisión de cumplimiento" deciso dalla Corte Interamericana con sentenza del 3.5.2016, Caso Masacres del Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador.

approccio che si muova nei termini dello sviluppo di una tradizione comune, e non di sovrapposizione -o, per meglio dire, sovraimposizione- di un modello “estraneo”, non per questo da considerarsi sempre migliore⁴³⁷.

L'aquis communautaire è già una compiuta forma di armonizzazione⁴³⁸, concepita in termini di avvicinamento delle normative nazionali, e non, appunto, di sovraimpressione delle medesime. Il ruolo cardine, in questo processo, lo assume la Corte Europea di Giustizia; il sistema giuridico è invece la direttiva europea.

Ed infatti, è dimostrato che ciascuno dei modelli giuridici -siano essi di *common law* o di *civil law*- vantano elementi positivi, ma è solo dalla “*combinazione dei diversi formanti, legislativo, giurisprudenziale, e dottrinario, che può nascere un diritto in grado di fronteggiare un compito così complesso come quello di “costruire” un nuovo ordinamento transnazionale*”⁴³⁹.

Pertanto, ciò che il giurista europeo è chiamato a fare è una sistematica rivalutazione della tradizione del “*ius commune europeum*” quale scienza giuridica,⁴⁴⁰ e ciò in un’ottica di individuazione degli strumenti idonei alla realizzazione del progetto di armonizzazione del diritto europeo.

Le tradizioni costituzionali comuni sono la risultante del grado di uniformazione del diritto dei Paesi membri dell’Unione Europea⁴⁴¹, del loro livello di omogeneità, il quale trova la sua legittimazione formale negli artt. 340 e 6.3. TUE, rispettivamente rubricati “Principi comuni ai diritti degli Stati membri” e “Tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri”. Ciò rimanda all’importanza che i principi comuni hanno nel processo di armonizzazione, in quanto base

⁴³⁷ In tal senso si esprime VACCA L., *Cultura giuridica e armonizzazione del diritto europeo*, in Teoria e Storia, data.

⁴³⁸ CASTRONOVO C., *Armonizzazione senza codificazione. La penetrazione asfittica del diritto europeo*, Europa dir. Priv., 2013, 905 s., SERIO M., *La responsabilità civile in Europa: prospettive di armonizzazione*, Europa dir. Priv., 2014, 327 s.

⁴³⁹ VACCA L., *op. cit.*

⁴⁴⁰ VACCA L., *op. cit.*

⁴⁴¹ Cfr. MAZZAMUTO S., MOSCATI E. (a cura di), *op. cit.*

teorica di un sistema che può comporsi solo per il tramite del riconoscimento di un fondamento comune.

La necessità, dunque, non è soltanto quella della creazione di norme europee, ma anche e soprattutto quella di una interpretazione sistematica di tali norme, che raccordi il diritto dell'Unione con quello dei singoli Stati.

Come tale, la sensazione è che, prima di individuare un diritto privato uniforme, ci sia la necessità di individuare un'identità culturale⁴⁴² e una tradizione scientifica comune.

Quali gli strumenti?

Secondo molti, sarebbero due: la storia del diritto e la scienza della comparazione giuridica, utili alla conoscenza dei fondamenti comuni e condivisi dei diversi ordinamenti, per il recupero, appunto, di una tradizione giuridica comune.

Emblematica, in tal senso, è la concezione secondo cui il diritto europeo non vada inteso come entità da creare tramite l'intervento di esperti e burocrati, ma come un'entità già esistente, latente nella coscienza giuridica europea. Ed infatti, esiste, secondo i giuristi sovranazionali, la possibilità di enucleare valori fondamentali comuni, che fungano da fondamento di una disciplina unitaria di stampo europeistico, quale che sia l'oggetto di tale disciplina; tale sarebbe il compito del giurista odierno⁴⁴³.

Venendo all'area oggetto di analisi, quella privatistica, ed in specie quella afferente al danno alla persona, suggestive appaiono le parole di Carlo Francesco Gabba⁴⁴⁴, il quale diffida dal codice civile italiano, visto come una prigione del diritto privato, e di Filippo Vassalli, che discute di extraterritorialità del diritto privato⁴⁴⁵. Proprio quest'ultimo autore, nei primi anni 50, scrive che "*vi sono*

⁴⁴² VACCA L., *op. cit.*

⁴⁴³ VACCA L., *op. cit.*

⁴⁴⁴ GABBA C.F., *Prolusione al corso di diritto civile*, Anno scolastico 1887-1888, Arch. Giur., 1887, 517 s.

⁴⁴⁵ VASSALLI F., *Extraterritorialità del diritto civile*, Studi giuridici, III, 2, Milano, 1960.

materie nelle quali l'unicità o uniformità del diritto non interessa affatto: la comunità umana esiste sotto certi aspetti, ma esiste anche la varietà dei gruppi umani, nazionali (...). L'uniformità di disciplina giuridica si deve promuovere e attuare rispetto a quei rapporti che più frequentemente si annodano tra soggetti appartenenti a collettività statuali distinte"⁴⁴⁶. In poche parole, Vassalli fornisce il senso dell'armonizzazione⁴⁴⁷ europea. Nel caso oggetto della presente indagine, ad esempio, si noti come è ben possibile che il danno alla persona derivi proprio dai rapporti di cui l'autore discute, che dunque necessitano, più di altri, di essere regolati da una disciplina uniforme.

In proposito, va rilevato che molteplici sono state, e sono tuttora, le operazioni di unificazione del diritto privato, quasi tutte però profuse nell'ambito del diritto contrattuale. Si menzionano qui, ad esempio, i lavori della Commissione sul diritto contrattuale europeo, conosciuta come "Commissione Lando", la quale ha il merito di aver enucleato i cd. PDEC (Principi di Diritto Europeo dei Contratti)⁴⁴⁸, nonché il *Code Européen des Contrats* (cd. Codice Gandolfi).⁴⁴⁹ A ciò si aggiungano i lavori della Commissione Europea per la creazione di un cd. *Common Frame of Reference* (CFR), corpo di principi di diritto comunitario in ambito europeo volti alla disciplina generale del contratto ed anche dei contratti

⁴⁴⁶ VASSALLI F., *Esame di coscienza di un giurista europeo*, Studi giuridici, III, 2, Milano, 1960, 772 s.

⁴⁴⁷ L'armonizzazione di cui si parla è intesa, però, nel senso mengoniano del termine, ovvero come mezzo da utilizzare nella misura necessaria al conseguimento del risultato, senza che questo comporti lo stravolgimento dell'individualità delle norme armonizzate. Così L. MENGONI, *Note sul rapporto tra fonti di diritto comunitario e fonti di diritto interno degli Stati membri*, Riv. Trim. dir. Proc. Civ., 1992, 518 s.

⁴⁴⁸ L'edizione italiana dei Principi è a cura dell'illustre prof. Carlo Castronovo, cfr. CASTRONOVO C. (a cura di), *Principi di diritto europeo dei contratti*, parte I e II, Milano, 2001; Id. (a cura di), *Principi di diritto europeo dei contratti*, parte I e II, Milano, 2011; Id. (a cura di), *Principi di diritto europeo dei contratti*, parte III, Milano, 2005; Id., *I "Principi di diritto europeo dei contratti" e l'idea di codice*, Riv. Dir. Comm., 1995, 21 s.

⁴⁴⁹ Si tratta di un progetto elaborato dall'Accademia pavese di diritto europeo e coordinato dal prof. Giuseppe Gandolfi. Si trova pubblicato in *Accademia dei Giusprivatisti Europei, Code europeen des contrats, coordinateur Giuseppe Gandolfi*, I, Milano, 2002, e II, Milano, 2007; cfr. anche *Il progetto Gandolfi di un Codice Europeo dei contratti*, Europa dir. Priv., 2002, 247 s.

più frequentemente utilizzati in ambito mercantile. E' attualmente all'opera, inoltre, un gruppo di studio per un codice civile europeo, diretto da Christian von Bar⁴⁵⁰, il quale, però, si concentra anch'esso sulla creazione di una disciplina europeistica in ambito contrattuale, tralasciando invece l'aspetto, seppur anch'esso codicistico, della responsabilità conseguente a danno non patrimoniale.

Nonostante ciò, i lavori suddetti possono invero fornire uno spunto in relazione al metodo col quale vengono condotti. Con riferimento alla creazione di una disciplina codicistica europea, ad esempio, il Gruppo di studio è propenso a proporre soluzioni che non derivino dalla somma delle singole soluzioni adoperate da ciascuno Stato membro in ambito nazionale; al contrario, si ritiene preferibile, quale obiettivo da raggiungere, quello di individuare, rispetto ai caratteri dei vari modelli ordinamentali europei, un *quid* di innovazione che permetta alle discipline nazionali di adeguarsi al quadro dei valori europei, nonchè al mutato quadro di valori degli ordinamenti individualmente considerati.

Infine, degni di nota in ambito privatistico sono i Principi Unidroit, i quali, oltre ad enucleare i principi relativi alla disciplina dei contratti, all' art. 7.4.2. prevedono il risarcimento anche del danno di natura non pecuniaria, che si qualifichi nelle forme della sofferenza fisica e morale⁴⁵¹.

Quanto agli strumenti utilizzati, si noti che il diritto privato europeo si è attualmente sviluppato nelle forme del diritto rimediale. Ed infatti, il legislatore comunitario utilizza sovente la tecnica del rimedio⁴⁵² ai fini del raggiungimento dei propri obiettivi (generalmente, la tutela del soggetto debole). La ragione è

⁴⁵⁰ Il lavoro di Christian Von Bar si trova pubblicato nelle varie lingue europee in Study Group on a European Civil Code, *Principles of European Law*, 1.13. Munich Sellier, 2006-2010.

⁴⁵¹ Se ne parlerà diffusamente nel par. 7 del presente Capitolo.

⁴⁵² DI MAJO A., *Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo*, Europa dir. Priv., 2002, 1 2; Id. *Il linguaggio dei rimedi*, Europa dir. Priv., 2005, 341, s.; Id., *Rimedi specifici e responsabilità*, Perugia, 2011, 362 s.

presto detta: non trattandosi di un ordinamento statale, l'ordinamento comunitario deve agire per il tramite di strumenti di tutela flessibili, basati su criteri generali e tendenzialmente declinabili in una variabilità di forme, quali quello della ragionevolezza e della proporzionalità⁴⁵³.

3. PRECEDENTI ILLUSTRI: LA DISCIPLINA EUROPEA IN AMBITO CONSUMERISTICO E LA TUTELA DEL TURISTA INSODDISFATTO

Orbene, come in parte anticipato, l'idea di una rete europea di tutela della persona, seppur per certi versi avanguardistica, può certamente vantare il conforto di precedenti legislativi di normazione europea. Tale, ad esempio, è la disciplina a tutela del consumatore⁴⁵⁴, strutturata sulla protezione del soggetto debole del rapporto contrattuale -il consumatore appunto- e tesa al conseguimento di una salvaguardia del medesimo in tutte le fasi del rapporto contrattuale. Ed infatti, il consumatore è tutelato in tutte gli stadi di elaborazione

⁴⁵³ Cfr. MAZZAMUTO S., MOSCATI E. (a cura di), *“Il contratto di diritto europeo”*, Giappichelli, 2015, il quale ritiene, in tema di armonizzazione, che *“il legislatore comunitario non osa riscrivere le fattispecie in modo compiuto ed ha il difficile compito di far convivere il massimo di efficienza e di effettività con il minimo investimento assiologico ed il minimo tasso di riconcettualizzazione e generalizzazione”*.

⁴⁵⁴ La disciplina era originariamente contenuta nella direttiva n. 85/577/CE, varata dal Consiglio il 20 dicembre 1985, che ha introdotto, a favore della parte contrattuale “debole”, il diritto di recedere dal contratto nel termine di 7 giorni. Il legislatore interno, con il D. Lgs. 15.1.1992, n. 50, ha recepisce la Direttiva del 1985, per poi trasferirla nel cd. “Codice del consumo” (Decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206). Fin dai primi provvedimenti, si mira alla tutela del consumatore attraverso la previsione di particolari obblighi informativi in capo al professionista, al riconoscimento di un diritto di recesso unilaterale a favore del consumatore e, infine, nell'ipotesi ove insorga una controversia in tale materia, nell'individuazione di un foro “inderogabile”. La disciplina in esame si è progressivamente evoluta fino alla recente emanazione del D. Lgs. n. 21 del 21.02.2014 (che attua la Direttiva UE 2011/83/CE), la cui entrata in vigore è si è avuta in data 13.6.2014, e che ha parzialmente novellato il cod. cons.

e fruizione del mezzo contrattuale. In fase precontrattuale, per il tramite di istituti quali il neoformalismo di protezione⁴⁵⁵, fenomeno che assicura all'elemento contrattualistico della forma una funzione inusuale di tutela del contraente debole: la forma del contratto europeo svolge un ruolo di protezione del consumatore, e lo fa prevedendo che tutte le informazioni rese oralmente dal professionista al consumatore, debbano poi entrare di diritto all'interno del regolamento contrattuale stipulato tra le parti. Legati a doppio filo con la forma sono i protagonisti della tutela consumeristica, ovvero gli obblighi informativi; non a caso, si discute oggi di forma informativa. La *ratio* è quella di garantire al contraente la possibilità di compiere delle scelte consapevoli, fondate su di una previa conoscenza ed interiorizzazione della previsione contrattuale.

