

© Rita Alifano 2009
Università di Palermo
alifanorita@libero.it

GIURETA
Rivista di Diritto dell'Economia, dei
Trasporti e dell'Ambiente

Vol. VII
2009

Data di pubblicazione: 22 dicembre 2009

Alifano Rita

**Il nuovo danno non patrimoniale dopo Cassazione
11 novembre 2008 n. 26972-26975**

ISSN 1724-7322
Dipartimento di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e
dell'Ambiente
Viale delle Scienze, ed. 13 - 90138 Palermo (Italia)
Tel: (+39) 0916626220 - Fax: (+39) 091596506
giureta@unipa.it
www.giureta.unipa.it

Dipartimento di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente

Università degli Studi di Palermo

Il nuovo danno non patrimoniale dopo Cassazione 11 novembre 2008 n. 26972-26975

Rita Alifano

SOMMARIO: *Introduzione.*- 1. Il danno non patrimoniale e gli interessi esistenziali. - 2. Il danno esistenziale come danno derivante da lesione dei diritti della personalità. - 3. Danno esistenziale delle persone giuridiche. - 4. Danno esistenziale e danno morale. - 5. Danno esistenziale e danno biologico. - 6. La conferma della giurisprudenza: Corte di Cassazione nn. 8827/2003 e 8828/2003 e Corte Costituzionale n. 233/2003. - 7. La sentenza delle Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione, 11 novembre 2008, n. 26972.- 7.1. I casi di risarcimento del danno non patrimoniale, la legge distingue tre categorie. - 7.2. La violazione dei diritti costituzionali della persona e l'assorbimento del danno biologico nella categoria di illeciti produttivi di danno non patrimoniale risarcibile. - 7.3. I limiti alla risarcibilità dei diritti costituzionali della persona. - 7.4. Segue: l'art. 2 Cost., nella sua estensione, dà copertura costituzionale ai nuovi valori della personalità. - 7.5. La gravità dell'offesa. - 7.6. Una prima risoluzione. - 7.7. La giurisprudenza della Cassazione in tema di danno: dalla sentenza delle Sezioni Unite, Cass., 24 marzo 2006, n. 6572 alle sentenze del 24 giugno - 11 novembre 2008, n. 26972-26975. - 7.8. Il superamento della figura del c. d. danno morale soggettivo. - 7.9. L'assorbimento del danno esistenziale, nei casi previsti dalla legge ordinaria, nell'unitario danno non patrimoniale. - 7.10. Il danno morale e la tutela risarcitoria del danno non patrimoniale. - 7.11. Segue: l'assorbimento del danno esistenziale nel danno non patrimoniale da lesione di diritti costituzionali inviolabili della persona. - 7.12. Il danno non patrimoniale da inadempimento - 7.13. Il ricorso alla prova del danno non patrimoniale.

Introduzione. Le sentenze delle Sezioni Unite della Corte di

Cassazione del 24 giugno - 11 novembre 2008, n. 26972 - 26975 si muovono su più fronti: il primo di eliminare dal novero dei danni risarcibili quelli bagatellari; poi di aprire al risarcimento dei danni non patrimoniali nell'area contrattuale; infine di riaffermare il risarcimento del danno non patrimoniale per i diritti costituzionalmente tutelati, escludendo l'autonomia della categoria del danno esistenziale.

Il timore che la categoria del danno esistenziale, della quale si apprezzano a piene mani nella sentenza gli interessi da essa tutelati secondo la migliore dottrina, possa essere inficiata da danni estrosi, comporta una sorta di timore vocabolario nei confronti della terminologia "danno esistenziale".

La Corte insiste sulla negazione dell'autosufficienza della categoria, ricomprendendo tutte le ripercussioni sul valore uomo nella più ampia categoria del danno non patrimoniale, e affidando ad un carattere descrittivo, alcune tipologie di danno. Non solo, ma questi interessi e diritti non necessitano esclusivamente di una espressa menzione nella Carta Costituzionale, ma è sufficiente che trovino un fondamento, una copertura, la ratio in essa.

Ed è la stessa Corte a farlo capire. «Altri pregiudizi di tipo esistenziale attinenti alla sfera relazionale della persona, ma non conseguenti a lesione psico-fisica, e quindi non rientranti nell'ambito del danno biologico, saranno risarcibili purché siano conseguenti alla lesione di un diritto inviolabile della persona diverso dal diritto alla integrità psico-fisica».

L'ipotesi che si verifica nel caso (esaminato dalla sentenza n. 6607/1986) dell'illecito che, cagionando ad una persona coniugata l'impossibilità di rapporti sessuali, è immediatamente e direttamente lesivo del diritto dell'altro coniuge a tali rapporti, quale diritto-dovere reciproco, inerente alla persona, strutturante, insieme agli altri diritti-doveri reciproci, il rapporto di coniugio.

Nella fattispecie il pregiudizio è conseguente alla violazione dei diritti inviolabili della famiglia spettanti al coniuge del soggetto

leso nella sua integrità psico-fisica”. Ed allora vi è qui da chiedersi quale norma della nostra Costituzione espressamente preveda e garantista il diritto alla sessualità all’interno del matrimonio. Nessuna espressamente. Ma è certo che diritto di avere dei rapporti sessuali tra coniugi è un aspetto della personalità rilevante nel rapporto matrimoniale che trova copertura nella Costituzione e cioè, nelle norme sui diritti inviolabili, sulle relazioni personali all’interno della famiglia, artt. 2 e 29.

E’ questo un punto fondamentale, una lettura dinamica della Costituzione che ci mostri diritti in divenire, al passo con i tempi e che richiedano una tutela risarcitoria integrale tale da mettere anche in discussione l’idea di una tipicità del danno non patrimoniale.

Ben venga che la Corte abbia rammentato quali siano i pilastri del risarcimento in tema di danno non patrimoniale, e cioè il principio del “risarcimento integrale”, e la necessità dunque di tener conto degli aspetti relazionali della persona.

In altre parole, tutti i diritti costituzionalmente tutelati e tutti gli interessi meritevoli di tutela che abbiano un appiglio nella Costituzione possono essere portati al vaglio del giudice e, per dirla con le parole delle Sezioni Unite, sarà “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”.

1. Il termine danno assume nell’ambito della responsabilità aquiliana un significato anfibologico¹: da un lato esso rappresenta un elemento costitutivo della fattispecie di illecito civile ai sensi dell’art. 2043 c.c. (lesione di un interesse), dall’altro integra l’oggetto dell’obbligazione risarcitoria e dunque si connota quale

¹ C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2007

sanzione corrispondente all’ammacco di utilità subito dal soggetto passivo.

Il danno non patrimoniale consiste nella lesione di un bene inidoneo a costituire oggetto di scambio e di quantificazione pecuniaria secondo le leggi di mercato ma che costituisce, pur sempre, un interesse protetto dall’ordinamento ed in quanto tale può affermarsi la sua natura di interesse rivestito di valore economico, alla stregua degli altri interessi immateriali tutelati.

Il danno risarcibile non si identifica in qualunque lesione materiale e naturalistica patita dalla vittima, ma dipende dalle scelte di valore operate dall’ordinamento giuridico nella selezione degli interessi protetti e delle conseguenze pregiudizievoli economicamente rilevanti.

Una prima opzione interpretativa tende ad ampliare la nozione di patrimonio per tutelare i valori della persona, includendovi ogni valore e utilità economica di cui il danneggiato possa disporre.

Tale impostazione avrebbe un suo fondamento se si accedesse ad una concezione di danno non patrimoniale, quale quella enunciata dall’art. 2059 c.c., in cui vadano compresi soltanto i danni morali subiettivi: quei danni che arrecano un dolore morale alla vittima ed in nessun modo destinati ad incidere sul patrimonio, escludendo così *a priori* la distinzione fra danno morale e danno non patrimoniale².

La giurisprudenza ha seguito questa seconda strada ridisegnando l’intero sistema di responsabilità civile fino alla

² Diversamente, superando l’equazione danno non patrimoniale - danno morale, sottolineandosi la maggiore latitudine da attribuire al primo, si potrebbe propendere per una configurazione di danno comprensiva di qualsiasi conseguenza pregiudizievole di un illecito che, non prestandosi ad una valutazione monetaristica basata su criteri di mercato, non possa essere oggetto di risarcimento, bensì di riparazione. (Cass., 10-7-1991, n. 7624, in *Foro it.*, 1991, II, 2542).

enucleazione del danno esistenziale, la cui funzione dovrebbe essere quella di coprire uno spazio vuoto, ovvero una intera area di danni attualmente privi di tutela risarcitoria, non catalogabili nella tricotomia danno biologico-danno morale-danno patrimoniale, propria del nostro sistema risarcitorio.

Il lento cammino che ha condotto all'espansione dell'ambito del danno risarcibile ha avuto la sua tappa fondamentale nell'individuazione e, specialmente, nell'attribuzione di tutela alla figura del danno biologico.

A prescindere dalle disquisizioni inerenti alla qualificazione di questa tipologia di danno, nonché dalle singole tappe del percorso seguito dalle Corti che per prime l'hanno applicata, il punto di partenza nella ricostruzione giurisprudenziale della parabola del danno non patrimoniale va individuata nella sentenza del 14 luglio 1986 n. 184 della Corte Costituzionale, in tema di danno biologico, per la quale vale distinguere, anche nel diritto privato (specie a seguito del riconoscimento di diritti, inviolabili costituzionalmente, validi anche nei rapporti tra privati) l'evento materiale, naturalistico, che, pur essendo conseguenza del comportamento, è momento o aspetto costitutivo del fatto, dalle conseguenze dannose, in senso proprio, legate all'intero fatto illecito e quindi anche all'evento da un ulteriore nesso di causalità. Vale, infatti, distinguere da un canto il fatto costitutivo dell'illecito civile extracontrattuale e dall'altro le conseguenze, in senso proprio, dannose del fatto stesso.

Quest'ultimo si compone, oltre che del comportamento anche dell'evento e del nesso di causalità che lega il comportamento all'evento. Ogni danno è, in senso ampio, conseguenza: anche l'evento dannoso o pericoloso è, infatti, conseguenza dell'atto, del comportamento illecito.

Anche in diritto privato (specie a seguito del riconoscimento di diritti, inviolabili costituzionalmente, validi anche nei rapporti tra privati) va distinto, tuttavia, l'evento materiale, naturalistico

che, pur essendo conseguenza del comportamento, è momento o aspetto costitutivo del fatto dalle conseguenze dannose, in senso proprio, di quest'ultimo, legate all'intero fatto illecito (e quindi anche all'evento) da un ulteriore nesso di causalità. Non esiste comportamento senza evento: il primo è momento dinamico ed il secondo momento statico del fatto costitutivo dell'illecito.

Da quest'ultimo vanno nettamente distinte le conseguenze, in senso proprio, del fatto, dell'intero fatto illecito, causalmente connesse al medesimo da un secondo nesso di causalità. Il danno biologico costituisce l'evento del fatto lesivo della salute mentre il danno morale subiettivo (ed il danno patrimoniale) appartengono alla categoria del danno-conseguenza in senso stretto.

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 materiale³.

Ne consegue che la lesione giuridica al bene salute si concreta nel momento stesso in cui si realizza il fatto costitutivo dell'illecito e, pertanto, va esclusivamente provato che la menomazione bio-psichica del soggetto offeso in concreto abbia impedito le attività extra lavorative. Invece, il danno morale subiettivo si sostanzia nel transeunte turbamento psicologico del soggetto offeso, esso è danno - conseguenza, in senso proprio, del fatto illecito lesivo della salute e costituisce, quando esiste, condizione di risarcibilità del medesimo.

Afferma, inoltre, la Corte che il riconoscimento del diritto

³ C. Cost. 14-07-1986, in *Giust. Cost.* 1986, 1286.

alla salute come diritto pienamente operante anche nei rapporti di diritto privato non è senza conseguenza in ordine ai collegamenti tra lo stesso art. 32, comma 1 Cost. e l'art. 2043 c.c.: l'ingiustizia del danno biologico e la conseguente sua risarcibilità discendono direttamente dal collegamento tra gli artt. 32, comma 1 Cost. e 2043 c.c.; più precisamente dall'integrazione di quest'ultima disposizione con la prima.

Se la Corte Costituzionale, affermata l'autonoma tutela del diritto costituzionalmente garantito alla salute, ne ha garantito dal combinato disposto tra l'art. 2043 c.c. e l'art. 32 Cost. la risarcibilità del danno alla salute prima di quelli in senso stretto patrimoniali, secondo l'ormai nota formula del danno -evento, non si vede perché non debba essere risarcito il danno da lesione di altri diritti secondo questo modello (in questo caso, l'art. 2043 c.c. sarà da ricollegarsi direttamente all'art. 2 Cost., fondamento del diritto in questione).