La stessa tutela del soggetto debole la si percepisce in fase contrattuale, con sistemi quali il diritto all'esercizio del recesso di pentimento *ad nutum* (ossia senza obbligo di motivazione), strumento di autotutela predisposto dal diritto privato comunitario per ovviare alla velocità degli scambi.

Ed infatti, la disciplina consumeristica prevede che il consumatore possa recedere dal contratto senza costi (salvo l'eventuale rimborso per le spese che il professionista abbia già avuto a sostenere in conseguenza dell'affare) entro un periodo -definito *cooling-off period*, della durata di 14 giorni dal momento dell'acquisto- in cui poter valutare accuratamente la convenienza del contratto concluso, e l'idoneità del medesimo alla realizzazione degli interessi del consumatore. Si mira, invero, ad assicurare al contraente debole la piena corrispondenza tra consenso esterno -manifestato al momento della stipula del contratto di acquisto- e consenso interno, frutto della successiva valutazione del consumatore, dalla quale ben può derivare un ripensamento circa l'acquisto fatto, soprattutto nei casi in cui la vendita sia avvenuta fuori dai locali

⁴⁵⁵ In materia cfr. PAGLIANTINI S., *Neoformalismo contrattuale*, Enc. Dir., Annali V, Milano, 2012, 772 s.; Id. *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, Pisa, 2009; FAZIO E., *Dalla forma alle forme. Struttura e funzioni del neoformalismo negoziale*, Milano, 2011; MODICA L., *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, Milano, 2008.

commerciali⁴⁵⁶, o comunque con modalità tali da non lasciare al consumatore il giusto tempo di formazione di una volontà contrattuale certa e cosciente. Ed infatti, in un sistema caratterizzato dalla particolare velocità dello scambio, è ben possibile che l'accordo si concluda senza un'effettiva ponderazione del medesimo da parte dei contraenti (in specie, del contraente debole). E' da tale azzeramento tra informazione e manifestazione di volontà, tra notificazione e promessa⁴⁵⁷, che deriva la necessità di garantire alla "vittima" di tale sistema un mezzo di tutela utile alla piena realizzazione del suo interesse privato consumeristico.

Cardine del sistema di tutela del consumatore, come già accennato, sono gli obblighi di informazione, i quali investono appieno non soltanto la fase precedente la conclusione del contratto, ma anche e soprattutto il perfezionamento dell'accordo e la successiva esecuzione del rapporto contrattuale. Ed infatti, il consumatore è soggetto debole proprio in quanto meno informato del professionista: tra i due si stabilisce, con l'instaurarsi delle trattative, una condizione di asimmetria informativa, in cui ad un bisogno di consumo del contraente debole non corrisponde, invero, un grado di competenza tale da garantire al consumatore il medesimo potere contrattuale di cui gode il professionista⁴⁵⁸. Conseguenza del mancato rispetto degli obblighi informativi è, secondo dottrina e giurisprudenza prevalente⁴⁵⁹ e fermi restando

⁴⁵⁶ Si tratta della direttiva 2011/83/UE, recepita per il tramite del d.lgs. n. 21 del 2014, in forza del quale sono stati modificati gli artt. da 45 a 67 cod. cons.

⁴⁵⁷ Con queste precise parole si esprime MAZZAMUTO S., MOSCATI E. (a cura di), MAZZAMUTO S. *"Il contratto di diritto europeo"*, Giappichelli, 2015. V. anche GRISI G., *Gli obblighi di informazione, Il contratto e le tutele*, (a cura di) MAZZAMUTO S., Torino, 2002, 153; ALESSI R., *Consensus ad idem e responsabilità contrattuale*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di MAZZAMUTO S., Torino, 2002;

⁴⁵⁸ Cfr. MAZZAMUTO S., *op. cit.*

⁴⁵⁹ Cfr. Cass. 15.6.1999, n. 5917; Trib. Mantova, 1.12.2004; Trib. Venezia, 22.11.2004, Trib. Parma, 6.7.1995.

la risoluzione ed il risarcimento del danno, il mezzo della nullità di protezione⁴⁶⁰, rimedio posto a presidio del contenuto minimo del contratto di consumo, volto ad evitare che all'interno del medesimo possano essere contenute le cd. clausole abusive⁴⁶¹.

Orbene, l'elemento della "debolezza" è al centro dell'azione, tutta europea, di tutela del consumatore, e non sfugge come lo stesso sia parimenti presente, ed anzi risulti in misura di maggiore urgenza, nel caso della vittima di un danno alla persona. Una debolezza, invero, non tanto economica, come nel caso del consumatore, ma psicologica, sociale, fisica, morale. Nella specie, tale debolezza assume i connotati della vulnerabilità⁴⁶², qui intesa come condizione di precarietà esistenziale, frustrazione e disincanto di chi è vittima, nel senso ora civilistico del termine, di un danno ingiusto di particolare spessore.

⁴⁶⁰ La dottrina non è unanime sul punto. C'è infatti anche chi ritiene che, in caso di violazione di obblighi informativi, il consumatore vada tutelato per mezzo dell'art. 1337 c.c., collocandosi tali obblighi nella fase delle trattative. In tal senso GRISI G., *Informazione (obblighi di)*, in Enc. Giur. XVIII, Roma, 2015, D'AMICO G., *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, 159 ss. Altro indirizzo, invece, colloca tali obblighi nella fase di formazione della volontà del consumatore, prospettando dunque un'ipotesi di errore, con conseguente annullamento del contratto, nel caso in cui gli stessi abbiano ad essere violati. Cfr. VISITINI G., *La reticenza nella formazione del contratto*, Padova, 1972, 105 s., SACCO R., DE NOVA G., *Il contratto*, II, Tratt. Sacco, Torino, 2004, 428 ss.

⁴⁶¹ Si tratta di una forma di nullità relativa e parziale, azionabile dal consumatore o rilevabile d'ufficio nell'interesse di quest'ultimo, che conduce all'efficacia delle sole clausole contrattuali viziate. Cfr. MAZZAMUTO S., MOSCATI E. (a cura di), *op. cit.*; CASTRONOVO C., *Profili della disciplina nuova delle clausole vessatorie, cioè abusive*, in Eur. Dir. Priv. 1998, 31-32.; AA.VV. *Le invalidità nel diritto privato*, a cura di BELLAVISTA A. e PLAIA A., Milano, 2011; PAGLIANTINI S., *La nullità di protezione tra rilevabilità d'ufficio e convalida: lettere da Parigi e dalla Corte di Giustizia*, Le forme della nullità, Torino, 2009, 27 ss.; Id., *Nullità virtuali di protezione?*, in Contratti, 2009, 1040 s.; POLIDORI S., *Nullità di protezione e interesse pubblico*, Rass. Dir. Civ., 2009, 1019 s.; GIROLAMI M., *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, 2008; DI MARZIO F., *La nullità del contratto*, Padova, 2008, 816 s.; PASSAGNOLI G., *Nullità di protezione*, Codice del consumo, a cura di G. Vettori, Padova, 2007, 370 s.

⁴⁶² Non ci si riferisce, in questa sede, alla tradizionale concezione di vulnerabilità, teorizzata, tra i tanti, da Rawls, Habermas, Jonas, Goodin, ma ad uno concetto che si approssima di più a quello di vulnerabilità psicologica, per tale intendendosi quella condizione di sovracoinvolgimento emotivo che conduce un individuo ad un grado di intollerabilità dell'evento.

Perchè, allora, non esiste ancora un sistema di tutela della persona a livello europeo che ricalchi il sistema consumeristico?

A ben vedere l'Unione Europea, nonostante le aspettative sue proprie, nonché quelle dei cittadini europei, ha spesso dimostrato di orientare le sue politiche in funzione della realizzazione di interessi di mercato, in cui i soggetti da tutelare sono esclusivamente gli operatori economici, gli attori della scena consumeristica, in un contesto forse più interessato a favorire gli interessi delle amministrazioni nazionali, piuttosto che quelli dei cittadini europei.

Il sistema di tutela del consumatore ne è la prova. Come è stato autorevolmente sostenuto⁴⁶³, la *ratio* della normativa consumeristica è solo e soltanto quella di garantire un equilibrio al contratto di consumo e, per estensione, al mercato stesso; la tutela del consumatore in quanto persona, allora, è solo un riflesso, un prodotto collaterale, una conseguenza non indesiderata del ben più ampio obiettivo del legislatore europeo. In altre parole, ciò che si intende tutelare è l'atto di consumo, e non colui che lo pone in essere.

Ed allora, le qualità soggettive dell'agente consumeristico importano in relazione alla necessità di funzionamento e mantenimento del dinamismo concorrenziale, e non invece con riferimento alla tutela della persona del consumatore. In altri termini, la debolezza del consumatore non va neutralizzata per tutelare il medesimo, quanto piuttosto per tutelare l'assetto commerciale dei mercati europei, in un'ottica in cui lo squilibrio tra le parti contraenti genera squilibrio contrattuale, e lo squilibrio contrattuale genera la possibilità che il contratto non giunga ad esecuzione, con evidente nocimento della stabilità del mercato concorrenziale⁴⁶⁴.

⁴⁶³ Cfr. MAZZAMUTO S., MOSCATI E. (a cura di), *op. cit.*, 160 ss.

⁴⁶⁴ Sul punto, emblematica è la dichiarazione di MAZZAMUTO S., *op. cit.*, il quale sostiene che *“la funzione di controllo sul contratto non incarna (...) un ideale di giustizia sociale propriamente intesa, ma (...) sembra preordinata alla costruzione del mercato e, in particolare, al perseguimento dell'obiettivo della coincidenza tra “mercato reale” e “mercato ideale”*. Dietro alla normativa consumeristica, dunque, non starebbero esigenze solidaristiche di protezione del soggetto debole, il quale è visto dal legislatore europeo solo in qualità di agente medio del mercato. Cfr.

Ciò nonostante, merita attenzione una già compiuta forma di disciplina europea in tema di danno non patrimoniale, seppur conseguente ad inadempimento contrattuale: il danno da vacanza rovinata.⁴⁶⁵

La disciplina normativa che delinea tale tipo di danno è variegata, e composta da una molteplicità di provvedimenti di matrice internazionale, quali la Direttiva UE n. 90/314 sui pacchetti turistici, confluita poi nel Codice del Consumo⁴⁶⁶, la Convenzione di Montreal del 1999, il Regolamento comunitario n. 2027, come modificato dal Regolamento n. 889/2002, e il Regolamento n. 261/2004 sul trasporto aereo.

Peraltro, la normativa è oggi confluita all'interno di un più compiuto sistema di tutela del fruitore dei servizi turistici, anch'egli prima di tutto consumatore. Ed

BARCELLONA, *Sulla giustizia sociale nel diritto europei dei contratti*, Astrid, 2005, 630 s.; NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo*, Regole giuridiche e paradigmi di mercato, Editoriale Scientifica, 2005.

⁴⁶⁵ MORANDI F., *Il danno da vacanza rovinata*, in *Il danno esistenziale: una nuova categoria della responsabilità civile*, a cura di CENDON P. – ZIVIZ P., Milano 2000, 638; FERRO G.A., *Il risarcimento dei danni non patrimoniali ed il danno da vacanza rovinata nell'ordinamento nazionale: storia di un tormento(-ne) tutto italiano*, in *Nuove frontiere della tutela del turista-consumatore nello spazio giuridico europeo e antiche diatribe domestiche: riflettendo sul c.d. "danno da vacanza rovinata"*, Testo dell'intervento al Seminario dal titolo "Diritti sociali e nuove istanze di tutela per il cittadino consumatore", tenutosi a Catania il 21 marzo 2014, nell'ambito delle attività del progetto europeo - Azione Jean Monnet - "*New strategies for democratic development and political integration in Europe*" (responsabile scientifico Prof.ssa Adriana Ciancio), 27 giugno 2014; CIMMINO M., *L'inesatto adempimento secondo lo standard*, in *La tutela del turista tra inadempimento e vacanza rovinata: nuovi strumenti di diritto europeo e rimedi tipici di diritto nazionale privato*, *Dereito* Vol.25, n° 1:1-19 (Xaneiro-Xuño, 2016), ISSN 1132-9947; TOMMASI S., *Note a margine della codificazione del danno da vacanza rovinata*, *Contr. impr.*, 2013, 32 s.; MALGIERI G., *Il punto sul danno da vacanza rovinata: certezze, novità e questioni aperte*; *Danno resp.*, 2014, 237 s.; ROMEO F., *Il "nuovo" danno da vacanza rovinata: primi rilievi sull'art. 47 del codice del turismo*, *Resp. Civ.*, 2011, 565 s.; ROSSI A., *Tutela del turista: conferme e novità*, *Danno resp.*, 2011, 989 s. .

⁴⁶⁶ L'Italia ha infatti dato attuazione alla dir. 90/314 inizialmente con il d.lgs. 111/95, poi confluito nel codice del consumo agli artt. 82 s., e solo in un secondo momento, con l'emanazione del d.lgs. 23 maggio 2011 n.79, cd. Codice del turismo (Codice della normativa statale in tema di ordinamento e mercato del turismo, a norma dell'art. 14 della legge 28.11.2005, n. 246, nonché in attuazione della direttiva 2008/122/CE, relativa ai contratti di multiproprietà, ai contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine, ai contratti di rivendita e di scambio).

infatti, l'art. 47 del Codice del Turismo⁴⁶⁷ riconosce oggi esplicita risarcibilità al cd. del danno da vacanza rovinata, identificandolo essenzialmente nel pregiudizio correlato al tempo di vacanza inutilmente trascorso e all'irripetibilità dell'occasione perduta.

Trattasi, a ben vedere, di un pregiudizio psichico materiale sofferto dal turista per la mancata realizzazione della vacanza programmata, e ciò a causa dell'inadempimento dell'organizzatore⁴⁶⁸.

In buona sostanza, se le aspettative del turista vengono disattese (ad esempio perché la qualità dell'alloggio, dei trasporti e dei servizi non corrisponde allo *standard* promesso dal venditore), ciò provoca il venir meno di quella condizione di godimento della vacanza che l'acquisto di un pacchetto turistico dovrebbe recare seco, e che il *tour operator* dovrebbe garantire. Ne deriva l'irripetibilità dell'occasione irrimediabilmente perduta⁴⁶⁹, sempre che l'inadempimento o l'inesatta esecuzione delle prestazioni sia non di scarsa importanza ai sensi dell'art. 1455 c. c.⁴⁷⁰

⁴⁶⁷ D.Lgs. n. 79/2011, dichiarato parzialmente incostituzionale con sentenza n. 80/2012 della Corte Costituzionale, contiene agli artt. 32-51 una disciplina organica dei pacchetti turistici e dei diritti del turista, assorbendo in sé i principi cardine del Codice del Consumo, pure integrati dalla Carta dei servizi turistici pubblici e da disposizioni sulla composizione in mediazione delle controversie in materia di turismo, e rivisitandoli per offrire tutela ad un particolare tipo di consumatore e cliente, il turista appunto.

⁴⁶⁸ In tal senso si è espressa la Corte di Giustizia Europea in una sentenza storica sul punto, n. C-168/00, 12.3.2002, con cui la Corte di Giustizia Europea ha interpretato l'art. 5 della direttiva 90/314/CEE in tema di viaggi, vacanze e circuiti all-inclusive "*nel senso che il consumatore ha diritto al risarcimento del danno morale derivante dall'inadempimento o dalla cattiva esecuzione delle prestazioni fornite in esecuzione di un contratto turistico rientrante nel campo di applicazione della direttiva*". In questo caso, la Corte di giustizia ha mostrato di interpretare la categoria di danno in questione in maniera flessibile, perché vi ha ricompreso una ampia congerie di alterazioni esistenziali che possono derivare dal mancato godimento di una vacanza.

⁴⁶⁹ Emblematico è il caso del viaggio di nozze, *ex multis* Cass. n. 7256/2012.

⁴⁷⁰ In tal senso, tra le tante, Cass. 14/07/2015, n. 14662 e Cass. 11/05/2012, n. 7256.

Quanto alla natura del danno⁴⁷¹ derivante da vacanza rovinata, ed in ciò sta il punto focale della presente analisi, lo stesso va ricondotto nell'alveo del danno non patrimoniale, seppur da inadempimento contrattuale. Ed infatti, si tratta di uno dei danni che l'elaborazione giurisprudenziale e dottrinarie da sempre riconduce ai lidi dell' art. 2059 c.c.

Le conseguenze, sul piano processuale/probatorio, sono favorevoli al turista, il quale avrà soltanto l'onere di provare l'inadempimento dell'operatore turistico, senza dover dare dimostrazione del fatto che da tale inadempimento sia derivato un suo conseguente danno di carattere morale o esistenziale, rispettando però il principio secondo il quale *“il diritto deve essere inciso oltre una soglia minima, cagionando un pregiudizio serio. 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 ed adattabilità”*⁴⁷².

In base al citato principio, il danno da vacanza rovinata va inteso come danno extrapatrimoniale, di natura morale, risarcibile solo nella misura in cui non si concretizzi in lesioni di scarso rilievo, così come previsto anche dall'art. 47 del Codice del turismo, il quale sanziona quell' inadempimento contrattuale grave che comprometta in misura irreparabile il tempo della vacanza e, dunque, la realizzazione di un interesse di carattere non patrimoniale⁴⁷³.

Trattasi dunque di una forma di danno non patrimoniale che gode di una unitaria disciplina di matrice europea, e che agisce a tutela di un interesse lesivo cui possa dirsi sotteso un valore della persona, quale è il diritto al riposo, a

⁴⁷¹ DI MARZIO M., *Vacanza: il danno non patrimoniale può superare quello patrimoniale*, in *Quotidiano legale* del 31 maggio 2012, commento a Cass. Civ., Sez. III, 11 maggio 2012, n. 7256. Nel corso del tempo, non sempre le idee sono state uniformi sul punto. App. Catanzaro, 30 giugno 1953, in *Rep. Foro it.* 1954, voce *Responsabilità civile*, n. 406; Pret. Roma 31 marzo 1973, in *Nuovo Dir.*, 1973, 607-608; App. Milano 21 giugno 1988, in *Dir. Trasp.*, 1990, I, 258 ss., con nota di DEIANA M., *Una discutibile decisione in tema di responsabilità dell'intermediario di viaggi*. SCOGNAMIGLIO R., *Il danno morale 'contributo alla teoria del danno extracontrattuale'*, *Rivista dir. civ.*, 1957, 313.

⁴⁷² Cass. Civ., Sez. Un., n. 26972/2008; Cass. Civ. Sez. III, n. 12885/2009.

⁴⁷³ MATRICARDI A., *Danno da vacanza rovinata*, *AltalexPedia*, voce agg. al 12/04/2018.

godere di un tempo di vacanza preordinato al ristabilimento di condizioni psico-fisiche idonee, il diritto a non perdere la *chances* di ottenere dal viaggio ciò per il quale era preordinato.

Curioso, in effetti, che tale prima armonizzazione del danno non patrimoniale si realizzi nell'ambito dell'inadempimento contrattuale, ed a tutela di un soggetto, il turista, che non è altro che un tipo di consumatore.

4. IL RAPPORTO TRA DIRITTO COMUNITARIO E LA CATEGORIA DEL DANNO ALLA PERSONA

Come già in parte specificato, ogni ordinamento europeo prevede ad oggi un proprio sistema di tutela del danno alla persona. I vari impianti legislativi, come prevedibile, divergono tra loro nei tratti essenziali. Ciò è inevitabilmente dovuto alla divergenza di contesto storico e giuridico in cui i suddetti sistemi normativi sono nati, nonchè dei variegati ambiti sociali ed economici in cui gli stessi si sono evoluti. Non mancano, a ben vedere, delle similitudini che accomunano i diversi Stati europei, ma tali fenomeni di convergenza non sono attualmente di portata tale da poter, per ciò solo, pensare ad una automatica operazione di armonizzazione europea.

D'altro canto, è indubbia l' esistenza di un fenomeno di circolazione dei modelli risarcitori, provocato dallo sviluppo di una cultura giuridica "europeizzata", e che ha a sua volta generato l'affermazione di alcuni principi generali, seppur interpretati dal singolo Stato membro a seconda del sistema legislativo di appartenenza. Tra questi, ad esempio, il principio di *restitutio in integrum*, che garantisce alla vittima del danno l'integrale ristoro dal medesimo, per effetto

dell'operazione di traslazione del costo del danno dalla sfera giuridica del danneggiato a quella del danneggiante. Tuttavia, pretendere di operare un'armonizzazione a partire da principi comuni ai vari ordinamenti significherebbe probabilmente forzare il sistema verso soluzioni che non gli sono proprie, e ciò perchè se da un lato il principio è comune, dall'altro viene interpretato e riletto in ogni ordinamento in maniera radicalmente diversa, a volte opposta. Nel caso del danno alla persona, il legislatore europeo ha probabilmente evitato di proporre modelli unitari di risarcimento del danno per non risultare invasivo nei confronti dei singoli ordinamenti nazionali.

D'altro canto, neanche scegliere un modello risarcitorio ed assurgerlo a sistema europeo risulterebbe invero una valida alternativa. In primo luogo, infatti, non esiste un sistema risarcitorio migliore di un altro; in secondo luogo, scegliere l'apparato risarcitorio di uno Stato membro ed assumerlo a mezzo di tutela di tutti gli altri Stati, significherebbe in effetti impiantare un blocco di norme su di un sistema che, con ogni probabilità, risulterebbe incompatibile col medesimo, perchè caratterizzato da principi giuridici differenti, o interpretati diversamente.

Quali le soluzioni?

La dottrina prevalente sul punto è dell'idea che sia necessario costruire una cultura giuridica sostanzialmente uniforme⁴⁷⁴, che muova anche da una maggiore uniformità a livello economico e sociale.

A questo proposito, numerose sono le teorie che vedono nel diritto romano il viatico per la costruzione di un diritto privato europeo. Si tratterebbe, in buona sostanza, di rivisitare la disciplina dello *ius commune* e di assurgerla a base della disciplina europeistica⁴⁷⁵.

⁴⁷⁴ Così, ad esempio BONA M., *Il Danno Alla Persona Nella Prospettiva Europea*, scritti in occasione del Convegno Associazione M. Gioia, Patrocinio Aci, "Micropermanenti-Macroproblemi", Roma, 24-25 maggio 2002, www.aci.it.

⁴⁷⁵ In tal senso, si vedano gli studi di ZIMMERMANN R., *Roman Law, Contemporary Law, European Law*, Oxford 2011, 187,189, il quale è tra i primi a teorizzare la necessità di una interdipendenza

Si ritiene, inoltre, che l'armonizzazione del sistema risarcitorio debba necessariamente passare per la previa armonizzazione delle regole che attengono al sistema processuale, all'accesso alla giustizia, ai termini prescrizionali, alle norme in tema di accertamento della responsabilità.⁴⁷⁶

Deve trattarsi, insomma, di un processo di armonizzazione che venga dal basso, e non, al contrario, imposto dall'alto tramite l'arbitraria scelta di un sistema comune.

I tempi, a ben vedere, sembrano essere maturi.

Ed infatti, è evidente in tutti gli Stati membri europei il diffondersi di una cultura della tutela sociale delle vittime⁴⁷⁷, in un'ottica di giustizia etica e sociale che basi la propria attività interpretativa su criteri morali, funzionali alla tutela di soggetti particolarmente vulnerabili, quale la vittima dell'illecito civile di particolare gravità.

scientifico tra storia del diritto e diritto privato europeo, ritenendo che *“la scienza storica (...) può dunque metterci in grado di arrivare alla radice della nostra condizione giuridica presente; ciò può aiutare a far emergere (...) il fondamento comune ancora esistente ai nostri sistemi giuridici nazionali, come risultato di una tradizione comune, di sviluppi indipendenti ma paralleli (...)”*.

⁴⁷⁶ BONA M., *op. cit.*

⁴⁷⁷ E' il caso, ad esempio, dei Paesi del Nord Europa, il cui *welfare* è da sempre improntato alla promozione della mobilità sociale e ad una cultura di tutela dei diritti umani.

5. IL DANNO ALLA PERSONA NELLA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL' UNIONE EUROPEA E NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

La tutela della persona rappresenta il cardine della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, la quale, invero, risente fortemente dell'influsso della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Sempre a livello europeo, nota è la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, integrata nel trattato di Maastricht, il cui art. F, n.2 stabilisce che «*l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*». A sua volta il Trattato di Amsterdam, ovvero il Trattato dell'Unione Europea, assorbe il testo dell'art. 2 del Trattato di Maastricht nel suo art. 6.

La tutela della persona, inoltre, risente anche di altri influssi europeistici, come quelli della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948, nonché della Carta Costituzionale tedesca.

Al momento attuale, è sempre più veritiero il monito di cui *all'incipit* della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, secondo cui l'Unione *“pone la persona al centro della sua azione istituendo la cittadinanza dell'Unione e creando uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia”*⁴⁷⁸.

A ben vedere, proprio l'ambizioso progetto europeo di creazione di un'unica cittadinanza, sembra suggerire quell'idea di armonizzazione oggetto della presente analisi: un cittadino che possa dirsi europeo, dovrebbe poter contare su di sistemi compensativi unitari, basati su di un complesso di norme omogeneo, che assicuri uguale tutela e parità di trattamento, soprattutto se trattasi di

⁴⁷⁸ L'*incipit* della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea dal 1 dicembre 2009, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ha lo stesso valore dei Trattati dell'Unione Europea (TUE e TFUE).

vittime di illeciti connotati da particolare gravità. La misura dell'indennizzo, invero, nonchè le regole sostanziali e processuali per pervenire alla liquidazione del medesimo, dovrebbero essere uniche in tutt'Europa, così da assicurare l'esistenza di un sistema di protezione che sia indipendente dalla nazionalità originaria della vittima dell'illecito. Unitaria è la vulnerabilità del danneggiato, altrettanto unitario dovrebbe essere il sistema che mira a neutralizzarla.