Il sintagma danno ingiusto collegherebbe, quindi, l'art. 2043 c.c. alla lesione di una situazione soggettiva giuridicamente rilevante che assuma una sua giusta collocazione nella gerarchia dei valori costituzionali, la cui lesione costituirà un danno ingiusto, risarcibile ai sensi degli artt. 2043 c.c. e 2 Cost.: ad argomentare diversamente sarebbe palese la disparità di trattamento per due posizioni ugualmente garantite⁴.

2. Il clima di crescente interesse verso la figura del danno esistenziale trova un ideale sblocco nell'*imprimatur* dato dalla Cassazione secondo la quale la vigente Costituzione, garantendo principalmente e primariamente valori personali impone, infatti, una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2043 c.c. "in correlazione agli articoli della Carta che tutelano i predetti valori",

⁴ M. Feola - A. Procida Mirabelli Di Lauro, *Il danno non patrimoniale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 435.

nel senso appunto che quella norma sia «idonea a compensare il sacrificio che gli stessi valori subiscono a causa dell'illecito», attraverso il "risarcimento del danno che è sanzione esecutiva del precetto primario ed è la minima delle sanzioni che l'ordinamento appresta per la tutela di un interesse».

Il citato art. 2043 c.c., correlato agli artt. 2 e ss. Cost., va così «necessariamente esteso fino a ricomprendere il risarcimento non solo dei danni in senso stretto patrimoniali ma di tutti i danni che ostacolano le attività realizzatrici della persona umana»⁵.

La via da seguire sembra, allora, quella di valorizzare il valore-uomo assorbendone la categoria del danno biologico, nella consapevolezza che «non di sola salute vive l'uomo»⁶ sicché il danno esistenziale rivendica la risarcibilità delle conseguenze non patrimoniali della lesione di qualsiasi interesse (non solo della salute) giuridicamente rilevante per la persona.

In altri termini, il danno esistenziale investe la lesione di qualsiasi interesse giuridicamente rilevante per la persona e si traduce nelle perdute possibilità di realizzarne il contenuto, le quali rappresentano, per l'appunto, le conseguenze non patrimoniali da risarcire. Ogni interesse afferente alla persona, leso da un atto ingiusto, appare meritevole di risarcimento, e ciò, anche se non corrisponde al bene-salute, non sia specificatamente menzionato dalla Costituzione o non abbia quale presupposto una malattia che sconvolga il normale scorrere della quotidianità della vittima.

Una volta superata da anni la questione relativa alla funzione precettiva e non programmatica dell'art. 2 Cost., con conseguente

⁵ Non è ipotizzabile il limite alla risarcibilità, della correlativa lesione, per sé considerata (n. 184/1986), ai sensi dell'art. 2043 c.c.: che, per tal profilo la Corte ha per ciò applicato, riconoscendo all'attore il ristoro del danno da lesione in sé di suoi diritti fondamentali, in conseguenza della riferita condotta del suo genitore. (Cass., 7-6-2000, n. 7713, in *MGC*, 2000, f. 12).

⁶ P. Cendon, *Non di sola salute vive l'uomo*, in *Studi Rescigno*, Milano, 1999, 139.

affermazione della rilevanza costituzionale della persona umana, in tutti i suoi aspetti, questa norma comporta che l'interprete, nella ricerca degli spazi di tutela della persona, è legittimato a costruire tutte le posizioni soggettive idonee a dare garanzia, sul terreno dell'ordinamento positivo, ad ogni proiezione della persona nella realtà sociale, entro i limiti in cui codesto risultato si ponga come conseguenza della tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali nelle quali si esplica la sua personalità.

La considerazione del diritto alla reputazione quale diritto della personalità consente nel contempo di individuare il correlativo fondamento giuridico, ancorandolo direttamente nell'art. 2 Cost.: inteso quale precetto nella sua più ampia dimensione di clausola generale, aperta all'evoluzione dell'ordinamento e suscettibile, per ciò appunto, di apprestare copertura costituzionale ai nuovi valori emergenti della personalità in correlazione anche all'obiettivo primario di tutela del pieno sviluppo della persona umana, di cui al successivo art. 3 cpv⁷.

Quest'ultima puntualizzazione, che presuppone l'adesione ad una concezione "monistica" dei diritti della personalità⁸, aiuta a definire, senza perplessità, in termini di diritto soggettivo perfetto, la struttura della situazione soggettiva considerata.

Nell'ambito di questa concezione monistica dei diritti della personalità umana, con fondamento costituzionale, il diritto all'immagine, al nome, all'onore, alla reputazione, alla riservatezza non sono che dei singoli aspetti della rilevanza costituzionale che la persona, nella sua unitarietà, ha acquistato nel sistema della Costituzione. Trattasi quindi di diritti omogenei, essendo unico il bene protetto.

⁷ C. Cost., 3 febbraio 1994, n. 13, in *FI*, 1994, I, 1542.

⁸ (V. Cass., 7 febbraio 1996, in *Giur. it.*, 1996, I, 978; Cass., 7 aprile, 1998, n. 5658 in *MGC*, 1998, f. 15).

Senonché una volta provata detta lesione, il danno è *in re ipsa*, ossia reputato esistente sol che si provi il compimento di un comportamento oggettivamente idoneo a provocare la lesione in quanto si realizza una perdita di tipo analogo a quello indicato dall'art. 1223 c.c., costituita dalla diminuzione o dalla privazione di un valore (per quanto non patrimoniale) alla quale il risarcimento deve essere commisurato, come osserva la C. Cost., 27 ottobre 1994, n. 372, sia pure in tema di danno biologico.

Ciò, pur costituendo un più esatto inquadramento dogmatico degli schemi operativi del risarcimento del danno, ai sensi dell'art. 2043 c.c., di valori assoluti della persona umana, in quanto tale, poiché non viene risarcito il fatto di lesione in sé (cioè, l'evento) ma la riduzione (o la perdita) di tale valore, che l'evento lesivo ha prodotto, non contraddice, il principio che detto danno è *in re ipsa*.

Infatti con detta formula non si intende dire che viene risarcita la lesione in sé e non la perdita o la diminuzione del valore leso, secondo gli schemi operativi della consequenzialità giuridica, che, fissati dall'art. 1223 c.c., sono applicabili anche in tema di responsabilità aquiliana, giusto il rinvio a detta norma operato dall'art. 2056 c.c.

Il senso dell'affermazione è un altro: provata l'attitudine del comportamento dannoso a ledere la reputazione personale, se ne deduce la prova anche della riduzione o della perdita del relativo valore. In altri termini non si contesta la distinzione ontologica tra lesione del valore e consequenziale perdita o diminuzione della stessa, ma solo che provata la prima risulta provata per presunzioni anche la seconda.

Si è dunque al cospetto di una formula sintetica, per quanto con ogni probabilità dogmaticamente inesatta, molto simile a quella che, soprattutto in passato, si è adottata in materia penale in tema di *dolus in re ipsa* per alcune categorie di reato (soprattutto in tema di falso). Per quanto anche lì l'espressione non fosse dogmaticamente ineccepibile e fu, sotto questo profilo, oggetto di

accese critiche, in effetti non si voleva con essa significare che l'elemento soggettivo doloso scomparisse nella sola esistenza del fatto cosciente e volontario, ma che, provato questo, risultava provato anche il dolo, pur rimanendo lo stesso ontologicamente differente, giusto quanto previsto dall'art. 43 c.p., dalla mera coscienza e volontarietà del fatto⁹.

Il nodo da sciogliere sembra, allora, quello dell'esatta collocazione del danno esistenziale, se fra il danno-evento o fra il danno-conseguenza. Pur a fronte della ancora non chiara distinzione fra i due, possiamo affermare, partendo, dal presupposto che la lesione del bene è concatenata con le attività realizzatrici, che la lesione in sé del bene-valore comporterà l'attrazione del danno nel danno-evento, l'incidenza sulle attività realizzatrici nel danno conseguenza. Questa prospettiva rinverrebbe la sua esattezza anche sul piano probatorio allorché la lesione in sé del bene-valore non richiederebbe all'attore la prova dell'incidenza negativa con la difficoltà della prova di tale lesione; differentemente questi dovrà provare l'incidenza di tale lesione sulle proprie attività realizzatrici a-reddituali, in caso contrario infatti ci troveremo di fronte al classico danno patrimoniale.

Il danno esistenziale, proprio perché sussiste a prescindere da lesioni concrete, ha consistenza al di là di un' incidenza del fatto-evento su una prospettiva reddituale ed, infine, sussiste anche in assenza di comportamenti penalmente rilevanti.

In ordine al problema della quantificazione di tale danno, la giurisprudenza ritiene che il ricorso all'equità, *ex art. 1226 c.c.*, costituisca il metodo maggiormente praticabile di determinazione quantitativa del danno esistenziale risarcibile: il ricorso all'equità, peraltro, non solo appare possibile e lecito, ma stante la particolare natura del danno risarcibile, oltremodo opportuno.

⁹ Cass., 3-4-2001, *Giur. It.*, 2001, I, 4881.

Il danno esistenziale si allontana così sia dal risarcimento del danno in senso classico sia dalla riparazione della sofferenza, per valorizzare i costi del ripristino. Certo questi hanno valenza economica e si inseriscono nel danno-conseguenza, ma sono tutt'uno con l'evento lesione, quale anello precedente della catena causale, cui seguono le attività realizzatrici che risultano compromesse.

La categoria del danno esistenziale finirebbe così anche con il risolvere il problema della gestione dei danni riflessi dei familiari delle vittime.

Il danno esistenziale può caratterizzarsi, infatti, anche come pregiudizio diretto ed immediato riferibile, sul piano giuridico, allo stesso illecito di cui è stata vittima una diversa persona¹⁰.

Anche i prossimi congiunti di una persona gravemente offesa da un reato possano subire danni diretti ed immediati "causalmente riferibili, sul piano giuridico, allo stesso illecito di cui è stata vittima una persona diversa"¹¹.

Ben numerosi possono essere, dunque, gli illeciti di natura civile e penale che possono dare origine al risarcimento del danno esistenziale¹⁰.

3. La categoria del danno esistenziale si rivela particolarmente utile, quale strumento di tutela sia della persona fisica sia di quella giuridica, che si qualifica come una categoria che tiene conto dei limiti delle tecniche tradizionali di tutela.

A tale riguardo, si deve ricordare che di una posta risarcitoria, del tipo di quella del danno alla salute, non è prospettabile nei confronti delle persone giuridiche, data la loro incompatibilità, prima logica che giuridica rispetto al danno alla

¹⁰ Cass., 2-2-2001, n. 1516, in *MGI*, 2001, 1516.

¹¹ Trib. Agrigento, 4-6-2001, in *Giust. Civ.*, 2002, I, 2603; C. Cost. 25-6-1990, in *Giust. Cost.* 1991, 1255.

salute. La giurisprudenza riconosce il danno non patrimoniale degli enti, dapprima con l'esclusivo riguardo al danno all'immagine ed ora anche con riguardo al danno alla salute del suo rappresentante che, in questo organo dell'ente, fa sì che il pregiudizio all'ente venga imputato.

Se si esclude, come è giusto che sia, la risarcibilità del danno alla salute all'ente immateriale, è opportuno tenere in considerazione un altro proveniente dall'analisi del sistema codicistico, rappresentato dal fatto che l'azionabilità del rimedio risarcitorio trova un grave limite normativo quando l'interesse da risarcire sia non patrimoniale, poiché all'art. 2059 c.c. si richiede che la possibilità di ricorrere alla tutela risarcitoria risulti da una apposita previsione di legge.

In questo modo, ai fini della tutela civile dell'interesse non patrimoniale è necessario che il comportamento lesivo abbia integrato gli estremi di un illecito penale, poiché la norma di legge richiesta dall'art. 2059 c.c., idonea a fondare la pretesa risarcitoria, viene ravvisata nell'art. 185 c.p. Se si tiene poi conto del fatto che gli interessi non patrimoniali sono quelli attinenti alla persona, emerge allora con chiarezza che questa sorta di doppio binario del sistema risarcitorio si traduce in una grave limitazione alla tutela civilistica dei diritti fondamentali della persona sia fisica sia giuridica.

Va, inoltre, ricordato che il divieto di analogia in materia penale potrebbe limitare il risarcimento dello stesso danno morale nei casi in cui sia rinvenibile un illecito civile e non anche penale incidente sui valori della persona; mentre le conseguenze dell'atto illecito vanno apprezzate indipendentemente da una loro ripercussione sul patrimonio di chi le subisce, rilevando di per sé, nella misura in cui costituiscono conseguenza della lesione di un interesse rilevante, il che avviene certamente ogni volta che è leso

un diritto della personalità¹².