In tema di danno alla persona, inoltre, particolare rilevanza riveste anche il formante giurisprudenziale, e precisamente le statuizioni della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, nonchè della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. I compiti giurisdizionali delle due Corti, invero, sono differenti: mentre la Corte di Giustizia è organo dell'Unione europea e svolge la funzione di controllo sull'applicazione del diritto comunitario cd. vivente, dinamico e uniforme⁴⁷⁹, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo è organo del Consiglio d'Europa, e si occupa delle violazioni perpetrate dagli Stati sottoscrittori della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Entrambe, però, rivestono un ruolo nella promozione dell'uomo quale fulcro della dimensione europea.

Da ultimo, in particolare, si ricorda il caso conclusosi con sentenza del 24.10.13 della Corte di Giustizia Europea, la quale, essendo chiamata a decidere in tema di assicurazione a seguito di rinvio pregiudiziale sollevato dalla Corte nazionale lettone⁴⁸⁰, ha stabilito che *"(...) tra i danni che devono essere risarciti conformemente alle direttive prima, seconda e terza figurano i danni immateriali il cui risarcimento è previsto a titolo di responsabilità civile dell'assicurato dal*

⁴⁷⁹ Cfr. LAUPRECHT P., *La Communauté et la Convention Européenne des droits de l'homme?*, Forum, Conselho da Europa, 3/82, p. 3.

⁴⁸⁰ Si trattava, nel caso di specie, di decidere, a seguito di rinvio pregiudiziale sollevato dalla Corte nazionale lettone, se gli artt. 3 par. 1 della prima direttiva in tema di assicurazione RCA (direttiva 72/166/CEE del Consiglio del 24.04.1972) e art. 1 par. 2 della seconda direttiva RCA (Direttiva 84/5/CEE del Consiglio del 30.12.83) dovessero essere interpretati nel senso che l'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile risultante dalla circolazione di autoveicoli debba coprire il risarcimento dei danni immateriali subiti dai congiunti di vittime decedute in un incidente stradale.

diritto nazionale applicabile alla controversia”, in tal modo certificando l’esistenza della figura del danno immateriale e della sua risarcibilità.

Nella sentenza citata, la Corte di Giustizia ha fatto quindi chiarezza sull’interpretazione della norma comunitaria, stabilendo che il danno immateriale rientra tra le voci di danno risarcibili, e che i limiti di massimale sono quelli imposti dalla norma comunitaria, ricordando, pur nella competenza nazionale della materia, il principio dell’ “effetto utile” rispetto alla normativa comunitaria.⁴⁸¹

6. I PRINCIPI UNIDROIT E IL DANNO ALLA PERSONA

Come si accennava, i principi Unidroit⁴⁸² sono una delle più compiute forme di armonizzazione europea anche in materia di danno non patrimoniale,

⁴⁸¹ La sentenza citata è in questi termini analizzata nel commento breve alle *slides* proiettate per il Gruppo Europa - Osservatorio Milano, nell’ambito dell’Assemblea nazionale degli Osservatori sulla giustizia civile in Italia tenutasi a Milano dal 27 al 29 maggio 2016, in tema di danni immateriali risarcibili ai congiunti in caso di decesso istantaneo della vittima primaria in incidente stradale, a cura di SILVIA TOFFOLETTO.

⁴⁸² Si tratta, come noto, di una raccolta di principi, cd. Principi Unidroit sui Contratti Commerciali Internazionali, redatti dall’Istituto Internazionale per l’Unificazione del Diritto (*International Institute for the Unification of Private Law*), un’ istituzione delle Nazioni Unite con sede a Roma il cui scopo principale è quello di elaborare strumenti per armonizzare e coordinare il diritto privato ed, in particolare, per il diritto commerciale degli Stati. I Principi Unidroit sono essenzialmente una raccolta di principi comuni tra i principali ordinamenti nazionali esistenti e conformi alle particolari esigenze dei contratti commerciali internazionali. Sono stati pubblicati per la prima volta nel 1994, e revisionati nel 2004, nel 2010 e, da ultimo, nel 2016. Tale ultima edizione ha innovato, in particolare, gli elementi cardine della disciplina dei *long term contracts*. I principi hanno il merito di aver fornito un mezzo per mitigare l’inconveniente causato dai confini incerti della cd. *lex mercatoria*, fornendo soluzioni in grado di rispondere meglio di qualsiasi altro ordinamento nazionale alle esigenze proprie del commercio internazionale. Si tratta di *soft and not binding law*, ovvero di principi che non hanno il carattere della vincolatività; pertanto, la loro concreta applicazione dipende dalla “autorità di persuasione” che essi

inserendosi in un *trend* che vede invece i gruppi di ricerca europei impegnati, in maniera quasi prevalente, sul tema dell'armonizzazione del settore contrattuale del diritto civile⁴⁸³. Anche in questo ambito viene riconosciuto il risarcimento del danno non patrimoniale, inteso in senso lato. Ed infatti, non vengono ricompresi nella liquidazione delle voci di danno solamente i pregiudizi economici, *“ma anche stress e alterazioni negative all’esistenza”*⁴⁸⁴. Si tratta, dunque, di un pieno riconoscimento del danno non patrimoniale a livello sovranazionale, sebbene non possa parlarsi di normazione legislativa, quanto piuttosto di *soft law*.

Ed infatti, se l'art. 7.4.1. prevede che *“Ogni inadempimento, sempreché non sia scusabile in conformità con i presenti Principi, attribuisce al creditore il diritto al risarcimento del danno, sia a titolo esclusivo che congiuntamente ad altri rimedi”*, così stabilendo i principi generali in tema di risarcimento del danno in caso di inadempimento, l'art. 7.4.2. dei citati principi, rubricato *“Risarcimento integrale”* prevede al secondo comma che *“il danno può essere di natura non pecuniaria e comprende, per esempio, la sofferenza fisica e morale”*.

Il commento ufficiale della disposizione⁴⁸⁵ chiarisce che il danno non patrimoniale *“può consistere nel dolore e sofferenza, nella perdita di agi della vita, nel pregiudizio estetico, come pure del danno derivante dalle lesioni all’onore e alla reputazione”*⁴⁸⁶. Il riferimento alla perdita degli agi della vita è basato sul nesso esistente col modello inglese delle *loss of amenity*, ed è da intendersi -se si fa riferimento alle categorie di danno esistenti nell’ordinamento italiano-⁴⁸⁷ come danno biologico o danno esistenziale.

possiedono, ovvero dalla capacità intrinseca di interpretare e adattarsi alle problematiche e alla realtà, globalmente intesa, degli scambi commerciali internazionali.

⁴⁸³ Vedi prg. 2 del presente capitolo.

⁴⁸⁴ BONA M., *Il Danno Alla Persona Nella Prospettiva Europea*, op.cit.

⁴⁸⁵ Official comment Unilex, Unidroit Principles.

⁴⁸⁶ BONA M., *Il Danno Alla Persona Nella Prospettiva Europea*, op.cit.

⁴⁸⁷ BONA M., *Il Danno Alla Persona Nella Prospettiva Europea*, op.cit.

Il commento ufficiale aggiunge che *“la regola potrebbe trovare applicazione, nel commercio internazionale, in relazione a contratti conclusi da artisti, sportivi, o consulenti impiegati da un'azienda o da un'organizzazione”*, e che *“il risarcimento del danno non patrimoniale può assumere forme diverse, e spetta al giudice decidere quale di queste, sia da sola sia insieme ad altre, possa assicurare un pieno risarcimento”*. Tra le forme citate, non solo il risarcimento nelle classiche forme della dazione di una somma di denaro, ma anche quello che si realizza mediante pubblicazione di un avviso sui giornali designati dal giudice, o simili⁴⁸⁸.

Inoltre, la norma precisa che anche in questi casi deve essere soddisfatto il requisito della certezza del danno⁴⁸⁹, insieme alle altre condizioni per il diritto al risarcimento.

Anche all'interno dei Principi di diritto europeo dei contratti, e precisamente all'art. 9:501, si prevede che *“il danno di cui può essere domandato il risarcimento comprende il danno non patrimoniale e il danno futuro che è ragionevolmente prevedibile”*.

Tali previsioni sono ancora ben poca cosa rispetto al grado di armonizzazione che ha raggiunto negli ultimi decenni il diritto privato europeo in ambito commerciale. Tuttavia, sebbene si tratti di *soft law*, tali principi lasciano ben sperare per il futuro, perchè rappresentano un punto di partenza di cui tener conto come fondamento di una prossima disciplina europea sul punto. Ed in effetti tali principi contengono, seppur in forma embrionale, le linee di sviluppo di un sistema di armonizzazione che non derivi dalla somma delle soluzioni legislative e giurisprudenziali adottate nei vari ordinamenti europei (ed internazionali), quanto piuttosto una previsione nuova, che racchiude una regola generale che tutti gli ordinamenti sopra citati possano adottare.

⁴⁸⁸ E' dunque fornito, anche dai Principi Unidroit, un compiuto esempio di come la giustizia dovrebbe orientarsi verso forme di risarcimento del danno che potremmo definire etico. Se ne è già discusso nel prg. 1 del presente capitolo.

⁴⁸⁹ Il riferimento è contenuto all'art. 7.4.3. dei Principi Unidroit., rubricato “Certezza del danno”.

In effetti, la metodologia suddetta sembra ricalcare il pensiero che Rousseau esprime con riferimento alla creazione di un stato etico e democratico, quando ritiene che il bene comune non possa derivare dalla mera somma algebrica dei singoli interessi individuali (da tale somma, secondo il filosofo, non potrà mai nascere una vera coscienza civile altruistica). La volontà generale⁴⁹⁰, piuttosto, deve promanare dalla coscienza delle istanze collettive che provenga dall'interiorizzazione di una corretta etica dell'altruismo⁴⁹¹. In altre parole, il contratto è per Rousseau il momento in cui gli individui, rendendosi conto di avere dei bisogni personali che non riescono a soddisfare singolarmente, giungono consapevolmente a costruire la società attraverso un patto di associazione *“che difenda e che protegga con tutta la forza comune la persona ed i beni di ciascun associato; e per la quale ognuno, unendosi a tutti, non obbedisca tuttavia che a se stesso, e resti altrettanto libero di prima”*.⁴⁹²

E' forse tale patto di associazione l'obiettivo che il Principi Unidroit intendono conseguire, e che, in linea generale, il processo di armonizzazione europea in tema di danno alla persona dovrebbe mirare a realizzare. Ed infatti, come gli uomini dello stato di natura di Rousseau non avevano, se presi singolarmente, le capacità di provvedere interamente ai propri interessi, così anche i singoli Stati membri dell'Unione Europea, presi singolarmente, non sono in grado di assicurare efficienti livelli di tutela alla vittima dell'illecito civile. E' quantomai necessario, dunque, un patto che, per dirla con Rousseau, protegga con tutta la forza comune la persona.

⁴⁹⁰ Il concetto di “volontà generale”, in Rousseau, non è la semplice somma delle volontà particolari, ma è la volontà dei cittadini visti come corpo comune.

⁴⁹¹ ROUSSEAU J.J., *Il Contratto Sociale*, BUR, Milano 1994, libro I, cap. II, p. 53 s.

⁴⁹² ROUSSEAU J.J., *Il Contratto Sociale*, op.cit.

CONCLUSIONI

Tirare le fila di una questione ancora aperta è attività solo parzialmente realizzabile.

Allo stato dell'arte, infatti, ciò che si può dire con certezza è che esiste, ed è ben visibile, un movimento di progressivo ampliamento della tutela dell'individuo nei vari contesti giuridici e giurisprudenziali, compreso quello del risarcimento del danno. Tale cammino, tuttavia, subisce degli importanti arresti quando l'operato delle Corti nazionali (la Corte di Cassazione, *in primis*, ma anche la Corte Costituzionale) tende verso l'incardinamento dei propri ragionamenti in una dimensione esclusivamente nazionale, e non anche sovranazionale, piuttosto che perseguire l'obiettivo unico ed essenziale della semplificazione ed armonizzazione del diritto nazionale, in un'ottica di oltrepassamento delle barriere concettuali esistenti tra gli istituti dei diversi Paesi europei. Il risultato, a ben vedere, sarebbe notevole: il trattamento "omogeneo" dei cittadini dell'Unione.

Lungo è ancora il cammino, e molto ancora si può fare per il ravvicinamento delle legislazioni e delle buone prassi europee. Essenziale, in tal senso, è promuovere la formazione giudiziaria delle presenti e delle nuove generazioni di giuristi, auspicando, nel contempo, alla creazione di una rete giudiziaria europea "dedicata" al danno alla persona⁴⁹³.

⁴⁹³ Cfr. TOFFOLETTO S., *Danno alla persona in Europa: un'armonizzazione possibile?*, in Milanosservatorio.it, 10.05.2016. In tal senso si esprime anche il Programma Giustizia 2014-2020, Reg. UE n. 1382/2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17.12.2013. Nel quinto considerando si legge in particolare che: "*La formazione giudiziaria è fondamentale per rafforzare la fiducia reciproca e migliorare la cooperazione tra autorità e operatori giudiziari nei vari Stati membri.*" Parlamento e Consiglio specificano inoltre l'obiettivo generale, quello di "*contribuire all'ulteriore sviluppo di uno spazio europeo di giustizia basato sul riconoscimento reciproco e la fiducia reciproca, attraverso la promozione della cooperazione giudiziaria*", e di "*sostenere e promuovere la formazione giudiziaria, compresa la formazione linguistica sulla terminologia giuridica, al fine di promuovere una cultura giuridica e giudiziaria comune*".