L'ammissibilità giuridica del riconoscimento di diritti della personalità in capo agli enti è consolidato in dottrina e in giurisprudenza.

Una diversa interpretazione, ormai largamente minoritaria, considera la pacifica rilevanza della soggettività giuridica anche degli enti di fatto che, elaborata sulle intuizioni della dottrina tedesca, è stata recepita anche dalla giurisprudenza di legittimità. Autorevolmente si è sostenuto che tutti i gruppi organizzati, siano essi o non persone giuridiche, sono, ormai, per diritto comune, persone giuridiche¹³.

Il danno non patrimoniale¹⁴, ancorché consistente nella lesione di un bene idoneo a costituire oggetto di scambio e di quantificazione pecuniaria secondo le leggi di mercato, costituisce un interesse protetto dall'ordinamento e, in quanto tale, se ne può affermare la sua natura di interesse rivestito di valore economico, alla stregua degli altri interessi immateriali tutelati. Il danno non patrimoniale, quindi, si caratterizza, quale, lesione di un bene o diritto immateriale appartenente alla persona giuridica.

¹² D. Chindemi, *Il danno non patrimoniale*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2006, II, 128.

¹³ In relazione alla configurabilità di un danno non patrimoniale in capo a persone giuridiche pubbliche, la giurisprudenza si è espressa nel senso che non sia esatto che esso possa riguardare solo le persone fisiche e non quelle giuridiche. Una nozione adeguata del danno non patrimoniale porta ad escludere che esso vada limitato al solo campo delle sofferenze fisiche o morali mentre devono esservi inclusi tutti quei danni che non rientrano nella categoria del danno non patrimoniale. Può così raffigurarsi anche un danno non patrimoniale diverso dal dolore, riferibile quindi alla persona giuridica, quale il danno che incide sulla reputazione, il danno che deriva dalla divulgazione di segreti o di notizie riservate poiché il danno non patrimoniale comprende gli effetti lesivi che prescindono dalla personalità giuridica del danneggiato, il medesimo è riferibile anche a enti e persone giuridiche (Cass. 3-4-2000, n. 236, *D. Resp.* 2000, 490).

¹⁴ S. E. Segreto, *Le attuali frontiere del danno non patrimoniale*, in *Danno e resp.* 2007, 1081.

Per le persone giuridiche pubbliche si è affermata la riconducibilità al danno esistenziale della lesione all'immagine della p.a.

In particolare la Corte dei Conti ha affermato che il danno in questione non ha nulla a che vedere con il danno morale in senso stretto, non attenendo esso alle sofferenze fisiche o morali, di cui le persone giuridiche non sono neanche capaci, ma alla grave perdita di prestigio ed al grave detrimento dell'immagine e della personalità pubblica, quale danno che reca sempre con sé, se non una «diminuzione patrimoniale diretta», pure ipotizzabile (soprattutto con riferimento agli enti pubblici che, operando in regime di mercato, possono subire una contrazione della loro attività direttamente correlabile al discredito arrecato da propri dipendenti o amministratori), sicuramente «una spesa necessaria al ripristino del bene giuridico leso», ossia al ripristino dell'immagine stessa.

Una volta affermata per le persone fisiche, la teoria del danno-evento è stata poi estesa alla persone giuridiche e quindi alle persone giuridiche pubbliche.

In particolare, quanto a quest'ultime, valorizzando le argomentazioni con le quali la Consulta ha aderito alla concezione del danno-evento (*ex sent. n. 184/1986*), il danno all'immagine della p.a. è stato rapportato all'art. 2043 c.c., quale danno ingiusto ad uno dei diritti fondamentali della persona giuridica pubblica, ovvero ad una delle più rilevanti formazioni sociali nelle quali si svolge la personalità dell'uomo, *ex art. 2 Cost.*

Disancorato dall'illecito penale, nell'avvertita considerazione che l'art. 2059 c.c. attiene, per il diritto vivente, al solo danno morale in senso stretto, il danno all'immagine della p.a. ha finito per rappresentare, nell'area delle persone giuridiche pubbliche, una figura emblematica di danno-evento, così come il danno biologico rappresenta nell'interpretazione data da Corte Cost. 184/1986 una figura emblematica di danno-evento nell'area

delle persone fisiche. In realtà, i rispettivi beni-valori lesi (integrità fisica ed immagine dell'ente pubblico) rappresentano quelli di maggior rilievo sociale e di più marcato interesse costituzionale nei rispettivi ambiti di appartenenza, tanto che per entrambi può parlarsi a ragione di danno esistenziale.

L'immagine ed il prestigio della persona giuridica pubblica hanno, infatti, un peso notevole nell'ambiente sociale, anche perché indici di esercizio delle pubbliche funzioni aderente ai canoni della legalità, del buon andamento e della imparzialità (*ex art. 97 Cost.*). Da questo punto di vista, anzi, si può affermare che la specificazione del generale dovere che tutti i cittadini hanno di essere «fedeli alla Repubblica e di osservarne le leggi» in quello proprio, dei soli dipendenti pubblici, di adempiere le pubbliche funzioni con disciplina e onore (*ex art. 54 Cost.*) in larga parte è teleologicamente orientata alla tutela dell'immagine e del prestigio della p.a.¹⁵.

La natura della lesione all'immagine, patita dalla pubblica amministrazione, a seguito di condotte illecite di propri dipendenti, già oggetto di varie e spesso contrastanti interpretazioni sia da parte delle sezioni regionali sia da parte delle sezioni centrali d'appello, è in fine approdata alle sezioni riunite della Corte dei Conti (C. Conti 23 aprile 2003, n. 10/SR/QM).

La decisione del 23 aprile 2003, n. 10/SR/QM, che segue alla rimessione della questione di massima da parte della prima sezione centrale d'appello, avvenuta con ordinanza del 9 gennaio 2003, n. 5/2003 sulla natura del danno all'immagine subito dall'amministrazione, ha statuito:

«Il danno all'immagine di una pubblica amministrazione non rientra nell'ambito di applicabilità dell'art. 2059 c.c., ma è una delle fattispecie rientranti nella più generale figura del danno

¹⁵ C. Conti, 18-10-2000, n. 557.

esistenziale; il danno esistenziale consiste in un pregiudizio areddituale che prescinde dal reddito del danneggiato, di natura non patrimoniale, tendenzialmente omnicomprendivo, in quanto qualsiasi privazione può dar luogo a risarcimento sulla base di quanto disposto dall'art. 2043 c.c.; il principio costituzionale ricavabile dall'art. 97, comma 1 Cost. fissa per l'agire amministrativo parametri di imparzialità e buon andamento ed il legislatore ordinario su tale base, all'art. 1, comma 1, della l. n. 241/1990, ha ulteriormente individuato parametri di trasparenza, economicità e produttività. E' indubbio che questi criteri costituiscano il riconoscimento di interessi collettivi di grande rilievo sociale, che si aggiungono e si intrecciano con quelli alla corretta gestione delle risorse pubbliche;

la natura della responsabilità amministrativa non può essere limitata a una mera funzione recuperatoria del patrimonio della p.a., in quanto essa trova collocazione anche nella tutela di interessi ulteriori, rispetto a quelli della semplice integrità patrimoniale, ma ugualmente fondamentali in una società moderna, tesa all'efficienza dei propri apparati pubblici, ed espressi dai principi costituzionali dell'art. 97, commi 1 e 2, recepiti nella nuova disciplina dell'agire amministrativo (art. 1, comma 1 l. n. 241/1990)».

4. Il punto focale della materia del danno non patrimoniale consiste nella distinzione tra danno esistenziale e danno morale.

All'epoca della emanazione del codice civile l'unica previsione espressa dal risarcimento del danno non patrimoniale era racchiusa nell'art. 185 c.p. del 1930, secondo il quale ogni reato obbliga alle restituzioni, a norma delle leggi civili.

«Ogni reato, che abbia cagionato un danno un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui».

La giurisprudenza, nel dare applicazione all'art. 2059 c.c., ha inaugurato un orientamento saldamente legato all'idea che il danno non patrimoniale sia risarcibile solo in presenza di un reato e ne ha individuato il contenuto nel c.d. danno morale soggettivo, inteso come sofferenza contingente, turbamento dell'animo transeunte.

Nel danno morale si include peraltro non solo il dolore psichico, ma anche quello fisico, inteso, come condizione di sofferenza somatica non accompagnata da alterazioni di funzionalità organica: in entrambi i casi, il risarcimento del danno morale assolve alla funzione di assicurare al danneggiato un'utilità sostitutiva delle sofferenze patite. Il danno morale ed il danno non patrimoniale, dunque, per diversi lustri sono stati identificati.

A ben vedere, però, il danno morale, inteso nella sua componente psicologica subiettiva, ed il danno non patrimoniale, inteso in senso ampio, come pregiudizio privo di carattere patrimoniale, ma pur sempre valutabile patrimonialmente, sono danni distinti, in quanto il danno non patrimoniale comprende ogni conseguenza pregiudizievole di un illecito che, non basandosi su una valutazione di mercato, non può essere oggetto di risarcimento pienamente riparatorio ma soltanto di compensazione; mentre il risarcimento del danno morale consiste nella *pecunia doloris*, ossia nel compenso del dolore sofferto dalla persona danneggiata, nel ristoro dell'equilibrio emotivo del danneggiato volto in negativo a seguito dell'illecito.

Nell'ambito della fattispecie del danno morale, la domanda diretta ad ottenere il risarcimento del danno non patrimoniale trovava fondamento non già in una sentenza di condanna del giudice penale, ma nella commissione di un fatto preveduto come reato: questo spiega il perché la giurisprudenza non richieda in ogni caso, quale presupposto delle liquidazione del danno morale, una pronuncia del giudice penale, ma ammette l'accertamento *incidenter tantum* da parte del giudice civile dell'esistenza del

reato, nei suoi elementi obiettivi e soggettivi, individuandone l'autore e procedendo al relativo accertamento nel rispetto dei canoni della legge penale.

Il principio è ancora oggi valido, e la risarcibilità del danno non patrimoniale a norma dell'art. 2059 c.c., in relazione all'art. 185 c.p., non richiede che il fatto illecito integri un reato, essendo sufficiente che il fatto stesso sia preveduto come tale e sia idoneo a ledere l'interesse tutelato dalla norma penale, sicché, ai fini del risarcimento di detto danno, l'inesistenza di una pronuncia del giudice penale non costituisce impedimento all'accertamento da parte del giudice civile della sussistenza degli elementi costitutivi del reato¹⁶.

Il reato va accertato nella sua pura oggettività e dunque il danno morale è configurabile anche in assenza della prova dell'elemento soggettivo: è sufficiente che il fatto dannoso integri nella sua materialità il fatto di reato.

Al risarcimento del danno morale da reato è tenuto in solido con l'autore del danno anche il responsabile civile: l'azione civile è ammessa verso il responsabile civile anche quando sia rimasto ignoto l'autore del reato.

Il giudice civile ha il potere di procedere ad una valutazione ed all'accertamento del reato nel fatto generatore del danno, in quanto non vi siano effetti extrapenali del giudicato penale.

La pronuncia del giudice penale relativa all'estinzione del reato, l'imprononibilità, l'improcedibilità dell'azione penale o la sentenza di patteggiamento non costituiscono l'impedimento all'accertamento da parte del giudice civile della sussistenza degli elementi costitutivi del reato. Inoltre – come si desume dall'art. 2059 c.c. e dal suo coordinamento con gli artt. 185 e 198 c.p. – il risarcimento del danno non patrimoniale derivante da un reato può essere senza dubbio richiesto anche nel caso di prescrizione del

¹⁶ Cass. n. 2207 del 2007 in *Corr. giur.*, 2007, 1017 s.

reato e, anche quando tale effetto sia determinato, dalla decorrenza del tempo necessario a prescriverlo, secondo la disciplina degli artt. 157 e ss. c.p.¹⁷.

5. Nel corso del tempo, si è progressivamente ritenuto di fare rientrare nell'alveo del danno biologico¹⁸, pur di fatto riconoscendo loro autonomia concettuale soprattutto in sede di liquidazione del danno, una sfilza di figure risarcitorie, tra le quali: il danno estetico, il danno alla vita di relazione, il danno alla vita sessuale, l'incapacità lavorativa generica, (c.d. "fenomeno dell'assorbimento").

Nel contempo, al citato fenomeno dell'assorbimento si è andata delineando l'espansione del concetto giuridico di danno alla salute, con un progressivo allargamento del danno biologico ben al di là della sua matrice medico-legale.

Al fine di assicurare la tutela di alcuni aspetti essenziali della vita dei singoli danneggiati, che restano esclusi dall'ambito dell'art. 2059 c.c., si è cercato di estendere il concetto di danno biologico oltre i suoi contenuti tipici lungi dalla sua definizione tecnica quale perdita dell'integrità psico-fisica, individuando la sussistenza di siffatta categoria pur in assenza di una patologia fisica o psichica accertata, finendo di fatto con il farla coincidere con quella del danno alla salute intesa come benessere complessivo¹⁹.