Alcune considerazioni, che prendono spunto da una riflessione proveniente dall'Osservatorio sulla Giustizia Civile di Milano: *“dove la normativa lascia spazio all'elaborazione giurisprudenziale, proprio lì vi è il terreno più fecondo per elaborare “prassi virtuose” e principi di diritto comuni che mettano al centro l'uomo, nella costruzione di una casa comune europea, ove si riescano a coniugare diritti ed effettività di tutela”*⁴⁹⁴.

L'operazione di ricerca di profili di armonizzazione è essenziale ai fini del trattamento “omogeneo” dei cittadini dell'Unione, il quale, a sua volta, è basilare ai fini della tutela di quei diritti fondamentali che le Carte costituzionali degli Stati membri, nonché il diritto sovranazionale, ci impongono di rispettare.

Le normative attualmente vigenti non sono evidentemente sufficienti per la realizzazione dei fini suddetti; ed ecco che, ai fini di una futura armonizzazione, il ruolo del giudice si dimostra, una volta di più, perno di questa rivoluzione.

Garantire diritti quali quello alla salute, all'integrità psico-fisica, alla vita, e ripensarli in un'ottica di effettività di tutela, è una sfida possibile, ma soprattutto necessaria.

Durante la sopra citata intervista a vari esponenti dell'Osservatorio per la Giustizia civile di Milano⁴⁹⁵, si è discusso con la coordinatrice del “Gruppo Europa” del tema dell'armonizzazione del danno alla persona a livello europeo come chiave di una migliore tutela dell'individuo in ambito risarcitorio, valutando in particolare se i tempi siano effettivamente maturi per accogliere la formulazione di ipotesi circa la fattibilità di un sistema di tutela integrale della persona che possa dirsi realmente unitario. A parere del “Gruppo Europa”, l'auspicio è che le Corti di tutti gli Stati membri si trovino a tavole comuni (cd. modello del *Courts facing Courts*) per ragionare in termini di cultura unitaria del

⁴⁹⁴ Così TOFFOLETTO S., *Danno alla persona in Europa: un'armonizzazione possibile?*, cit.

⁴⁹⁵ L'intervista è stata condotta dalla scrivente in data 29.3.2019 presso i locali dell'Osservatorio per la Giustizia civile di Milano, ed ha visto la partecipazione di tre esponenti di spicco dell'Osservatorio: il presidente dell'Osservatorio Dott. Damiano Spera (coordinatore gruppo “Danno alla persona”), la Dott.ssa Ilaria Gentile (coordinatrice del gruppo “Danno da mancato consenso informato”), l'Avv. Silvia Toffoletto (coordinatrice gruppo “Europa”).

danno e rimuovere gli ostacoli che si frappongono all'avvio di un vero processo di uniformazione legislativa. Tra questi, la circostanza che il danno alla persona, e dunque il suo risarcimento, siano legati a doppio filo con l'intervento della figura del medico legale, il quale, anch'esso, opera secondo criteri non unitari a livello europeo. E' auspicabile, dunque, che anche la medicina legale voglia compiere questo passo in avanti, individuando criteri comuni da utilizzare nella valutazione dei danni all'integrità psico-fisica della persona, nonché alla vita della medesima.

Secondo l'Osservatorio, il Parlamento Europeo avrebbe il compito di stimolare le sensibilità dei singoli Stati Membri, nonostante sia diversa la cultura giuridica di danno propria dei vari ordinamenti⁴⁹⁶. Il processo di armonizzazione, secondo il Gruppo Europa, dovrebbe partire dal monitoraggio dei vari sistemi europei in materia di danno alla persona; si dovrebbe utilizzare, in buona sostanza, il metodo tipico dell'attività dell'Osservatorio di Milano, così come degli altri Osservatori italiani.

Ad oggi, ciò che è certo è che una disciplina unitaria e sovranazionale del danno alla persona non è segnata in agenda tra le priorità della Commissione europea. Ciò nonostante, l'auspicio dell'Osservatorio è che il lavoro legislativo che l'Unione Europea ha portato avanti in relazione al tema del *data protection*⁴⁹⁷, e

⁴⁹⁶ E' noto, ad esempio, come gli Stati del Nord Europa, caratterizzati da programmi di Welfare a forte connotazione sociale (i quali offrono assistenza sanitaria universale, diritto all'istruzione gratuita anche a livelli elevati, un efficace sistema previdenziale), prestino maggiore attenzione all'essere umano vivente, piuttosto che ai parenti delle vittime di danno.

⁴⁹⁷ Si tratta del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati. Il regolamento è entrato in vigore il 24 maggio 2016 e si applica a decorrere dal 25 maggio 2018. Esiste poi la Direttiva (UE) 2016/680, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati. La direttiva è entrata in vigore il 5 maggio 2016 e gli Stati membri dell'UE erano tenuti a recepirla nell'ordinamento nazionale entro il 6 maggio 2018. L'Italia ha recepito la direttiva con il D. Lgs. 18 Maggio 2018, N. 51, entrato in vigore in data 08/06/2018.

quello che sta attualmente svolgendo in relazione all'ambito dell' intelligenza artificiale⁴⁹⁸, settori nei quali a ben vedere si produce un danno, possa fungere da viatico per gettare le basi di un dialogo indirizzato all'armonizzazione del danno alla persona, con particolare riferimento all'individuazione del *quantum* risarcitorio da liquidare per ogni tipo di lesione. Pur esistendo, infatti, forme di armonizzazione europea volte alla tutela di una determinata categoria di soggetti⁴⁹⁹, nessuna disciplina sovranazionale si è attualmente spinta fino all'individuazione di un *quantum* compensatorio, con l'unica eccezione del settore dei trasporti aerei⁵⁰⁰, in cui esiste la previsione di una misura risarcitoria, seppur la stessa sia pensata ai fini della migliore tutela delle compagnie aeree, e non del trasportato, circostanza che spinge ancora una volta chi scrive a ritenere che un sistema uniforme nasca e si alimenti soltanto dove vi siano interessi economici in gioco.

⁴⁹⁸ Ci si riferisce ai lavori della Commissione Europea in tema di *big data* ed *artificial intelligence*, ed in particolare all'aspetto del problema legato alla disciplina di responsabilità civile per danni causati da *robot*. Il Parlamento Europeo, conscio dell'importanza in introdurre in quest'ambito una disciplina unitaria sovranazionale, ha formulato per la Commissione delle proposte confluite nella risoluzione 16.2.2017, recante "*Raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica*". Ritiene infatti che sia questa una "*questione fondamentale, che deve essere altresì analizzata e affrontata a livello di Unione al fine di garantire il medesimo livello di efficienza, trasparenza e coerenza nell'attuazione della certezza giuridica in tutta l'Unione europea, nell'interesse tanto dei cittadini e dei consumatori quanto delle imprese*". Cfr. TOFFOLETTO S., *IoT e intelligenza artificiale: le nuove frontiere della responsabilità civile (e del risarcimento)*, in *Questione Giustizia*, Prassi e orientamenti, 13 giugno 2018.

⁴⁹⁹ Ci si riferisce, ad esempio, al già citato caso del consumatore europeo.

⁵⁰⁰ La disciplina di cui in analisi è contenuta nella Convenzione di Montreal del 28 maggio 1999, ratificata e resa esecutiva con la L. 10 gennaio 2004, n. 12, ma già attuata in ambito eurounitario con il regolamento (CE) del Consiglio 9 ottobre 1997, n. 2027 e, poi, firmata dalla stessa Comunità Europea il 9 dicembre 1999 e per essa entrata in vigore il 28 giugno 2004, volta all'unificazione di alcune norme sul trasporto aereo internazionale, in sostituzione della precedente Convenzione di Varsavia del 12 ottobre 1929 e dei relativi Protocolli modificativi. La Convenzione reca, al Capitolo 3, la disciplina della "responsabilità del vettore" e della "entità del risarcimento per danni". Vengono, a tal fine, distinte le ipotesi di "morte e lesione dei passeggeri" e dei "danni ai bagagli" (art. 17), quella dei "danni alla merce" (art. 18) e quella del "ritardo" (art. 19), quest'ultima relativa al trasporto aereo sia di passeggeri, che di bagagli o di merci.

Secondo l'Osservatorio, le Tabelle europee possono essere una sfida per il futuro, ma per ora non si vedono all'orizzonte; vanno prima avvicinate le diverse culture giuridiche dei vari Stati membri, ai fini del conseguimento di un generale obiettivo di contribuzione all'ulteriore sviluppo di uno spazio europeo di giustizia, questa volta in tema di danno.

Allo stato dell'arte, infatti, ciò che si può dire con certezza è che esiste, ed è ben visibile, un movimento di progressivo ampliamento della tutela dell'individuo nei vari contesti giuridici e giurisprudenziali, compreso quello del risarcimento del danno. Tale cammino, tuttavia, subisce degli importanti arresti quando l'operato delle Corti nazionali (la Corte di Cassazione, *in primis*, ma anche la Corte Costituzionale) tende verso l'incardinamento dei propri ragionamenti in una dimensione esclusivamente nazionale, e non anche sovranazionale, piuttosto che perseguire l'obiettivo unico ed essenziale della semplificazione ed armonizzazione del diritto nazionale, in un'ottica di oltrepassamento delle barriere concettuali esistenti tra gli istituti dei diversi Paesi europei. Il risultato, a ben vedere, sarebbe notevole: il trattamento "omogeneo" dei cittadini dell'Unione.

Lungo è ancora il cammino, e molto ancora si può fare per il ravvicinamento delle legislazioni e delle buone prassi europee. Essenziale, in tal senso, è promuovere la formazione giudiziaria delle presenti e delle nuove generazioni di giuristi, auspicando, nel contempo, alla creazione di una rete giudiziaria europea "dedicata" al danno alla persona⁵⁰¹.

⁵⁰¹ Cfr. TOFFOLETTO S., *Danno alla persona in Europa: un'armonizzazione possibile?*, in Milanosservatorio.it, 10.05.2016. In tal senso si esprime anche il Programma Giustizia 2014-2020, Reg. UE n. 1382/2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17.12.2013. Nel quinto considerando si legge in particolare che: "*La formazione giudiziaria è fondamentale per rafforzare la fiducia reciproca e migliorare la cooperazione tra autorità e operatori giudiziari nei vari Stati membri.*" Parlamento e Consiglio specificano inoltre l'obiettivo generale, quello di "*contribuire all'ulteriore sviluppo di uno spazio europeo di giustizia basato sul riconoscimento reciproco e la fiducia reciproca, attraverso la promozione della cooperazione giudiziaria*", e di "*sostenere e promuovere la formazione giudiziaria, compresa la formazione linguistica sulla terminologia giuridica, al fine di promuovere una cultura giuridica e giudiziaria comune*".

Alcune considerazioni, che prendono spunto da una riflessione proveniente dall'Osservatorio sulla Giustizia Civile di Milano: *“dove la normativa lascia spazio all'elaborazione giurisprudenziale, proprio lì vi è il terreno più fecondo per elaborare “prassi virtuose” e principi di diritto comuni che mettano al centro l'uomo, nella costruzione di una casa comune europea, ove si riescano a coniugare diritti ed effettività di tutela”*⁵⁰².

L'operazione di ricerca di profili di armonizzazione è essenziale ai fini del trattamento “omogeneo” dei cittadini dell'Unione, il quale, a sua volta, è basilare ai fini della tutela di quei diritti fondamentali che le Carte costituzionali degli Stati membri, nonché il diritto sovranazionale, ci impongono di rispettare.

Le normative attualmente vigenti non sono evidentemente sufficienti per la realizzazione dei fini suddetti; ed ecco che, ai fini di una futura armonizzazione, il ruolo del giudice si dimostra, una volta di più, perno di questa rivoluzione.

Garantire diritti quali quello alla salute, all'integrità psico-fisica, alla vita, e ripensarli in un'ottica di effettività di tutela, è una sfida possibile, ma soprattutto necessaria.

Durante la sopra citata intervista a vari esponenti dell'Osservatorio per la Giustizia civile di Milano⁵⁰³, si è discusso con la coordinatrice del “Gruppo Europa” del tema dell'armonizzazione del danno alla persona a livello europeo come chiave di una migliore tutela dell'individuo in ambito risarcitorio, valutando in particolare se i tempi siano effettivamente maturi per accogliere la formulazione di ipotesi circa la fattibilità di un sistema di tutela integrale della persona che possa dirsi realmente unitario. A parere del “Gruppo Europa”, l'auspicio è che le Corti di tutti gli Stati membri si trovino a tavole comuni (cd. modello del *Courts facing Courts*) per ragionare in termini di cultura unitaria del

⁵⁰² Così TOFFOLETTO S., *Danno alla persona in Europa: un'armonizzazione possibile?*, cit.

⁵⁰³ L'intervista è stata condotta dalla scrivente in data 29.3.2019 presso i locali dell'Osservatorio per la Giustizia civile di Milano, ed ha visto la partecipazione di tre esponenti di spicco dell'Osservatorio: il presidente dell'Osservatorio Dott. Damiano Spera (coordinatore gruppo “Danno alla persona”), la Dott.ssa Ilaria Gentile (coordinatrice del gruppo “Danno da mancato consenso informato”), l'Avv. Silvia Toffoletto (coordinatrice gruppo “Europa”).

danno e rimuovere gli ostacoli che si frappongono all'avvio di un vero processo di uniformazione legislativa. Tra questi, la circostanza che il danno alla persona, e dunque il suo risarcimento, siano legati a doppio filo con l'intervento della figura del medico legale, il quale, anch'esso, opera secondo criteri non unitari a livello europeo. E' auspicabile, dunque, che anche la medicina legale voglia compiere questo passo in avanti, individuando criteri comuni da utilizzare nella valutazione dei danni all'integrità psico-fisica della persona, nonché alla vita della medesima.

Secondo l'Osservatorio, il Parlamento Europeo avrebbe il compito di stimolare le sensibilità dei singoli Stati Membri, nonostante sia diversa la cultura giuridica di danno propria dei vari ordinamenti⁵⁰⁴. Il processo di armonizzazione, secondo il Gruppo Europa, dovrebbe partire dal monitoraggio dei vari sistemi europei in materia di danno alla persona; si dovrebbe utilizzare, in buona sostanza, il metodo tipico dell'attività dell'Osservatorio di Milano, così come degli altri Osservatori italiani.

Ad oggi, ciò che è certo è che una disciplina unitaria e sovranazionale del danno alla persona non è segnata in agenda tra le priorità della Commissione europea. Ciò nonostante, l'auspicio dell'Osservatorio è che il lavoro legislativo che l'Unione Europea ha portato avanti in relazione al tema del *data protection*⁵⁰⁵, e

⁵⁰⁴ E' noto, ad esempio, come gli Stati del Nord Europa, caratterizzati da programmi di Welfare a forte connotazione sociale (i quali offrono assistenza sanitaria universale, diritto all'istruzione gratuita anche a livelli elevati, un efficace sistema previdenziale), prestino maggiore attenzione all'essere umano vivente, piuttosto che ai parenti delle vittime di danno.

⁵⁰⁵ Si tratta del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati. Il regolamento è entrato in vigore il 24 maggio 2016 e si applica a decorrere dal 25 maggio 2018. Esiste poi la Direttiva (UE) 2016/680, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati. La direttiva è entrata in vigore il 5 maggio 2016 e gli Stati membri dell'UE erano tenuti a recepirla nell'ordinamento nazionale entro il 6 maggio 2018. L'Italia ha recepito la direttiva con il D. Lgs. 18 Maggio 2018, N. 51, entrato in vigore in data 08/06/2018.

quello che sta attualmente svolgendo in relazione all'ambito dell' intelligenza artificiale⁵⁰⁶, settori nei quali a ben vedere si produce un danno, possa fungere da viatico per gettare le basi di un dialogo indirizzato all'armonizzazione del danno alla persona, con particolare riferimento all'individuazione del *quantum* risarcitorio da liquidare per ogni tipo di lesione. Pur esistendo, infatti, forme di armonizzazione europea volte alla tutela di una determinata categoria di soggetti⁵⁰⁷, nessuna disciplina sovranazionale si è attualmente spinta fino all'individuazione di un *quantum* compensatorio, con l'unica eccezione del settore dei trasporti aerei⁵⁰⁸, in cui esiste la previsione di una misura risarcitoria, seppur la stessa sia pensata ai fini della migliore tutela delle compagnie aeree, e non del trasportato, circostanza che spinge ancora una volta chi scrive a ritenere che un sistema uniforme nasca e si alimenti soltanto dove vi siano interessi economici in gioco.

⁵⁰⁶ Ci si riferisce ai lavori della Commissione Europea in tema di *big data* ed *artificial intelligence*, ed in particolare all'aspetto del problema legato alla disciplina di responsabilità civile per danni causati da *robot*. Il Parlamento Europeo, conscio dell'importanza in introdurre in quest'ambito una disciplina unitaria sovranazionale, ha formulato per la Commissione delle proposte confluite nella risoluzione 16.2.2017, recante "*Raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica*". Ritiene infatti che sia questa una "*questione fondamentale, che deve essere altresì analizzata e affrontata a livello di Unione al fine di garantire il medesimo livello di efficienza, trasparenza e coerenza nell'attuazione della certezza giuridica in tutta l'Unione europea, nell'interesse tanto dei cittadini e dei consumatori quanto delle imprese*". Cfr. TOFFOLETTO S., *IoT e intelligenza artificiale: le nuove frontiere della responsabilità civile (e del risarcimento)*, in *Questione Giustizia*, Prassi e orientamenti, 13 giugno 2018.

⁵⁰⁷ Ci si riferisce, ad esempio, al già citato caso del consumatore europeo.

⁵⁰⁸ La disciplina di cui in analisi è contenuta nella Convenzione di Montreal del 28 maggio 1999, ratificata e resa esecutiva con la L. 10 gennaio 2004, n. 12, ma già attuata in ambito eurounitario con il regolamento (CE) del Consiglio 9 ottobre 1997, n. 2027 e, poi, firmata dalla stessa Comunità Europea il 9 dicembre 1999 e per essa entrata in vigore il 28 giugno 2004, volta all'unificazione di alcune norme sul trasporto aereo internazionale, in sostituzione della precedente Convenzione di Varsavia del 12 ottobre 1929 e dei relativi Protocolli modificativi. La Convenzione reca, al Capitolo 3, la disciplina della "responsabilità del vettore" e della "entità del risarcimento per danni". Vengono, a tal fine, distinte le ipotesi di "morte e lesione dei passeggeri" e dei "danni ai bagagli" (art. 17), quella dei "danni alla merce" (art. 18) e quella del "ritardo" (art. 19), quest'ultima relativa al trasporto aereo sia di passeggeri, che di bagagli o di merci.

BIBLIOGRAFIA

- ALESSI R., *Consensus ad idem e responsabilità contrattuale*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002;
- ALPA G., ANSALDO A., *Le persone fisiche*, in *Il codice civile, commentario diretto da Schlesinger*, Milano 1996;
- ALPA G., *Il danno biologico. Percorso di un'idea*, Padova, 1987;
- ALPA G., *La responsabilità civile*, Milano, 1999;
- AMENDOLA A., *Deleuze e il diritto: la critica della Legge, verso una clinica delle istituzioni*, in *Rivista critica del diritto privato*, anno XXXI, n. 3, settembre 2013;
- ASCARELLI T., *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Giuffrè, Milano, 1957, cap. VIII;
- AUSNESS, *Retribution and deterrence: The Role of Punitive Damages in Products Liability Litigation*, in 74 Ky. L. R., 1985-1986;
- BARBANERA R., *In tema di responsabilità degli insegnanti statali*, NGCC, I, 2003;
- BARBERIS M., *Filosofia del diritto: un' introduzione teorica*, Giappichelli Editore, 2008;
- BARCELLONA M., *Il danno non patrimoniale*, Giuffrè Editore, 2008;
- BARCELLONA P., *Strutture della responsabilità e «ingiustizia del danno»*, EDP, 2000;
- BENATTI F., *Correggere e punire. Dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, Milano, 2008;
- BENATTI F., *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963;
- BENATTI F., *Osservazioni in tema di "Doveri di protezione"*, RTPC, 1960;
- BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953;
- BIANCA C.M., *Diritto civile, III, Il contratto*, Giuffrè Milano, 2000;
- BIANCA C. M., *Diritto civile I. La norma giuridica. I soggetti*, Giuffrè Milano, 2002;
- BIGLIAZZI GERI L., *«Buona fede nel diritto civile»*, in *Digesto/civ.*, II, Torino, 1988;
- BOBBIO N., *L'età dei diritti*, Giulio Einaudi Editore, 2014;
- BONA M., *Il Danno Alla Persona Nella Prospettiva Europea*, scritti in occasione del Convegno Associazione M. Gioia, Patrocinio Aci, "Micropermanenti-Macroproblemi", Roma, 24-25 maggio 2002;

BRECCIA U., *Le obbligazioni*, in Tratt. Iudica e Zatti, Milano, 1991;

BRICOLA F., *La riscoperta delle pene private*, in Pol. dir., 1985;

BRICOLA F., *Voce Teoria generale del reato*, in Noviss. Dig. it., XIX, Torino, 1973;

BRINDISI G., *Il tenore etico o morale del giudizio. Note su diritto e filosofia nella riflessione di Deleuze sulla giurisprudenza*, in Etica & Politica / Ethics & Politics, XVIII, 2016;

BUFFONI L., *Cronaca di una morte annunciata (ma che stenta a sopraggiungere): le strane sorti dell'obbligazione senza prestazione*, GI, 2008;

BUSNELLI F.D., *Itinerari europei nella «terra di nessuno tra contratto e fatto illecito»: la responsabilità da informazioni inesatte*, CeI, 1991;

BUSNELLI F.D., *Nuove frontiere della responsabilità civile*, J, 1976;

CALABRESI G., *Il problema del risarcimento dei danni extra-compensativi*, Lectio Magistralis, Master Universitario di II livello in Diritto Privato Europeo, La Sapienza, Roma, 7/7/2017;

CALABRESI G., *“Property rules, Liability rules and inalienability. One view of the Chatedral”*, in Harward Law Review, vol. 85, n. 6, 1972;

CAPPELLETTI M., *Metodo e finalità degli studi comparativi sulla giustizia, e Dimensioni costituzionale e transnazionale della giustizia*, in ID., Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee. Studi di diritto giudiziario comparato, Bologna, 1994;

CARBONE V., *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*, D. Resp., 1999;

CARBONE V., *Valori personali ed economici della vita umana*, in Nuova Giur. Comm., 2015;

CARLASSALE L.; *Danno cagionato dall'incapace a se' medesimo: dal torto al contratto, sempre nell'ottica del risarcimento*, NGCC, 2004;

CARLASSARE L., *Priorità costituzionali e controllo sulla destinazione delle risorse*, in Costituzionalismo.it, Fascicolo 1, 2013;

CARRESI F., *Il contratto*, in Tratt. Cicu e Messineo, II, Milano, 1987;

CARUSI D., *Correttezza (obblighi di)*, in Enc. dir., X, Milano, 1962;

CASTRONOVO C. (a cura di), *Principi di diritto europeo dei contratti*, parte I e II, Milano, 2001;

CASTRONOVO C., *Armonizzazione senza codificazione. La penetrazione asfittica del diritto europeo*, Europa dir. Priv., 2013;

CASTRONOVO C., *Il danno biologico. Un itinerario di diritto giurisprudenziale*, Milano, 1998;

CASTRONOVO C., *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè Editore, Milano, 2006;

CASTRONOVO C., *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in Scritti in onore di Mengoni, Milano, 1995;

CASTRONOVO C., *Obblighi di protezione*, voce dell' Enc. giur. Treccani, Roma, 1990, vol. XXI;

CASTRONOVO C., *Profili della disciplina nuova delle clausole vessatorie, cioè abusive*, in Eur. Dir. Priv. 1998;

CENDON P., *Danno esistenziale e Sezioni Unite: "Ha da passà 'a nuttata"*, 17.11.2008, www.altalex.com;

CENDON P., *Il danno psichico*, Key Editore, 2015;

CENDON P., *Il prezzo della follia. Lesione della salute mentale e responsabilità civile*, Bologna, 1984;

CHAPMAN, TREBILCOCK, *Punitive damages: divergence in search of a rationale*, Alabama Law Review, 1989;

CHECCHINI T., *Rapporti non vincolanti e regola di correttezza*, Padova, 1977;

CHINDEMI D., *Il c.d. danno parentale*, in Resp. civ. e prev.12, 2006;

CIGERO C., *La transazione*, in Tratt. dir. civ. (diretto da R. Sacco), I singoli contratti, vol. IX, Torino, 2014;

CORSARO L., *Tutela del danneggiato e responsabilità civile*, Milano, 2003;

CRESPI-STELLA_ZUCCALÀ A., *Commentario Breve al Codice Penale*, Padova, 1992;

CRICENTI G., *Il sè e l'altro*, Bioetica del diritto civile, Edizioni ETS, Pisa, 2013;

D'ACUNTO L., *Le Sezioni Unite riaffermano l'irrisarcibilità iure hereditatis del danno da perdita della vita*, in Nuova Giur. Comm., 2015;

D'AMICO G., *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996;

D'AMICO G., *La responsabilità precontrattuale*, in Trattato del contratto, a cura di Roppo, Milano, 2006;

DE CUPIS A., *I diritti della personalità*, Giuffrè, 1982;

DE CUPIS A., *Il danno*, Milano, 1979;

DEGNI F., *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, Torino, Utet, 1939;

DI MAJO A., *Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili*, in Corriere giuridico, 2007;

DI MAJO A., *Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo*, Europa dir. Priv., 2002;

DI MAJO A., *Il problema del danno al patrimonio*, RCDP, II, 1984;

DI MAJO A., *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, CorG, 1999;

DI MARZIO M., *Danno non patrimoniale: grande è la confusione sotto il cielo, la situazione non è eccellente*; in Dir. giur., 2008;