La persona, nella sua componente biologica, non esaurisce il complesso dei beni su cui si fonda l'esistenza umana, così come non in tutti gli illeciti sarà sempre ravvisabile un danno, che interessi aspetti medico-legali. A questo proposito si può osservare che la serenità familiare, l'autodeterminazione sessuale, la

¹⁷ Cass., 30-10-2003, n. 16305, in *Foro it.*, 2004, II, 568.

¹⁸ G.B. Petti, *Il danno biologico*, II, Torino, 2002, 1316-1317.

¹⁹ M. Bona, *Il danno non patrimoniale*, in *Giur. it.*, 2002, 953.

personalità sono beni che possono essere lesi senza che sia compromessa la validità biologica della vittima, o, all'opposto, la cui lesione può sussistere accanto a quella del bene salute.

La bipartizione danno patrimoniale-danno morale poteva apparire angusta e talvolta anche l'inclusione del danno biologico può non risultare esaustiva: un fatto-evento causato da terzi può rilevarsi dannoso quand'anche, non traducendosi nella concreta e materiale lesione dell'integrità fisico-psichica, sia tuttavia idoneo ad incidere sulle possibilità realizzative della persona umana. In questo caso ad essere leso, dunque, dalla condotta in questione è il diritto allo svolgimento della personalità umana, considerato globalmente *ex art. 2 Cost.*, ossia, qualsiasi diritto assistito da garanzia costituzionale.

Per coprire queste ipotesi di danno la dottrina ha elaborato – con l'entusiasmo della giurisprudenza di merito – la categoria del danno esistenziale che si estende a tutte quelle lesioni che, non riconducibili a danni patrimoniali o biologici in senso stretto, insistono su interessi giuridicamente protetti e meritevoli di tutela all'interno del nostro ordinamento²⁰.

A differenza, pertanto, del danno psichico, che è una patologia e quindi rientra indubbiamente nell'ambito del danno biologico, sia che costituisca un pregiudizio autonomo sia invece che si traduca in una conseguenza di una patologia fisica, il danno esistenziale si manifesta in rinunce ad attività quotidiane di qualsiasi genere, in compromissioni delle proprie sfere di esplicazione personale, insomma in quel *non facere* che costituisce il presupposto delle perdite di utilità quotidiane.

In relazione al danno morale non è necessario, invece, provare la sussistenza di una malattia psichica, ma è sufficiente dare la dimostrazione, anche tramite criteri presuntivi, del turbamento e delle sofferenze dell'animo, con questo particolare:

²⁰ Greca, *Il danno esistenziale*, in *Giur. it.*, 2002, 537.

per distinguere tra danno morale e danno psichico non può costituire elemento valido la durata nel tempo, data appunto la configurabilità di patologie temporanee²¹.

In alcune riflessioni giurisprudenziali il danno biologico viene considerato addirittura – con una curiosa inversione di tendenza – una delle possibili sfaccettature del danno esistenziale, assunto a categoria generale ed onnicomprensiva di danno alla persona.

All'interno del danno esistenziale è ravvisabile la distinzione tra il danno esistenziale puro ed il danno biologico-esistenziale: anche nella sfera esistenziale, infatti, possono essere presenti componenti "biologiche". Una tale circostanza si verifica qualora la limitazione all'attività realizzatrice della propria persona sia non l'immediata conseguenza dell'illecito, ma la conseguenza mediata dall'aspetto biologico conseguente l'illecito, in una visione cioè dinamica.

Le possibili voci riconducibili a simili categorie sono decisamente ampie e si incentrano nella lesione della sfera ontologico-esistenziale, senza interessare aspetti medico-legali, pur se talune figure possono presentare una duplice valenza – con aspetti rientranti in parte nel danno esistenziale, in parte nel danno biologico – o, essere legate in via mediata al danno biologico (gli illeciti risarcibili sotto la categoria del danno del danno esistenziale, pertanto, sono riconducibili a manifestazioni di *mobbing*, trasmissione di malattie, discriminazioni razziali, sessuali o religiose, sequestro di persona ecc).

Non bisogna, tuttavia, dimenticare che, a differenza del danno biologico, il quale si concreta nella lesione suscettibile di accertamento medico-legale e va dunque provato unicamente con riferimento all'entità specialmente ai fini risarcitori, il danno esistenziale, pur qualificato lesione in sé, deve essere provato nei

²¹ P.G. Monateri, *Il danno alla persona*, I, Torino, 2000, 99 s.

suoi stessi presupposti. Può sussistere anche in mancanza di una lesione, e presentarsi, anzi, come esclusiva ed unica conseguenza del fatto che si assume lesivo. Non solo: in termini di politica del diritto, sembra auspicabile che i rapporti fra danno biologico e danno esistenziale nell'ambito della categoria dogmatica del danno alla persona vadano meglio rideterminati e a tal fine è necessaria la chiara presa di coscienza del danno esistenziale, pena la messa in discussione delle ormai più che ventennali certezze in tema di danno biologico²².

Certo l'approccio che focalizza l'attenzione sul danno-evento garantisce una condanna risarcitoria per il semplice fatto che un interesse giuridicamente rilevante sia stato leso, comportando, quindi, per l'attore, in sede probatoria, una notevole semplificazione, ma, allo stesso, tempo non vengono scongiurati i rischi di appiattimento che sono insiti nel fatto stesso di una gabbia immaginata *a priori*: in altri termini il risarcimento presuppone il danno e quest'ultimo è sempre una perdita che va provata, foss'anche per presunzioni.

Se la categoria del danno-evento sembra essere consona al danno biologico, che punta alla ripartizione della violazione in sé della salute, sembrerebbe opportuno valutare anche un approccio consequenzialistico in relazione al danno esistenziale, per poi meglio stimare l'incidenza anche sulle altre attività realizzatrici della persona²³.

La giurisprudenza ha avvertito tuttavia il disagio nel fornire una definizione così ampia di danno esistenziale: si rischia lungo questa via di ampliare le frontiere del danno risarcibile, già arricchito giurisprudenzialmente dalla funzione solidaristica riconosciuta al danno alla salute e ora innervato da una funzione

²² A. D'Adda, *I nuovi assetti del danno alla persona: dal danno biologico al danno esistenziale* in *Resp. civ.*, 2002, 341.

²³ C. Ruperto, *Il danno esistenziale*, Utet, Torino, 2004, 1745 s.

satisfattivo-punitiva non ben circoscritta nel nostro ordinamento. L'inconveniente non può però giustificare l'omissione o la riduzione di tutela, se all'interno del sistema si possa rinvenire una clausola generale che ne consenta l'adeguamento a valori pacificamente emersi.

In definitiva, è necessario che gli organi giurisprudenziali esercitino con prudente autocontrollo la verifica della sussistenza della lesione, della sua afflittività, dell'eventuale riparazione ottenuta per via alternativa (con gli strumenti della rettifica o dell'inibitoria), per poter senza timore dare ingresso alla tutela risarcitoria²⁴.

6. Il danno non patrimoniale, è oggetto di una integrale rivisitazione ad opera della sezione III della Cassazione con due sentenze: la n. 8828/2003 e la n. 8827/2003 entrambe del 31 maggio ha fatto riferimento al danno²⁵.

La Corte, si oppone alla tradizionale lettura restrittiva dell'art. 2059 c.c., in relazione all'art. 185 c.p., come diretto ad assicurare tutela del solo danno morale soggettivo, della sofferenza contingente, del turbamento dell'animo transeunte determinati da fatto illecito integrante reato (interpretazione fondata sui lavori preparatori del codice del 1942 e largamente seguita dalla giurisprudenza). La S.C. afferma che nel vigente assetto dell'ordinamento, dominato dalla Costituzione, che all'art. 2, riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, il danno non patrimoniale deve essere inteso come categoria ampia,

²⁴ Giova ricordare che secondo parte della dottrina l'art. 10 c.c. contempla il risarcimento del danno per violazione del diritto all'immagine, prescindendo dal binomio patrimonialità-non patrimonialità, ditalchè sarebbe restrittivo un orientamento che negasse il risarcimento nel caso di impossibilità di specifica prova di un danno emergente o di un lucro cessante Trib. Verona, 26-2-1996, in *Foro, it.*, 1996, I, 3529.

²⁵ P. Virgadamo, *Art. 2059 c.c.: verso un nuovo assetto del sistema risarcitorio del danno non patrimoniale*, in *Dir. Fam.*, 2006, 531.

comprensiva di ogni ipotesi in cui sia leso un valore inerente alla persona: più semplicemente si deve ritenere ormai acquisito all'ordinamento positivo il riconoscimento dell'estensione *lata* della nozione di "danno non patrimoniale", inteso come danno da lesione di valori inerenti alla persona, e non più solo come "danno morale soggettivo".

Se l'art. 2059 c.c. rinvia ai casi in cui la legge consente la riparazione del danno non patrimoniale (nel frattempo ampliata rispetto all'originario quadro normativo: art. 2, l. n. 117/1988; risarcimento anche dei danni non patrimoniali derivanti dalla privazione della libertà personale cagionati dall'esercizio di funzioni giudiziarie; art. 29, comma 9, l. n. 675/1996; impiego di modalità illecite nella raccolta di dati personali; art. 44, comma 7, d.lgs. n. 286/1998; adozione di atti discriminatori per motivi razziali, etnici o religiosi; art. 2, l. n. 89/2001; mancato rispetto del termine ragionevole di durata del processo), non è giustificata non estenderne la portata, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, anche alle previsioni della legge fondamentale, atteso che il riconoscimento nella Costituzione dei diritti inviolabili inerenti alla persona di natura non economica ne esige la tutela, ed in tal modo configura un caso determinato dalla legge di riparazione del danno non patrimoniale²⁶.

La Suprema Corte, sollecitata dalla sempre più avvertita esigenza di garantire l'integrale riparazione del danno ingiustamente subito, inteso come categoria unitaria, sceglie la strada della rottura e afferma la c.d. dicotomia zoppa, collocando i danni patrimoniali nell'ambito dell'art. 2043 c.c. (che tecnicamente disciplinerà l'*an respondeatur*, in riferimento a danno, ingiustizia e causalità) e quelli non patrimoniali nell'ambito dell'art. 2059 c.c., affermando che anche l'orientamento in tema di danno biologico dovrà essere rimeditato.

²⁶ G. Ponzanelli, *Il danno esistenziale*, Padova, 2007, 16 s.

In riferimento alla sentenza della Corte di Cassazione 31 maggio 2003, n. 8828, l'interesse fatto valere nel caso in estensione si collega all'uccisione di un congiunto ed è identificato nell'interesse all'intangibilità della sfera degli affetti e della reciproca solidarietà nell'ambito della famiglia, all'invulnerabilità 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 Costituzione.

Si tratta di interesse protetto, di rilievo costituzionale, che, a dire della Corte, non ha natura economica e la cui lesione non apre la via ad un risarcimento ai sensi dell'art. 2043 c.c., nel cui ambito rientrano i soli danni patrimoniali, dando piuttosto luogo al risarcimento (o alla riparazione), ai sensi dell'art. 2059 c.c., senza il limite ivi previsto in correlazione all'art. 185 c.p. Il danno non patrimoniale da uccisione di congiunto, consistente nella perdita del rapporto parentale, si colloca nell'area dell'art. 2059 c.c. in raccordo con le suindicate norme della Costituzione e più nel particolare: il danno non patrimoniale da perdita del rapporto parentale, in quanto ontologicamente diverso dal danno morale soggettivo contingente, può essere riconosciuto a favore dei congiunti unitamente a quest'ultimo, senza che possa ravvisarsi una duplicazione di risarcimento.

Quindi all'interno dell'art. 2059 c.c., delegato ormai alla gestione dei danni non patrimoniali, vi sarebbe un "ceppo esistenziale" da proteggere, la cui violazione consiste in una perdita, nella privazione di un valore non economico, ma personale, costituito nel caso in esame dalla irreversibile perdita del godimento del congiunto, dalla definitiva preclusione delle reciproche relazioni interpersonali, secondo le varie modalità con le quali si esprimono nell'ambito del nucleo familiare, perdita, privazione e preclusione da contrapporre al "danno morale soggettivo". Il suo risarcimento naturalmente postula tuttavia la

verifica della sussistenza degli elementi nei quali si articola l'illecito civile extracontrattuale definito dall'art. 2043 c.c.

L'art. 2059 c.c. non delinea, secondo la Corte, una distinta figura di illecito produttiva di danno non patrimoniale, ma, sul presupposto della sussistenza di tutti gli elementi costitutivi della struttura dell'illecito civile, consente, nei casi determinati dalla legge, anche la riparazione di danni non patrimoniali (eventualmente in aggiunta a quelli patrimoniali nel caso di congiunta lesione di interessi di natura economica e non economica)²⁷.