DI MARZIO M., *Vacanza: il danno non patrimoniale può superare quello patrimoniale*, in Quotidiano legale del 31 maggio 2012, commento a Cass. Civ., Sez. III, 11 maggio 2012;

DI CIOMMO F., *La responsabilità contrattuale della scuola (pubblica) per il danno che il minore si procura da sé: verso il ridimensionamento dell'art. 2048 c.c.*, FI, 2002;

DIPALO F., *Questioni di vita, questioni di filosofia*, Lampi di stampa, Milano, 2010;

DOBBS D., *Law of remedies*, vol. I, Saint Paul, 1993;

DOGLIOTTI M., *Le persone fisiche*, Giappichelli Editore, 2014;

DOMINICI R., *Le menomazioni psichiche nel danno alla persona. Diagnosi, nesso di causalità, valutazione. La perizia*, Franco Angeli, 2014;

DONELLI F., *Responsabilità medica e valutazione del danno*, Maggioli editore, 2017;

DONNINI M., *Acquis Communautaire*, in Futuro Europa, 10 gennaio 2018;

ELLIS D., *Fairness and Efficiency in the Law of Punitive Damages*, in 56 S. Cal. L. Rev., 1982-1983;

FACCI G., *Minore autolesionista, responsabilità del precettore e contatto sociale*, RCP, 2002, 1012; FAILLACE S., *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004;

FAVA F., *Punitive damages e ordine pubblico: la Cassazione blocca lo sbarco*; in Europa dir. Priv., 2007;

FAZIO E., *Dalla forma alle forme. Struttura e funzioni del neoformalismo negoziale*, Milano, 2011;

FERRANTE M., *La responsabilità civile dell'insegnante, del genitore e del tutore*, Milano, 2008;

FERRI G. B., *Oggetto del diritto della personalità e danno non patrimoniale*, in Id., *Persona e formalismo giuridico*, Giuffrè Milano, 1985;

FERRI G.B., *Considerazioni sul problema della formazione del contratto*, RDCo, 1969, I, 187;

FIECCONI F., *Il risarcimento del danno alla persona nella rete di tutela europea*, lavori del Gruppo Danno alla persona dell'Osservatorio di Milano;

FIELD G., *A Treatise on the Law of Damages*, ed., Des Moines, 1881;

FINEMAN M. A., "Il soggetto vulnerabile e lo Stato responsabile", in *Género e Dereito, Periódico do Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre Gênero e Direito*, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba, V. 5, Nº 03, 2016;

FORD, *Damages, Punitive or Exemplary Damages - A Canadian View of Rookes v. Barnard*, in *Alberta Law Review*, 1965.;

FRACCHIA F., *Osservazioni in tema di responsabilità del dipendente pubblico e attività contrattuale*, FI, 1999;

FRACCHIA F., *Osservazioni in tema di responsabilità del dipendente pubblico e attività contrattuale*, FI, 1999;

FRANZONI M., *Dei fatti illeciti*, in Comm. Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1993;

FRANZONI M., *Il danno risarcibile*, Milano, 2004;

FREUD S., *Psicopatologia della vita quotidiana*, Torino, 1901;

GABBA C.F., *Prolusione al corso di diritto civile*, Anno scolastico 1887-1888, Arch. Giur., 1887;

GALLO P., *Responsabilità precontrattuale: la fattispecie*, in *Rivista di diritto civile*, fasc. 2, 2004;

GAMBARO A., PARDOLESI R., *L'influenza dei valori costituzionali sul diritto civile*, in A. Pizzorusso, V. Varano (a cura di), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Giuffrè, Milano, 1985;

GAZZARRA M., *Danno alla persona da contatto sociale. Responsabilità e assicurazione*, Napoli, 2007;

GIACOBBE G., *L'identità personale tra dottrina e giurisprudenza. Diritto sostanziale e strumenti di tutela*, in «*Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*», 1983;

GIAMPICCOLO G., *La tutela giuridica della persona umana e il cd. diritto alla riservatezza*, in «*Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*», 1958;

GIARDINA C., *La distinzione tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, in *Trattato della responsabilità contrattuale. Inadempimenti e rimedi*, a cura di Visintini, I, Padova, 2009;

GIARDINA C., *Responsabilita' contrattuale ed extracontrattuale. Significato attuale di una distinzione tradizionale*, Milano, 1998;

GIGLIO D., *Considerazioni a margine di Cassazione sez. un. 5 luglio 2017 n. 16601*, in *Diritto Civile Contemporaneo*, Anno V, Numero I, 23 febbraio 2018;

GIROLAMI M., *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, 2008; F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 2008, 816 s.;

GRIMM. D., *Autonomia e Libertà- Riflessioni sulla tutela dei diritti fondamentali e la "commercializzazione"*, in *Nomos*, 2001, 9 ss.; A. CLAPHAM, *Human Rights Obligation of Non-State actors*, Oxford, 2006;

GRISI G., *Gli obblighi di informazione, Il contratto e le tutele*, (a cura di) S. Mazzamuto, Torino, 2002;

GRISI G., *Il danno (di tipo) esistenziale e la nomofilachia «creativa» delle Sezioni Unite*, in *Eur. Dir. Priv.*, fasc. 2/2009(2009);

GRISI G., *Il principio dell'integrale riparazione del danno*, in *Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo di Majo*, a cura di MAZZAMUTO S., Napoli, 2012;

GRISI G., *Informazione (obblighi di)*, in *Enc. Giur. XVIII*, Roma, 2015;

GRONDONA M., *L'auspicabile "via libera" ai danni punitivi, il dubbio limite dell'ordine pubblico e la politica del diritto di matrice giurisprudenziale (a proposito del dialogo tra ordinamenti e giurisdizioni)*, in *Dir. civ. cont.*, 2016;

GRONDONA M., *L'auspicabile "via libera ai danni punitivi, il dubbio limite dell'ordine pubblico e la politica del diritto di matrice giurisprudenziale (a proposito del dialogo tra ordinamenti e giurisdizioni)*, in *Dir. civ. cont.*, 31 luglio 2016;

GUASTINI R., *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Giappichelli, 2006;

HAUPT G., *Juristenfakulta't fu' r F. Siber*, II, Leipzig, 1943, 23, che lo inquadrava nell'ambito dell'analisi dei rapporti contrattuali di fatto. E' stato approfondito in materia di *Schutzpflichten* da H. DO"LE, *Aussergesetzliche Schuldpflichten*, *ZStW*, (103) 1943;

HOFFMAN L. H., *Rookes v. Barnard*, in *Law Quarterly Review*, 1965.;

KELSEN H., *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1996;

KOZIOL, *Punitive damages: admission into the seventh legal heaven or eternal damnation? Comparative report and conclusion*, in *Punitive Damages*;

LANDINI S., *Danno biologico e danno morale soggettivo nelle sentenze della Cass. SS.UU. 26972, 26973, 26974, 26975/2008*;

LAUPRECHT P., *La Communauté et la Convention Européenne des droits de l'homme?*, Forum, Conselho da Europa, 3/82;

LEGGIERI C., *Natura delle responsabilità della banca negoziatrice per il pagamento di assegni non trasferibili a persone diverse dal prestatore*, NGCC, 2007, XII, 1442;

LIOTTA M., *Onore (diritto all')*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXX, 1980;

LOMBARDI VALLAURI, L. *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano 1975;

MACIOCE F., *Tutela civile della persona e identità personale*, Padova, Cedam, 1984;

MADONIA C., *Danno da nascita indesiderata: questioni controverse in attesa di giudizio*, cit.; contra, GERBI M., nota a Cass. 3569/15, cit., in Riv. it. Medicina legale, 2015, 815.

MAJELLO U., *Custodia e deposito*, Napoli, 1958;

MARELLA M.R., *Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti*, in Riv. Crit. Dir. priv., 2007;

MARELLA M.R., *La riparazione del danno in forma specifica*, Padova, 2000;

MARIANI C., *'Mors omnia solvit': la questione della risarcibilità dei danni da morte. Note a margine delle sentenze Borsellino e Cassarà*, in Giureta, 2006, vol. VI;

MARIANO G., *Il danno tanatologico: possibilità risarcitorie*, in *Salvis Juribus*, 2017.

MAROZZI F., *I Dieci Comandamenti del Dott. Rossetti: muore il 'dinamico relazionale' torna il 'danno morale'*, in Simlaweb.it (Società Italiana di Medicina Legale e delle Assicurazioni);

MASTROPAOLO F., *Il risarcimento del danno alla salute*, Napoli, 1983;

MATRICARDI A., *Danno da vacanza rovinata*, AltalexPedia, voce agg. al 12/04/2018.

MAZZAMUTO S., *Il rapporto tra gli art. 2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, in *Contratto e impresa*, 2009, vol. 3;

MAZZAMUTO S., MOSCATI E. (a cura di), MAZZAMUTO S., *"Il contratto di diritto europeo"*, Giappichelli, 2015;

MAZZON R., *Il nuovo danno non patrimoniale*, Pacini Editore, 2018.

MCGREGOR, *In Defence of Lord Devlin*, in the *Modern Law Review*, 1971;

MENCONI L., *Note sul rapporto tra fonti di diritto comunitario e fonti di diritto interno degli Stati membri*, Riv. Trim. dir. Proc. Civ., 1992;

MENGONI L., *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, RDC, 1954, I, 185 ss.;

MENGONI L., *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, RDCo, 1956, II;

MENGONI L., *Responsabilità contrattuale*, in Enc. dir., XXXIX, Milano, 1988;

MESSINETTI D., *Personalità (diritti della)*, in Enc. del dir., XXXIII, s.d., ma Milano, 1982;

MODICA L., *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, Milano, 2008;

MONTANARI A., *La resistibile ascesa del risarcimento punitivo nell'ordinamento italiano (a proposito dell'ordinanza n. 9978/2016 della Corte di Cassazione)*, in *Diritto Civile Contemporaneo*, Anno IV, numero I, gennaio/marzo 2017;

MONTANARI M., *Filosofia come*, in *La consulenza filosofica: terapia o formazione*, 2012.

MONTANARI VERGALLO G., *La nuova responsabilità medica dopo la riforma Gelli- Bianco*, Dike Editore, 2017;

NAVARRETTA E., *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Giappichelli editore, Torino, 1996;

NAVARRETTA E., *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali*; in *Resp. civ. prev.*, 2009;

NAVARRETTA E., *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali*, in *Foro.it*, 2009;

NIVARRA L., *Brevi considerazioni a margine dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite sui «danni punitivi»*, in *Dir. civ. cont.*, 30 gennaio 2017;

ONDEI E., *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, Utet, 1965;

OWEN, *A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform*, in *2nd 39 Vill. L. Rev.*, 1994;

OWEN, *The moral foundations of punitive damages*, in *Alabama Law Review*, 1989;

PAGLIANTINI S., *La nullità di protezione tra rilevabilità d'ufficio e convalida: lettere da Parigi e dalla Corte di Giustizia*, *Le forme della nullità*, Torino, 2009, 27 ss.;

PAGLIANTINI S., *Neoformalismo contrattuale*, Enc. Dir., Annali V, Milano, 2012;

PAJARDI, MACRÌ, MERZAGORA BETSOS, *Guida alla valutazione del danno psichico*, Giuffrè Editore, 2006;

PALMIERI A. – PARDOLESI R., *Danno da morte: l'arrocco delle sezioni unite e le regole (civilistiche) del delitto perfetto*, in *Giur.it* 2015;

PALMIERI A., *La rifondazione del danno non patrimoniale, all'insegna della tipicità dell'interesse leso (con qualche attenuazione) e dell'unitarietà*, e *Corr. giur.*, 2009, 48 s., con commento di M. Franzoni, *Il danno non patrimoniale del diritto vivente*;

PARADISO, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, RDC, 2001, 325 ss.; PIZZETTI F., *La responsabilità del medico dipendente come responsabilità contrattuale da "contatto sociale"*, GI, 2000, 740 ss.;

PARDOLESI R. – SIMONE R., *Danno esistenziale (e sistema fragile): «die hard»*, in *Il Foro Italiano*, 2009;

PASSAGNOLI G., *Nullità di protezione*, Codice del consumo, a cura di G. Vettori, Padova, 2007;

PELLEGRINI T., *La quantificazione del danno tra fatto e diritto. Brevi annotazioni su risarcimento integrale e compensatio lucri cum damno*, in *Jus Civile*, 2018;

PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Esi, 2006;

PIANA G., *La verità dell'azione*, Morcelliana, Brescia 2011;

PINO G., *Teorie e dottrine dei diritti della personalità. Uno studio di meta-giurisprudenza analitica*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2003;

PINO G., VILLA V., *Rule of law. L'ideale della legalità*, Il Mulino, 2009;

PIRAINO F., *Ingiustizia del danno*, in *Europa E Diritto Privato*, 2005.;

PIRAINO F., *La Buona fede in senso oggettivo*, G.Giappichelli Editore, Torino, 2015;

PIRAINO F., «*Nomina sunt consequentia rerum*» anche nella controversia sul danno al concepito per malformazioni genetiche. *Il punto dopo le Sezioni unite 22 dicembre 2015 n. 25767*, in *Dir. civ. cont.*, 6 gennaio 2016;