La Corte cassa, inoltre, l'impugnata sentenza in relazione all'affermata natura *in re ipsa* del danno, che dovrebbe esonerare dalla prova in concreto del pregiudizio. La Suprema Corte sostiene 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 e, poiché si tratta di pregiudizio che si proietta nel futuro, va tenuto conto del periodo di tempo nel quale si sarebbe presumibilmente esplicato il godimento del rapporto con il congiunto che l'illecito ha invece reso impossibile. Ovviamente a tal fine è consentito il ricorso a valutazioni prognostiche ed a presunzioni sulla base degli elementi obiettivi che sarà onere del danneggiato fornire.

Sembrerebbe, quindi, che gli interessi sottesi alla categoria del danno esistenziale vengano pienamente risarciti, forse con una inutile complicazione, ossia l'affermazione che tali danni si collocano nell'ambito dell'art. 2059 c.c. e che sono danni-conseguenza (da ciò ne scaturisce che il danno biologico rientra nell'art. 2059 c.c. ed è danno conseguenza, con sconvolgimento quindi di certezze ormai ventennali).

²⁷ L. Fiorentini, *Il danno esistenziale*, in *Giust. civ.*, 2005, II, 449.

C'è di più: la diversa costruzione dogmatica del danno esistenziale ha sempre guardato all'art. 2043 c.c. proprio perché quella norma è stata il riferimento nella ricostruzione del danno biologico, volendosi evitare, pur a fronte di una tutela integrata della persona umana, sconvolgimenti in relazione ad alcuni punti fermi della ricostruzione giurisprudenziale. Ma se è vero che la dicotomia zoppa ormai è stata superata, ben venga l'apporto di chiarezza definitoria, pur nella consapevolezza che nella responsabilità civile contano più le situazioni da risarcire che non le costruzioni sistematiche.

La posizione della Cassazione sembra essere stata ripresa dalla Corte Costituzionale in una sorta di interpretazione autentica nella sentenza dell'11 luglio 2003, n. 233, in cui si afferma, nel quadro di un sistema bipolare del danno patrimoniale e di quello non patrimoniale, la bontà di 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 c.d. danno derivante dalla lesione di interessi di rango costituzionale inerenti alla persona.

Si assiste, quindi, alla creazione di una coppia normativa, gli artt. 2043/2059 c.c., quali facce della stessa medaglia, le quali, ciascuna per la sua parte, risarciscono una parte dei pregiudizi, proprio perché, come detto, l'art. 2059 c.c. non delinea una distinta figura di illecito produttiva di danno non patrimoniale, ma, nel presupposto della sussistenza di tutti gli elementi costitutivi della struttura dell'illecito civile, consente, nei casi determinati dalla legge, anche la riparazione di danni non patrimoniali,

eventualmente in aggiunta a quelli patrimoniali. Ed allora fuori dalle beghe nominalistiche, di riferimenti concettuali, queste due norme di riferimento sono sufficienti a riparare, in presenza di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie della responsabilità, il danno patrimoniale ed il danno non patrimoniale, che va distinto in danno morale ed in danno derivante dalla lesione di interessi di rango costituzionale inerenti alla persona (rinvenendo nel sottoinsieme il danno biologico ed i danni derivanti dalla lesione di altri interessi di rango costituzionali inerenti alla persona). Oppure, a seguito di quanto già detto dalla Corte Costituzionale – che in verità sembra dare questa indicazione per ragioni di chiarezza espositiva – un danno non patrimoniale, che andrebbe distinto: in danno morale ed in danno biologico, in danni derivanti dalla lesione di interessi di rango costituzionale inerenti alla persona.

Tale ultima impostazione riprende quanto in precedenza affermato da dottrina e giurisprudenza, ossia che fra il danno patrimoniale ed il danno morale vi colloca il danno esistenziale (comprensivo del danno esistenziale puro e di quello biologico-esistenziale) oppure che fra le due figure vi stagliano sia il danno biologico sia il danno esistenziale.

Quello che qui rileva è che la stessa Corte Costituzionale ha fatto riferimento agli aspetti più veri del danno esistenziale, non limitandosi a richiamare i diritti costituzionali, ma evocando anche «gli interessi di rango costituzionale inerenti alla persona», in riferimento ai quali emerge una lettura della Costituzione non retrograda ed angusta, ma dinamica, fatta di rimandi a tutto quanto è espressione dei valori ad essa sottesi, dalle più importanti leggi speciali successive al 1948, alle normative transnazionali e comunitarie, dalla Carta di Nizza alla Convenzione di New York sui diritti dei bambini, alla l. n. 104, e così via.

7. In data 11 novembre 2008 è stata pubblicata la tanto attesa sentenza (di contenuto identico ad altre tre sentenze,

depositate tutte contestualmente)²⁸ delle Sezioni Unite sul tema del danno non patrimoniale e, in particolare, del danno esistenziale. L'intervento delle Sezioni Unite era auspicato da tempo in quanto, negli ultimi anni, a seguito delle sentenze gemelle della Suprema Corte n. 8827 e 8828 del 2003 e della sentenza n. 233 del 2003 della Corte Costituzionale, in giurisprudenza si erano contrapposti due orientamenti l'uno favorevole alla configurabilità, come autonoma categoria del danno esistenziale, inteso nel senso di pregiudizio non patrimoniale distinto dal danno biologico e dal danno morale soggettivo, e l'altro contrario in virtù del principio secondo cui il danno non patrimoniale previsto dall'art. 2059 c.c. sarebbe atipico e, in quanto tale, con esso contrasterebbe il ricorso ad una categoria generalizzante quale è quella del danno esistenziale.

I contrapposti orientamenti sono stati ben analizzati dalla dottrina che, in un dibattito ormai pluriennale ha visto contrapporsi “esistenzialisti” ai “non esistenzialisti”, i quali ultimi prospettano, la risarcibilità integrale del danno non patrimoniale senza ricorrere alla categoria del danno esistenziale, in ordine alla quale sono state sollevate perplessità e dubbi molteplici²⁹.

7.1. La Suprema Corte muove dalla condivisione della lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., prospettata nelle sentenze gemelle nn. 8827 e 8828 del 2003, secondo la quale

²⁸ Si tratta delle sentenze Cass. s.u. 11-11-2008 nn. 26972, 26973, 26974, 26975, di cui la prima è quella che qui si annota. C. Castronovo, *Il danno esistenziale: il lungo addio*, in *Danno e Responsabilità*, 2009, n. 1, 5 s.; E. Navarretta, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 38 s.; A. Di Majo, *Danno esistenziale o di tipo esistenziale in Corr. giur.*, 2009, 410 s.; G. Grisi, *Il danno di tipo esistenziale e la nomofilachia creativa delle Sezioni Unite*, in *Europa e dir. priv.* 2009, 377.

²⁹ G. Ponzanelli, *Il risarcimento integrale senza il danno esistenziale*, Cedam, Padova, 2007, 1 s.

«il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge». In ciò sta il requisito della c.d. tipicità del danno non patrimoniale.

Sulla tipicità del danno non patrimoniale la Cassazione aveva già insistito³⁰ più volte, osservando che, mentre per il risarcimento del danno patrimoniale, l'art. 2043 c.c. prevede il carattere dell'atipicità dell'illecito, per il danno non patrimoniale vige la regola della tipicità, in quanto l'art. 2059 c.c. ne limita il risarcimento ai soli casi previsti dalla legge.

La sentenza in esame accoglie le indicazioni fornite dalla giurisprudenza di legittimità precedente secondo cui ai fini dell'art. 2059 c.c. non si può fare riferimento ad una generica categoria di "danno esistenziale", dagli incerti confini, poiché attraverso questa via si finirebbe per portare anche il danno non patrimoniale nell'atipicità, sia pure attraverso l'individuazione dell'apparentemente tipica categoria del danno esistenziale. Categoria peraltro nota su di un diverso terreno, quello dell'art. 2043 c.c., che già le sentenze gemelle del 2003, confermate ora dalle Sezioni Unite, hanno inteso come sede del risarcimento del solo danno patrimoniale.

Come si è già precisato, il risarcimento del danno non patrimoniale, fuori dall'ipotesi di cui all'art. 185 c.p., abbraccia soltanto quelle ipotesi specifiche di valori costituzionalmente garantiti (la salute, la famiglia, la reputazione, la libertà di pensiero ecc) oltre, chiaramente, agli altri casi determinati dalla legge. Non è sufficiente, quindi, osservava la Suprema Corte, come per il pregiudizio patrimoniale, che sussista la lesione di una posizione giuridica meritevole di tutela da parte dell'ordinamento, sia pure a fini diversi, ma è necessario (per ottenere il risarcimento ex art. 2059 c.c., e va aggiunto salvo per i casi integranti un reato o altri previsti dalla legge, anche comunitaria) che tale lesione attenga ai

³⁰ Cass. Sez. III civile, 9-11-2006, n. 23918, in *Foro it.*, 2007, I, 71.

valori inviolabili della persona umana e, come tali, oggetto della tutela risarcitoria prevista dall'art. 2043 c.c.

Le Sezioni Unite condividono, dunque, questo timore per la tipicità del danno non patrimoniale e quindi indicano all'interprete quali siano i casi di risarcimento del danno non patrimoniale, distinguendoli in tre categorie.

La prima categoria è quella sorta dalla pubblicazione del vigente codice civile, tanto, che ha rappresentato il prototipo del danno non patrimoniale. Si tratta ovviamente dei fatti illeciti che integrano gli estremi di un reato, secondo quanto dispone ancora oggi l'art. 185 c.p..

Le Sezioni Unite sostengono, infatti, che, in virtù dell'ampia accezione del danno non patrimoniale, nell'ipotesi di una fattispecie costituente reato è risarcibile non soltanto il danno non patrimoniale conseguente alla lesione di diritti costituzionalmente inviolabili, ma anche quello di interessi inerenti la persona e meritevoli di tutela (secondo il principio dell'ingiustizia ex art. 2043 c.c.).

La seconda categoria integrante fatti illeciti è, anch'essa, espressione di norme a livello della legge ordinaria e consiste nelle ipotesi tipiche di risarcimento dei danni non patrimoniali.

Dunque, si tratta di leggi ordinarie che prevedono la tutela risarcitoria a fronte della compromissione di valori personali. (es. art. 2 l. n. 89/2001, in tema di mancato rispetto del termine ragionevole di durata del processo, art. 15 d. lgs. n. 196/2003 sui danni cagionati per effetto del trattamento dei dati personali).

Le Sezioni Unite focalizzano l'attenzione anche alla normativa sovranazionale, precisando che casi di risarcimento del danno non patrimoniale potrebbero essere previsti anche da norme comunitarie³¹.

³¹ Ricordano le Sezioni Unite in commento che l'effetto connesso alla vigenza di una norma comunitaria è quello non già di caducare la norma interna

7.2 La categoria di fatti illeciti senza dubbio più problematica, va individuata nella controversa figura del danno esistenziale e più in generale nella categoria delle violazioni dei diritti costituzionali inviolabili della persona.

In realtà la tanto invocata tipicità del danno non patrimoniale viene in un certo senso sconfessata dalle Sezioni Unite in commento, come si vedrà soprattutto trattando dell'art. 2 Cost.

Le Sezioni Unite in commento accolgono il principio per cui la norma di rango costituzionale che riconosce un diritto inviolabile della persona (es. art. 13 Cost.) integri gli estremi di un caso determinato dalla legge ai sensi dell'art. 2059 c.c., sicché la sua violazione, ove determini un pregiudizio, giustifica il ricorso al risarcimento del danno,

Il Supremo Collegio sostiene, infatti, che, una volta consacrata l'esistenza di un tale diritto, non vi si può poi negare quella tutela minima rappresentata dal risarcimento del danno. Le Sezioni Unite affermano quindi, che, al di fuori dei casi specificatamente determinati dalla legge, in virtù del principio della tutela minima risarcitoria spettante ai diritti costituzionali inviolabili, la tutela risarcitoria è estesa alle ipotesi di danno non patrimoniale prodotto dalla lesione di diritti inviolabili della persona riconosciuti dalla Costituzione.

Secondo le Sezioni Unite anche il danno biologico viene assorbito in questa categoria di illeciti produttivi di danno non patrimoniale risarcibile, del quale, è data, dagli artt. 138 e 139 d. lg. n. 209 del 2005, specifica definizione normativa suscettibile di generale applicazione. Peraltro, pare significativo questo accenno delle Sezioni Unite, perché ciò potrebbe autorizzare gli interpreti a

incompatibile, bensì di impedire che tale norma venga in rilievo per la definizione della controversia innanzi al giudice nazionale (Cass. 3-3-2005 n. 4466 in *Foro it.* 2005, II, c. 120).

ritenere che gli artt. 138 e 139 cit. vadano applicati anche fuori del settore dei sinistri stradali, come individuato dal d. lg. n. 209 del 2005.

Anche nella dottrina l'intervento sulla materia del danno, consistito nella l. n. 57 del 2001 era stato attuato con l'ingresso di nuove disposizioni nel d.l. n. 857 del 1976 (conv. in l. n. 39 del 1977) costituente parte novellistica rispetto alla l. n. 990 del 1969³².

Oggi dubbi di costituzionalità si ripropongono a proposito dei limiti applicativi di una normativa di rilievo generale, ma che è stata inserita nella disciplina dei sinistri stradali.

Invero, gli artt. 138 e 139 del d. lg. n. 209 del 2005 si applicano a fatti illeciti che rientrano nella sfera della «Assicurazione obbligatoria per i veicoli a motore e i natanti» (titolo X, artt. 122 - 160).

Alla luce di quanto finora osservato, non sembra ragionevole alla stregua degli artt. 3 e 32 Cost., che i criteri di individuazione e quantificazione del danno biologico previsti dal d. lg. n. 209 del 2005 siano del tutto differenti da quelli applicabili in tutte le altre fattispecie risarcitorie.

In chiave più generale, pare di poter dire che le Sezioni Unite, assorbendo il danno biologico nella categoria dei diritti costituzionali inviolabili della persona e quindi nell'art. 2059 c.c., sanciscano la bipolarità del sistema della responsabilità extracontrattuale, della quale il danno biologico rappresenta una illustre vittima.

Il danno biologico perde, infatti, non solo la sua natura di *tertium genus*, che a lungo è spettata, nell'ambito della concezione tripolare del danno extracontrattuale, ma anche la sua autonomia

³² A. Nanniperi, *La leggina sulle microinvalidità: una soluzione inadeguata da rivedere*, in *Rivista giuridica della circolazione e dei trasporti*, 2001, 599.

nell'ambito dell'art. 2059 c.c., finendo per diventare uno dei tanti casi di danno da violazione di un diritto costituzionale inviolabile della persona.

Nihil novi sub sole: le Sezioni Unite includono nel danno non patrimoniale così ricostruito anche il pregiudizio da lesione del rapporto parentale (artt. 2, 29 e 30 Cost.), da violazione del diritto alla reputazione, all'immagine, al nome, alla riservatezza; nonché da lesione dei diritti inviolabili della persona incisa nella sua dignità, preservata dagli artt 2 e 3 Cost³³.

7.3 Preoccupate di avere aperto con la tutela risarcitoria dei diritti costituzionali della persona una breccia nelle istanze di risarcimento della persona offesa, le Sezioni Unite in commento pongono due limiti fondamentali alla suddetta categoria³⁴.

Oltre ad esigere ai fini risarcitori la lesione di un diritto costituzionale della persona, la Cassazione esige, altresì, che detto diritto sia inviolabile tanto che nel par. 3.10 della motivazione, riportando l'esempio del disagio cagionato dall'impossibilità di uscire di casa per la realizzazione di lavori stradali, i supremi giudici precisano che in tale circostanza non vi è stata alcuna lesione di un diritto inviolabile della persona (pur trattandosi di un diritto costituzionale), non spettando tale rango al diritto alla libera circolazione di cui all'art. 16 Cost., che può essere limitato per diverse ragioni.

In tal modo le Sezioni Unite accennano brevemente alla questione della natura dei diritti inviolabili della persona, che

³³ V. Cass., 14-10-2008, n. 25157, in *Dir e Giur* 2009, 254.

³⁴ Affermano le Sezioni Unite che non spetta il rango di diritti costituzionali della persona ai diritti riconosciuti dalla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, ratificata con la l. n. 88 del 1955, poiché la Convenzione, pur essendo dotata di una natura che la distingue dagli obblighi nascenti da altri trattati internazionali, non assume, in forza dell'art. 11 Cost., il rango di fonte costituzionale, né può essere parificata, a tali fini, all'efficacia del diritto comunitario nell'ordinamento interno (V. C. Cost. n. 348 del 2007).

assume una notevole rilevanza, dato che dalla inviolabilità del diritto deriva il risarcimento del danno non patrimoniale.

La giustificazione teorica del limite della natura inviolabile del diritto non sembra del tutto nitida, a meno che non si ritenga sufficiente la necessità di limitare i risarcimenti con un limite del quale appare arduo individuare il fondamento normativo.

Di fatto, una volta accertato un fatto doloso o colposo (*ex* art. 2043 o 1218 c.c.), non si vede perché l'ingiustizia del danno (quello di cui all'art. 2043 c.c.) debba essere sezionato, ritenendo rilevante, in quanto utile ai fini risarcitori, solo quello che raggiunga un limite privo di un espresso fondamento giuridico, quale quello della natura inviolabile del diritto costituzionale.

A tal punto, occorre chiarire due problemi: e precisamente quale sia il fondamento della inviolabilità e come lo si possa riconoscere³⁵.

La dottrina maggioritaria ritiene che un tale carattere esprime qualcosa di più della intangibilità rispetto alle scelte del legislatore ordinario.

Il predetto qualcosa in più consisterebbe, dunque, nella circostanza per cui i diritti inviolabili sono sottratti anche al potere di revisione costituzionale disciplinato dall'art. 138 Cost., almeno per ciò che costituisce il loro nucleo fondamentale.

La giustificazione teorica di questa intangibilità, anche rispetto alle scelte del legislatore costituzionale, sta nel fatto che essi costituiscono un nucleo che non può essere né eliminato né compresso giacché tale nucleo attiene a quell'insieme di valori, principi e libertà intorno ai quali avviene l'aggregazione sociale cui si è voluto dare vita attraverso la carta costituzionale.

Infatti, quest'ultima versione è stata condivisa dalla giurisprudenza costituzionale, che ha ritenuto i diritti inviolabili

³⁵ E. Rossi, *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Utet, 2006, I, 42 s.

sottratti ad ogni forma di revisione costituzionale.

Infatti esemplificando, in una importante pronuncia³⁶ la Corte Costituzionale ha affermato che, ai sensi dell'art. 2 Cost., il diritto ad una comunicazione libera e segreta rappresenta un diritto inviolabile, nel senso che il suo contenuto essenziale non può essere sottoposto a revisione costituzionale, in quanto tale diritto esprime un valore della persona avente un carattere fondante rispetto al sistema democratico voluto dal costituente.

A tale punto la Costituzione attribuisce il carattere della inviolabilità a quattro diritti: la libertà personale (art.13), quella di domicilio (art. 14), la libertà e segretezza della corrispondenza (art. 15), il diritto alla difesa (art. 24, comma 2).

Questo orientamento non esclude la possibilità di enucleare altri diritti dotati del carattere della inviolabilità tramite l'interpretazione dell'art. 2 Cost.

Ed infatti la Corte Costituzionale ha affermato che devono essere considerati inviolabili anche altri diritti della persona, ancorché privi di un espresso riconoscimento costituzionale, che non sia l'inclusione nell'art. 2 Cost. Così ha fatto per il diritto alla vita, per il diritto alla libera manifestazione del proprio pensiero, per il diritto di contrarre matrimonio, per il diritto di professare la propria fede religiosa, per il diritto di associazione e in altri casi.

Resta, dunque, l'incertezza sul carattere distintivo della inviolabilità legata all'ampiezza ed indeterminatezza del novero dei diritti muniti di tale connotato.

Con molta probabilità ci si deve accontentare della definizione per cui sono considerati inviolabili quei diritti il cui riconoscimento è essenziale per la realizzazione di uno stato democratico, sociale e di diritto³⁷.

³⁶ V. C. cost. , 23-7-1991, n. 366.

³⁷ A. Pizzorusso, *Persone fisiche*, in *Comm. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna - Roma, 1988, 30.

7.4 Dalle considerazioni precedenti emerge che le Sezioni Unite del novembre 2008 hanno incluso nei casi di risarcimento del danno non patrimoniale determinati dalla legge, la categoria dei diritti costituzionali inviolabili della persona.

Si è già affrontato già il problema dell'individuazione dei diritti costituzionali inviolabili della persona, adesso va affrontato un problema ulteriore: quello della natura di numero chiuso o di categoria aperta dei diritti costituzionali inviolabili della persona.

Così procedendo, si giunge ad un'ulteriore questione parimenti essenziale, ma soprattutto correlata: quella della natura chiusa o aperta dell'art. 2 Cost..

La dottrina si divide, infatti, tra chi ritiene che la categoria dei diritti di cui all'art. 2 Cost. sia chiusa e rigida e chi propende invece per la sua natura aperta ed elastica come tale cioè in grado di arricchirsi di nuovi diritti.

Se inizialmente sembrava aver attribuito all'art. 2 Cost. il significato di norma introduttiva delle libertà tutelate in Costituzione, la Corte Costituzionale si è poi orientata nel senso che l'art. 2 Cost. esprima un elenco aperto dei diritti della persona, ammettendo, quindi, la sussistenza di diritti inviolabili non esplicitamente riconducibili ad altre norme costituzionali.

Più nel particolare, la giurisprudenza costituzionale ha ormai da anni risolto la questione, a favore della teoria della «norma a fattispecie aperta». Al riguardo, va menzionata la sentenza n. 561 del 1997, con cui la Corte ha riconosciuto che, costituendo la sessualità una delle forme essenziali di espressione della persona umana, il diritto di esercitarla liberamente costituisce un diritto soggettivo assoluto, che va ricompreso tra le posizioni soggettive tutelate dalla Costituzione e collocato tra i diritti inviolabili della persona che l'art. 2 Cost. impone di garantire³⁸.

³⁸ Corte Cost. sent. n. 561 del 1987 in *Rep. Giur. Cost.* , 1987, I, 1407 s.

L'adesione alla teoria dell'art. 2 Cost. come norma aperta, sottolineata da colui che allora rivestiva il ruolo di Presidente della Corte³⁹, è stata confermata dalla giurisprudenza costituzionale successiva, che ha riconosciuto la natura di diritto inviolabile, ai sensi dell'art. 2 Cost., al diritto sociale all'abitazione, al diritto di abbandonare il proprio paese, al diritto alla propria formazione culturale, al diritto al nome.

Sul concetto di norma aperta del predetto articolo si è espressa anche la Cassazione⁴⁰, ritenendo che, superata da anni la questione relativa alla funzione precettiva e non programmatica dell'art. 2 Cost., con la conseguente affermazione della rilevanza costituzionale della persona umana, l'interprete, nella definizione del perimetro della tutela della persona, è legittimato a riconoscere tante posizioni soggettive, sul terreno dell'ordinamento positivo, quante sono le proiezioni della persona nella realtà sociale, semprechè una tale operazione rimanga legata alla dimensione indisponibile dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali nelle quali si esplica la sua personalità.

L'art. 2 Cost. va inteso quindi nella sua ampia dimensione di norma generale, ossia aperta all'evoluzione dell'ordinamento e della società idonea, quindi, ad apprestare una copertura costituzionale ai nuovi profili della personalità via via emergenti, in correlazione anche all'obiettivo primario di tutela «del pieno sviluppo della persona umana», di cui al successivo art. 3 comma 2 Cost.

A tal proposito la Cassazione⁴¹ reputò che la persona umana ed i suoi diritti fondamentali costituiscono un "unicum inscindibile" e, pertanto, la lesione di tali diritti e l'eventuale connesso pregiudizio non patrimoniale vanno letti in una chiave

³⁹ F. Saja, *La giustizia costituzionale nel 1987*, in *Giur. Cost.*, 1988, II, 79.

⁴⁰ Cass., 5-5-2001 n. 6507 in *Giust. civ.*, 2002, 588 s.

⁴¹ Cass., 14-10-2008, n. 25157, in *CED Cass.*, 2009, 188.

unitaria: uno è il danno ed uno deve essere il risarcimento, ferma restando la necessità che il giudice di merito, nella liquidazione di esso, tenga conto di tutte le esigenze dannose integranti il fatto illecito.

In conclusione, si può, dunque, ritenere⁴² condivisibile l'opinione di chi reputa i diritti costituzionali inviolabili della persona non come un catalogo chiuso, ma come una categoria dinamica riconosciuta dalla Costituzione (quella dell'art. 2 Cost.), ma non per questo rimessa all'arbitrio dell'interprete: il dinamismo è infatti legato all'idoneità di uno sviluppo ricostruito in via interpretativa sulla base del diritto positivo.

Poste tali premesse, occorre rimarcare che anche su questo tema le Sezioni Unite prendono posizione, là dove affrontano la questione della tipicità del danno non patrimoniale.