PIZZORUSSO A., ROMBOLI R., BRECCIA U., DE VITA A., *Persone fisiche*, Art. 1-10, in *Commentario del Codice civile Scialoja Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna –Roma, 1988;

PIZZORUSSO A., VARANO V. (a cura di), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Giuffrè, Milano, 1985;

POLINSKY, SHAVELL, *Punitive damages: an economic analysis*, in *Harv. L. Rev.*, 1998;

PONZANELLI G., *La Corte costituzionale e il danno da morte*, in *Foro it.*, 1994;

PONZANELLI G., *Nomofiliachia tradita e le tre voci di danno non patrimoniale*, in *Il foro italiano*, 2013, vol. 12;

PONZANELLI G., *Novità per i danni esemplari?*, in *Contr. impr.*, 2015;

PONZANELLI G., *Danni punitivi, no grazie*; in *Corriere Giur.*, 2007;

PONZANELLI G., *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. dir. civ.*, 1983;

PONZANELLI G., *Il danno non patrimoniale bagatellare: tre decisioni*, in *Resp. Civ. prev.* 2011;

PONZANELLI G., *La prevista esclusione del danno esistenziale e il principio di integrale riparazione del danno: verso un nuovo sistema di riparazione del danno alla persona*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2009, vol. 7-8;

PONZANELLI G., *Le immissioni intollerabili e il rimedio del danno non patrimoniale*, in *Danno e responsabilità*, 2010, vol. 7;

PONZANELLI G., *Polifunzionalità tra diritto internazionale privato e diritto privato*, in *Danno e responsabilità*, n. 4/2017;

PONZANELLI G., *Sezioni unite: il «nuovo statuto» del danno non patrimoniale*, *Foro It.*, 2009, I, 134. AA.VV., *Il danno non patrimoniale*, Guida commentata alle decisioni delle S.U. 11 novembre 2008, nn. 26972/3/4/5, Milano 2009;

PONZANELLI G., *Il controllo della Cassazione sul quantum del risarcimento*, in *Danno e responsabilità*, 2014;

PRINCIGALLI G., *La responsabilità civile*, in Trattato di diritto privato europeo, a cura di Lipari, Padova, 2003, IV;

PROCIDA MIRABELLI DI LAURO A., *La riparazione dei danni alla persona*, Napoli, 1993;

PUGLIESE G., *Aspetti civilistici della tutela del diritto della personalità nell'ordinamento italiano*, in Riv. dir. civ., 1963;

RADIN M.J., *"Contested commodities. The trouble with trade sex, children, body parts, and other things"*, Harvard University Press, Cambridge, London, 1996;

RESCIGNO P., *Introduzione al Codice civile*, Roma-Bari, Laterza, 1994;

RESCIGNO P., *Personalità (diritti della)*, Enc. Giur. Treccani, 1994; BARBAZZA A., "Natura, contenuto e struttura dei diritti della personalità" in "I diritti della personalità" di Ruscica S. (a cura), 2013, Cedam;

RESTA G., *"Dignità, Persone, Mercati"*, Giappichelli Editore - Torino, 2014;

RESTA G., *"La dignità umana e la funzione di tutela dalla commercializzazione"*, in A. Abignente et alii, *Dignità della persona. Riconoscimento dei diritti nelle società multiculturali*, ES, Napoli, 2013;

RESTA G., *"Proprietà, corpo e commodification nel dibattito nordamericano"*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1995;

RESTA G., ALPA G., *"La persona fisica e i diritti della personalità"*, coautore G. Alpa, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino: Utet, 2006;

RESTA G., *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità* (Note in margine alla Carta dei diritti), in Riv. Dir. civ., 2002, p. 801 ss.; Id., *La dignità*, nel *Trattato di biodiritto*, diretto da Giuffrè, Milano, 2010;

RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964;

RODOTÀ S., *Dal soggetto alla persona*, cit KELSEN H., *La dottrina pura del diritto* (1960), (a cura di) LOSANO M. G., Einaudi, Torino, 1966;

RODOTÀ S., *La vita e le regole*, Feltrinelli, Milano, 2006; Id., *Antropologia dell' homo dignus*, ora in *Critica del diritto privato* Editoriali e saggi della Rivista Critica del Diritto Privato, raccolti da ALPA G. e MARELLA M.R., Jovene, Napoli, 2017;

RODOTÀ S., *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile* (1966), ora in *Le prolusioni dei civilisti*, III (1940-1979), Napoli, 2012;

RODOTÀ S. in *"La vita e le regole. Tra diritto e non diritto"*, Feltrinelli, 2009;

RODOTÀ S., *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2012;

ROLLA G., *Le prospettive dei diritti della persona alla luce delle recenti tendenze costituzionali*, in «Quaderni costituzionali», 1997;

ROPPO, *Il contratto*, in Tratt. Iudica e Zatti, Milano, 2001;

ROSSI L., *L'analisi investigativa nella psicologia criminale. Vittimologia: aspetti teorici e casi pratici*, Milano, Giuffrè, 2005;

ROSSI S., *La cassazione e la nascita indesiderata (profili costituzionali di Cass. civ., 2/2012, n. 1675)*, Forum di Quaderni Costituzionali, Rassegna 2012;

ROSSI S., *Contatto sociale (fonte di obbligazione)*, in Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione CIVILE, Utet giuridica, 2010;

ROUSSEAU J.J., *Il Contratto Sociale*, BUR, Milano 1994, libro I, cap. II;

ROVELLI, «Correttezza», in Digesto/civ., IV, Torino, 1989;

RUSTAD, KOENING, *The historical continuity of punitive damages awards: reforming the tort reformers*, in 42 Am. U. L. Rev., 1993;

RUSTAD, KOENING, *The historical continuity of punitive damages awards: reforming the tort reformers*, in 42 Am. U. L. Rev., 1993;

SACCO- DE NOVA, *Il contratto*, vol. I, in Trattato di diritto civile diretto da Sacco, Torino, 2004;

SALVI, «Responsabilità extracontrattuale», in Enc. dir., XXXIX, Milano, 1988, 1187;

SALVI, *La responsabilità civile*, Milano, 2005;

SAPONE N., «Il danno alla persona preso con filosofia», Cendon Libri Editore, 2012;

SAPONE N., «Immissioni: tranquillità domestica o diritto al riposo?», in La nuova giurisprudenza civile commentata, 2010;

SAPONE N., CENDON. P., *Verso una nuova stagione (esistenzialista) del diritto privato*, in La nuova giurisprudenza civile commentata, 2014;

SBISÀ, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: realtà contrapposte o convergenza di presupposti e di scopi?*, RCP, 1977;

SCALISI V., *L'ermeneutica della dignità*, Giuffrè, Milano, 2018; ALPA G., *Autonomia privata, diritti fondamentali e "linguaggio dell'odio"*, in Contr. e impr., 2018;

SCHERMI A., *Il diritto assoluto della personalità ed il rispetto della verità nella cronaca, nell'opera storiografica, nell'opera biografica e nell'opera narrativa di fantasia*, in «Giustizia civile», 1966;

SCHWARTZ, BEHRENS, MASTROSIMONE, *Reining in Punitive Damages "Run Wild" Proposals for Reform by Courts and Legislatures*, 65 Brook. L. Rev., 1999;

SCHWARTZ, *Deterrence and Punishment in the Common Law of Punitive Damages: a comment*, in 56 S. Cal. L. Rev., 1982-1983;

SCOGNAMIGLIO C., *Il danno al patrimonio tra con tratto e torto*, RCP, 2007, 1253;

SCOGNAMIGLIO C., *Sulla responsabilita` dell'impresa bancaria per violazione di obblighi discendenti dal proprio status*, GI, 1995;

SCOGNAMIGLIO R., «*Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*», in NN.D.I., XV, Torino, 1968;

SCOGNAMIGLIO R., *Contratti in generale*, in Comm. Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1970;

SCOGNAMIGLIO R., *Il danno morale 'contributo alla teoria del danno extracontrattuale'*, Rivista dir. civ., 1957;

SEBOK, *The U.S. Supreme Court's theory of common law punitive damages: an inauspicious start*, in Meurkens, Nordin;

SEBOK, WILCOX, *Aggravated Damages*, in Koziol, Wilcox (a cura di), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Vienna, 2009;

SERIO M., *La responsabilità civile in Europa: prospettive di armonizzazione*, Europa dir. Priv., 2014;

SGANGA G., *Le Sezioni unite e l'art. 2059 c.c.; censure, riordini, ed innovazioni del dopo principio*; in Giur. it., 2009, I, 61 ss., con note di G. CASSANO, *Danno non patrimoniale ed esistenziale: primissime note critiche a Cassazione civile, Sezioni unite, 11 novembre 2008, n. 26972*;

SPERA D., *Tabelle milanesi 2018 e il danno non patrimoniale*, Giuffrè, 2018;

SPERA D., "Time out: il "decalogo" della Cassazione sul danno non patrimoniale e i recenti arresti della Medicina legale minano le sentenze di San Martino", in Ridare.it.;

SPINA, *Errore diagnostico del medico e lesione del diritto ad una maternità consapevole: attuali approdi interpretativi e check list*, in La Nuova Procedura Civile, 5/2018;

STOLFI, *Il principio di buona fede*, RDCo, 1964;

TAMBURRINO G., *Le persone fisiche*, Utet, 1990;

TARELLO G., *L'interpretazione della legge*, in Nuova giur. civ. e comm., 2009;

THIENE, *La Cassazione ammette la configurabilità di un rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione*, NGCC, 2000;

THIENE, *Nuovi percorsi della responsabilità civile. Dalla condotta allo status*, Padova, 2006;

TOFFOLETTO S., *Danno alla persona in Europa: un'armonizzazione possibile?*, in Milanosservatorio.it, 10.05.2016;

TOFFOLETTO S., *IoT e intelligenza artificiale: le nuove frontiere della responsabilità civile (e del risarcimento)*, in Questione Giustizia, Prassi e orientamenti, 13 giugno 2018.

TOMARCHIO, *L'unilateralità del danno non patrimoniale nella prospettiva delle Sezioni unite*; in Nuova giur. civ. comm, 2009, I, 102 ss., con note di commento di E. BARGELLI, *Danno non patrimoniale: la messa a punto delle sezioni unite*;

TOPPETTI F., *Il nuovo danno psichico*, Maggioli Editore, 2010;

TRAVAGLINO G., *La responsabilità contrattuale tra tradizione e innovazione*, in Resp. civ. prev 2016;

TURCO, *INTERESSE NEGATIVO E RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE*, Milano, 1990;

VALORE P., *Le Sezioni unite confermano l'irrisarcibilità agli eredi del c.d danno "tanatologico"*, In Danno e resp. 2015;

VASSALLI F., *Esame di coscienza di un giurista europeo*, Studi giuridici, III, 2, Milano, 1960;

VASSALLI F., *Extratestualità del diritto civile*, Studi giuridici, III, 2, Milano, 1960;

VENTIMIGLIA. C., *I diritti sociali tra garanzia costituzionale e compiti dell'autorità*, Dike Giuridica Editrice, 2013;

VERCELLONE P., *Personalità (diritti della)*, in Digesto delle Discipline Privatistiche - Sez. Civile, vol. XIII, Utet, Torino, 1995;

VIOLA L., TESTINI D. e MARSEGLIA G., *"Il danno tanatologico"* in Altalex.it;

VIRGADAMO P., *Danno non patrimoniale e ingiustizia conformata*, Lumsa Collana di Scienze Giuridiche e Sociali, Giappichelli Editore, 2014;

VISENTINI G., BERNARDO A. (con la collaborazione di) *"L'etica del diritto è la tolleranza"*, Luiss Guido Carli, Dipartimento di Scienze giuridiche, CERADI - Centro di ricerca per il diritto d'impresa, 2008;

VISITINI G., *La reticenza nella formazione del contratto*, Padova, 1972, 105 s., R.
SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, II, Tratt. Sacco, Torino, 2004;

VON JHERING R., *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen odernicht zur Perfection gelangten Verträgen*, in *Jherings Jahrbücher*, 4, 1861; nella versione italiana, *Della culpa in contrahendo ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, trad. it. e nota di lettura di F. PROCCHI, Napoli, 2005;

ZATTI P., *Note sulla semantica della dignità*, in *Maschere del diritto, volti della vita*, Giuffrè, Milano, 2009;

ZENCOVICH Z., *Onore e reputazione nel sistema del diritto civile*, Jovene, 1985;

ZIMMERMANN R., *Roman Law, Contemporary Law, European Law*, Oxford 2011;

ZIVIZ P., *Le immissioni intollerabili al vaglio dei principi delle sezioni unite*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2012;

ZIVIZ P., *Attesa consapevole della morte e danno psichico*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2012;

ZIVIZ P., BILOTTA F., *Il nuovo danno esistenziale – dalla Cassazione del 2003 alle Sezioni Unite del 2008*, Zanichelli Editore, Bologna, 2009;

ZIVIZ P., *Il danno non patrimoniale: istruzioni per l'uso*; in *Danno resp.*, 2009;

ZIVIZ P., *Linee guida e buone pratiche, dalla legge Balduzzi alla riforma Gelli*, in *Ridare.it*, 2017.