La Cassazione riconosce, infatti che, nel consacrato sistema bipolare della responsabilità extracontrattuale, il risarcimento del danno patrimoniale da fatto illecito è connotato dal requisito dell'atipicità, nel senso che l'ingiustizia del danno di cui all'art. 2043 c.c. si manifesta con la lesione di un interesse giuridicamente rilevante.

Invece il risarcimento del danno non patrimoniale è caratterizzato dalla tipicità, in quanto risarcibile soltanto nei casi determinati dalla legge (inclusi i casi di lesione di diritti inviolabili della persona previsti dalla Costituzione). Le Sezioni Unite peraltro limitano fortemente la tipicità costituzionale del danno non patrimoniale manifestando la propria adesione alla concezione aperta dell'art. 2 Cost.⁴³ di cui si è in precedenza discorso.

La tutela dell'art. 2059 c.c non è limitata, infatti, ai casi di

⁴² D. Spera, *Il danno non patrimoniale* in *Guida dir.*, n. 49, 2004, 17.

⁴³ G. Ponzanelli, *SS. UU.: "il nuovo statuto" del danno non patrimoniale*, in *Foro, it.*, 2009, 136, afferma che reato e leggi speciali sono figure rigorosamente tipiche, mentre i diritti inviolabili sono invece caratterizzati da atipicità elastica.

diritti inviolabili della persona espressamente riconosciuti dalla Costituzione nel presente momento storico, ma, in ragione dell'apertura dell'art. 2 Cost. ad un processo evolutivo, l'interprete è chiamato a rinvenire nel sistema costituzionale indici di rilievo costituzionale di nuovi interessi emersi nella realtà sociale non ancora oggetto di un espresso riconoscimento legale, e ciononostante di rango apicale, ma attenendo a posizioni inviolabili della persona umana.

7.5. L'ulteriore requisito richiesto dalle Sezioni Unite per il risarcimento del danno non patrimoniale dovuto alla lesione di un diritto costituzionale inviolabile della persona consiste nella **gravità dell'offesa** all'interesse della persona di rango costituzionale.

Tale interesse inviolabile della persona deve essere inciso oltre una certa soglia minima da cagionare un pregiudizio serio: in altri termini la lesione deve superare un certo livello di offensività, in modo da rendere il danno meritevole di tutela in un contesto che impone un grado minimo di tolleranza⁴⁴.

Al fine di evitare domande di risarcimento meramente speculative, anche per fatti bagatellari, le Sezioni Unite hanno elaborato il duplice filtro della gravità della lesione e della serietà del danno, attuando un bilanciamento fra il principio della solidarietà verso la vittima e quello di tolleranza.

Per le Sezioni Unite il principio di tolleranza consiste nella circostanza che ogni persona inserita nel complesso contesto sociale deve sopportare i fastidi, i disagi e i lievi pregiudizi che la convivenza impone (art. 2 Cost).

⁴⁴ Ponzanelli, *SS. UU.*: "il nuovo statuto", cit. 137, non condivide questo limite ideato dalle Sezioni Unite in commento, ritenendo invece che i diritti inviolabili se sono tali, devono essere sempre risarciti, mentre la serietà del danno e la gravità dell'offesa devono operare come criteri di risarcimento, e non invece come parametri di selezione dei danni non patrimoniali.

E' però evidente che il principio di tolleranza è ampiamente condivisibile sul piano astratto, ma di difficile applicazione sul piano concreto, per via dei suoi confini fortemente incerti.

Le Sezioni Unite si limitano ad affermare che rimane affidato ancora ai giudici e agli operatori del diritto l'arduo compito di «accertare l'effettiva consistenza del pregiudizio individuando quali ripercussioni negative sul valore-uomo si siano verificate e provvedendo alla loro integrale riparazione».

7.6. Dall'esame delle ripartizioni interne del danno non patrimoniale, effettuate dalle Sezioni Unite in commento, è possibile enucleare il seguente principio fondamentale: il danno non patrimoniale si può e si deve distinguere nel suo momento genetico sicché l'interprete è chiamato ad accertare se la fattispecie concreta sottoposta al suo esame sia compresa in una delle tre suddette categorie dall'appartenenza alle quali l'art. 2059 c.c. continua a far conseguire il risarcimento del danno non patrimoniale (reati, altri casi previsti dalla legge ordinaria, lesione di un diritto costituzionale inviolabile della persona).

Contrariamente le Sezioni Unite negano che alla ripartizione del danno non patrimoniale nel suo momento genetico possa corrispondere una ripartizione nel suo "prodotto" e cioè nella natura ed essenza di esso.

Dunque, si deve distinguere il danno non patrimoniale a seconda del fatto illecito che lo ha prodotto, ma non per quello che esso è, poiché il danno non patrimoniale consiste in una entità unitaria ed è definito dalle Sezioni Unite come «**danno determinato dalla lesione di interessi inerenti la persona non connotati da rilevanza economica**».

L'eliminazione delle divisioni che prima distinguevano le varie figure di danno non patrimoniale porta le Sezioni Unite ad affermare che il riferimento a determinati tipi di pregiudizio (danno morale, biologico, parentale) risponde ad esigenze

descrittive, ma non implica il riconoscimento di distinte categorie di danno.

Sembra, però, che le Sezioni Unite, nel tentativo di compiere questa operazione unificante del danno non patrimoniale, commettano un errore evidente: se il danno morale soggettivo e quello da lesione di diritti costituzionali inviolabili della persona si lasciano facilmente diluire, non si vede come si possa compiere l'identica operazione sul danno biologico, il quale deriva la sua autonomia non più dalla elaborazione giurisprudenziale, ma dalla volontà del legislatore (v. soprattutto gli artt. 138 e 139 del d. lg. n. 209 del 2005).

Inoltre il danno biologico avendo ottenuto una sua autonomia dal legislatore non solo sotto il profilo della definizione, ma anche su quello della liquidazione ed essendo dotato di una disciplina, pare difficile sostenere che il predetto danno possa essere considerato come una "etichetta" avente rilievo meramente descrittivo.

7.7. Non poteva sfuggire all'attenzione delle Sezioni Unite in commento la circostanza che le stesse Sezioni Unite civili della Cassazione avevano già affrontato, poco tempo prima, la complessa questione del danno esistenziale; e che in quella precedente pronuncia avevano assunto, rispetto a questa nuova categoria di danno, un atteggiamento molto più conciliante, se non addirittura di legittimazione.

Si allude, ovviamente, alla precedente sentenza delle Sezioni Unite civili n. 6572 del 2006, rispetto alla quale le Sezioni Unite del 2008 giustamente si preoccupano di riconoscere una linea di continuità, anche per anticipare e risolvere le prevedibili incertezze della giurisprudenza.

Le Sezioni Unite che si commentano riconoscono che la presa di posizione precedentemente maturata nel contesto di una controversia sul riparto degli oneri probatori in tema di

riconoscimento del diritto del lavoratore al risarcimento del danno professionale biologico o esistenziale da demansionamento o dequalificazione nell'ambito del rapporto di lavoro: in quell'occasione le Sezioni Unite hanno definito il danno esistenziale come ogni pregiudizio (di natura non meramente emotiva ed interiore, ma oggettivamente accertabile), provocato sul fare reddituale del soggetto, che muti le sue abitudini di vita inducendolo a scelte di vita del tutto differenti riguardo alla espressione e realizzazione della sua personalità nel mondo esterno. Si tratta, in sostanza, di un'ipotesi di risarcimento di danno non patrimoniale in ambito contrattuale.

Il danno esistenziale è stato quindi definito, dalla Corte di Cassazione, come un pregiudizio di tipo oggettivo (esterno alla persona, appartenente alla realtà visibile e direttamente percepibile), distinguendolo esplicitamente da quello meramente emotivo ed interiore, cioè del danno morale soggettivo.

Dunque, secondo il parere delle Sezioni Unite del novembre 2008 quella decisione non avvalorava la tesi del danno esistenziale come autonoma categoria, destinata ad assumere rilevanza anche al di fuori del rapporto di lavoro, poiché essa individua specifici pregiudizi di natura esistenziale conseguenti alla violazione dell'obbligo dell'imprenditore di tutelare l'integrità fisica e la personalità morale del lavoratore (art. 2087 c.c.), pregiudizi che risultano perfettamente riconducibili alla sistemazione del danno non patrimoniale proposta dal Collegio del 2008.

Il danno da demansionamento è riconducibile all'art. 2087 c.c. e, dunque, può essere collocato nella superiore categoria costituita dagli altri casi (oltre l'art. 185 c.p.) in cui il legislatore ordinario o (comunitario) può prevedere il risarcimento del danno non patrimoniale (in conformità all'esigenza di tipicità di cui all'art. 2059 c.c.).

Si potrebbe, forse, obiettare che l'art. 2087 c.c. non prevede il risarcimento del danno non patrimoniale, e quindi non soddisfa il

requisito di tipicità previsto dall'art. 2059 c.c.

Più efficace è il secondo argomento con il quale le Sezioni Unite tentano di evitare una situazione di contrasto fra le due sentenze della Suprema Corte. A tale proposito le Sezioni Unite osservano che nel caso del danno da demansionamento vengono in rilievo i diritti del lavoratore assunti dalla Costituzione come diritti inviolabili della persona sia tramite l'art. 32 Cost., sul versante della tutela dell'integrità fisica, sia tramite gli artt. 1, 2, 4 e 35 Cost., per quanto attiene alla tutela della dignità personale del lavoratore.

Pertanto, le Sezioni Unite dimostrano che il danno da demansionamento è riconducibile ad una delle tre categorie di casi nei quali è risarcibile il danno non patrimoniale, e precisamente alla categoria dei diritti costituzionali inviolabili della persona.

Nella sentenza del 2006 è stato sancito che il pregiudizio esistenziale si fonda sulla natura non meramente emotiva ed interiore (propria del cosiddetto danno morale), ma oggettivamente accertabile del danno e presuppone la prova di scelte di vita differenti da quelle che si sarebbero adottate se non si fosse verificato l'evento dannoso.

Tutt'al contrario, la sentenza del 2008 si caratterizza fondamentalmente per il netto rifiuto della distinzione fra danno esistenziale e danno morale soggettivo ed anzi essa vuole annullarne la stessa autonomia concettuale accorpandoli in uno indistinto danno non patrimoniale.

Ne consegue che, da un lato è possibile dire che le Sezioni Unite del 2008 convengono di fatto con quelle del 2006 a proposito delle fonti da cui trarre il risarcimento del danno non patrimoniale (la norma ordinaria di cui all'art. 2087 c.c. e soprattutto i diritti inviolabili del lavoratore), ma dall'altro lato, va rilevato che le due sentenze differiscono notevolmente quando si tratta di descrivere il contenuto del danno non patrimoniale.

Le Sezioni Unite del 2006 avallavano infatti la chiara

distinzione all'interno del danno non patrimoniale fra danno biologico, morale soggettivo ed esistenziale, mentre le Sezioni Unite del 2008 fanno della eliminazione di quella distinzione uno dei fondamenti della loro motivazione.

7.8. L'eliminazione delle sottocategorie del danno non patrimoniale rappresenta un obiettivo qualificante della sentenza delle Sezioni Unite del novembre 2008.

Fra le parti più rilevanti della sentenza delle Sezioni Unite vi sono quelle "soppressive", e cioè quelle in cui le Sezioni Unite sopprimono i tipi di danno non patrimoniale già accettati, o comunque noti, nella giurisprudenza.

Questo tentativo della Corte è in linea con l'impostazione di fondo della sentenza, che tende a distinguere solo fra i casi nei quali il danno non patrimoniale è risarcibile, eliminando ogni sua ripartizione interna.

La Suprema Corte rileva che, nell'ipotesi in cui il fatto illecito integri gli estremi di un reato, il danno non patrimoniale patito dalla persona offesa e dagli ulteriori eventuali danneggiati⁴⁵ è risarcibile nella sua più ampia accezione di *danno determinato dalla lesione di interessi inerenti la persona non connotati da rilevanza economica*. In questo contesto, la formula "danno morale" non individua un'autonoma sottocategoria di danno, ma descrive un tipo di danno, costituito dalla *sofferenza soggettiva cagionata dal reato* in sé considerata: sofferenza la cui intensità e durata nel tempo assumono rilievo ai fini della quantificazione del risarcimento.

Secondo le Sezioni Unite la tradizionale figura del c.d. danno morale soggettivo transeunte va definitivamente superata, quella figura che è stata a lungo la protagonista assoluta della

⁴⁵ Nel caso di illecito plurioffensivo Cass. s.u. 1-7-2002, n. 9556, in *Mass. Giust. civ.*, 2003, 429.

materia del danno non patrimoniale, risultano (prima della costruzione bipolare del danno non patrimoniale) l'unica "inquinata" dell'art. 2059 c.c.

La concezione tradizionale vuole che il danno morale soggettivo sia limitato nel tempo e consista in una alterazione dello stato d'animo della vittima (dolore della psiche), nel dolore fisico o in uno squilibrio o riduzione delle capacità intellettive della vittima medesima, comprendendo anche le sofferenze fisiche e morali da questa tollerate in uno stato di incoscienza (nella specie, durante il periodo di coma)⁴⁶.

Le Sezioni Unite in commento affermano che questa nozione di danno morale soggettivo recepita per lungo tempo dalla pratica giurisprudenziale è priva di un qualche fondamento normativo, poiché né l'art. 2059 c.c. né l'art. 185 c.p. parlano espressamente di danno morale.

⁴⁶ V. Cass. 4-4-2001, n. 4970, in *Dir. e Formazione*, 2001, 177, la quale implicitamente, ma chiaramente, negava il risarcimento ove il danneggiato, a seguito dell'illecito, versi in stato meramente vegetativo, tale da fare escludere con assoluta certezza che egli sia in grado di avvertire una sofferenza fisica e psichica per le lesioni subite.

Analogamente, qualora il decesso sia stato accelerato dalla colpevole mancata diagnosi di una grave patologia preesistente, non è stato risarcito il danno morale *iure successionis* non essendovi la prova della presa di coscienza da parte del paziente dell'aggravamento della malattia e degli esiti letali anticipati a causa della condotta negligente del sanitario (C. App. Milano, 31-3-1999, in *Gius.*, 2000, 69).

Anche altra giurisprudenza sembra identificare lo stato di coscienza del danneggiato come uno dei presupposti del risarcimento del danno morale soggettivo (in tal senso Trib. Genova, 9-7-1992, in *Arch. giur. circol.*, 1992, 835).

La Cassazione ha affermato che in caso di morte che segua le lesioni dopo breve tempo, la sofferenza patita dalla vittima durante l'agonia è automaticamente risarcibile non come danno biologico, ma come danno morale "jure haereditatis", a condizione però che la vittima sia stata in condizione di percepire il proprio stato, mentre va esclusa anche la risarcibilità del danno morale quando all'evento lesivo sia conseguito immediatamente lo stato di coma e la vittima non sia rimasta lucida nella fase che precede il decesso (Cass. 28-11-2008 n. 28423).

La figura del danno morale soggettivo è carente anche sotto il profilo dell'adeguatezza della tutela, in quanto la sofferenza morale cagionata da un fatto integrante gli estremi di un reato non è assolutamente transeunte, potendo l'effetto penoso protrarsi anche per lungo tempo.

Va verificato se la scomparsa della figura del danno morale soggettivo e di conseguenza l'impostazione delle Sezioni Unite del novembre 2008 sarà definitiva.

Per ora va segnalato che, subito dopo la sentenza oggetto di commento, una Sezione della Corte⁴⁷ di Cassazione ha rivendicato l'autonomia ontologica del danno morale rispetto al danno biologico relativamente alla diversità del bene tutelato.

7.9. Nell'opera di demolizione di ogni ripartizione interna del danno non patrimoniale, le Sezioni Unite affrontano la tanto discussa figura del danno esistenziale, la cui definizione è stata fornita, in modo particolare – lo si è già anticipato – dalle Sezioni Unite n. 6572 del 2006 (ogni danno, di natura non meramente emotiva ed interiore, ma oggettivamente accertabile, provocato sul fare reddituale del soggetto, che muti le sue abitudini di vita e gli assetti relazionali che gli erano propri, inducendolo a scelte diverse riguardo alla manifestazione e realizzazione della sua personalità nel mondo esterno). In sintesi, il danno esistenziale viene concepito come pregiudizio alle attività realizzatrici della persona umana.

Dunque, le Sezioni Unite sanciscono che la lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., determina il tramonto del danno esistenziale come autonoma categoria di danno.

Le ragioni di tale rifiuto non sono esclusivamente di natura

⁴⁷ Cass., 12-12-2008, n. 29191 che pure cita Sezioni Unite n. 26972 del 2008.

ideologica, bensì si collegano a due rilievi di ordine tecnico-giuridico.

Il primo investe la *ratio* del danno esistenziale, che, consiste nel colmare un vuoto di tutela conseguente ad una inadeguata rappresentazione del danno non patrimoniale, stretto tra la perdita dell'integrità psicofisica e la sofferenza interiore transeunte.

Il secondo rilievo concerne, invece, la sconfessione del presupposto ideologico della figura del danno esistenziale, quale categoria autonoma, rappresentato dal fatto che ciascuna persona non veda alterate le proprie abitudini di vita, non subendo l'influsso di fattori esterni che determinino una rottura nello svolgimento della propria esistenza⁴⁸.

Per dimostrare l'insussistenza di questa figura autonoma le Sezioni Unite in commento fanno una distinzione riconducibile ai tre casi in cui è risarcibile il danno non patrimoniale.

Le Sezioni Unite sostengono che, in presenza di un reato, superato il tradizionale orientamento che limitava il risarcimento al danno morale soggettivo che si identificava con il patema d'animo transeunte e sancita la risarcibilità del danno non patrimoniale, anche il pregiudizio non patrimoniale consistente nel non poter fare (ma meglio nella sofferenza morale determinata dal non poter fare) diviene risarcibile.

Dunque le Sezioni Unite, ricondotto il danno non patrimoniale in un unico contesto, vi introducono anche la figura del danno esistenziale (unitamente al danno biologico e all'ex danno morale soggettivo, ora definito come sofferenza morale o fisica non necessariamente transeunte).

7.10. Nel sistema della responsabilità civile si sono inserite

⁴⁸ S. Mazzamuto, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2053 c.c. e le ambiguità delle Sezioni Unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, in *Il danno non patrimoniale*, in *Contr. e impr.*, 2009, 592 s.

le sentenze delle Sezioni Unite della Cassazione 24 giugno-11 novembre 2008, n. 26972-26975, che, chiamata a pronunciarsi sulla giuridicità della categoria del danno esistenziale, opera una risistemazione complessiva della materia della responsabilità civile, in ambito sia aquiliano che contrattuale.

Le sentenze si muovono lungo quattro direttrici fondamentali: la negazione del danno esistenziale come categoria autonoma di danno; la riscrittura del danno non patrimoniale nel cui ambito confluiscono il danno morale, il danno biologico, e il danno da compromissione parentale; l'affermazione della necessità di evitare che, attraverso la proliferazione delle sottocategorie di danno non patrimoniale, si giunga all'indebita duplicazione delle poste risarcitorie; la limitazione del risarcimento di tale danno ai soli casi di lesione gravi di interessi rilevanti sul piano costituzionale.

Sotto il primo profilo, i pregiudizi esistenziali non formano una categoria giuridica a sé stante, ma costituiscono una categoria descrittiva e come tali sono espressamente nominati e presi in considerazione dalle Sezioni, quale sottovoce della categoria codicistica dei danni non patrimoniali, ormai risarcibili al di fuori dei casi di reato.

Sotto il secondo profilo, le sezioni unite, riportano il sistema della responsabilità aquiliana nell'ambito della bipolarità prevista dal vigente codice civile tra danno patrimoniale (art. 2043 c.c.) e danno non patrimoniale (art. 2059 c.c.) (Cass. n. 15027/2005 e n. 23918/2006) ed identificano quindi il danno non patrimoniale, di cui parla, l'art. 2059 c.c., con «il danno determinato dalla lesione di interessi inerenti la persona non connotati da rilevanza economica», affermando che la risarcibilità del danno non patrimoniale postula, sul piano dell'ingiustizia del danno, la selezione degli interessi dalla cui lesione consegue il danno: selezione che implica il rango costituzionale degli interessi lesi.

Il danno non patrimoniale assurge così a categoria generale

di danno, contrapposta al solo danno patrimoniale di cui all'art. 2043 c.c., ed in grado di ricomprendere il danno morale, ed il danno biologico (nell'accezione assai ampia offerta dagli artt. 138 e 139, d. lgs. n. 209/2005, e precedentemente ricompreso nella tutela dell'art. 2043 c.c.).

Viene così acquisito all'ordinamento positivo il riconoscimento della *lata* estensione della nozione di danno non patrimoniale inteso come danno da lesione di valori inerenti alla persona e non più solo come danno morale soggettivo, così da ricomprendere 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, sia infine il danno derivante dalla lesione di altri interessi di rango costituzionale inerenti alla persona.

Nel nuovo contesto, tali distinzioni acquistano – la sentenza insiste su questo punto – il ruolo di mere indicazioni descrittive di un danno (quello non patrimoniale) che ha carattere unitario e che è il solo ad individuare una categoria giuridica generale del danno risarcibile.

Nell'ambito di tale categoria generale del danno non patrimoniale, la formula “danno morale” non individua un'autonoma sottocategoria di danno, ma descrive un tipo di pregiudizio, costituito dalla “sofferenza soggettiva” cagionata dall'illecito.

La sentenza precisa che non si tratta della tradizionale figura del c.d. danno morale soggettivo transeunte, e ciò per la semplice ragione che la sofferenza morale cagionata dal reato non è necessariamente transeunte, ben potendo l'effetto penoso protrarsi anche per lungo tempo, rilevando l'intensità e la durata nel tempo della sofferenza non già ai fini dell'esistenza del danno, ma solo

della quantificazione del risarcimento⁴⁹.

La decisione evidenzia la necessità di evitare che, attraverso la proliferazione delle sottocategorie di danno non patrimoniale, si giunga all'indebita duplicazione delle poste risarcitorie: ciò vale in particolare per il danno esistenziale, ma anche per il danno morale in rapporto al danno biologico ed al danno da compromissione del rapporto parentale.

Una volta precisata la nozione di danno morale come sofferenza derivante dall'illecito, viene affermata l'esigenza di inquadrarlo in relazione non soltanto alle sofferenze per le ripercussioni esistenziali dell'illecito, ma anche al dolore per le lesioni dell'integrità psico-fisica, sia al dolore per la perdita o compromissione del rapporto parentale.

Peraltro, la demarcazione tra le varie figure non coincide sempre con le distinzioni finora recepite da dottrina e giurisprudenza.

Così, il lodevole intento di evitare duplicazioni risarcitorie spinge la Corte ad incidere anche sulle classiche categorie di danno finora recepite dalla stessa giurisprudenza di legittimità e nel farle confluire nell'unico calderone del danno non patrimoniale, la decisione giunge ad affermare che nella categoria di danno morale

⁴⁹ La limitazione alla tradizionale figura del c.d. danno morale soggettivo transeunte va superata. La figura, recepita per lungo tempo dalla pratica giurisprudenziale, aveva fondamento normativo assai dubbio, poiché, né l'art. 2059 c.c. né l'art. 185 c.p. parlano di danno morale, e tantomeno lo dicono rilevante solo se sia transitorio, ed era carente anche sul piano dell'adeguatezza della tutela, poiché la sofferenza morale cagionata dal reato non è necessariamente transeunte, ben potendo l'effetto penoso protrarsi anche per lungo tempo. Va conseguentemente affermato che, nell'ambito della categoria generale del danno non patrimoniale, la formula «danno morale» non individua un'autonoma sottocategoria di danno, ma descrive, tra i vari possibili pregiudizi non patrimoniali, un tipo di pregiudizio, costituito dalla sofferenza soggettiva cagionata dal reato in sé considerata. Sofferenza la cui intensità e durata nel tempo non assumono rilevanza ai fini della esistenza del danno, ma solo della quantificazione del risarcimento. (Cass., 11-11-2008, n. 26972).

rientrano anche aspetti tradizionalmente considerati di tipo esistenziale, quale «il pregiudizio non patrimoniale considerante nel non poter fare», (meglio qualificata come sofferenza morale determinata dal non poter fare), laddove non si dovrebbe dubitare che altro è il non poter più fare sotto il profilo oggettivo, altra è la rappresentazione soggettiva di uno stato di cose.

La sentenza precisa quindi che il danno morale consiste in una «sofferenza soggettiva in sé considerata», non come componente di un complesso pregiudizio non patrimoniale, sicché ove vi siano degenerazioni patologiche della sofferenza si rientrerebbe nell'area del danno biologico, del quale ogni sofferenza, fisica o psichica, per sua natura intrinseca costituisce componente.

Il punto centrale della sentenza va però senza dubbio rilevato in relazione all'affermazione della risarcibilità del danno non patrimoniale, con riferimento a tutelare le tipologie di danno che vi sono ricomprese ai soli casi di lesione seria ad interessi rilevanti.

Ne deriva che, se in passato la differenza fra l'art. 2043 c.c. e l'art. 2059 c.c. era radicale perché connessa ad illeciti civili e penali, oggi una contrapposizione ancora sussiste, ma si attenua a tutela della persona, collocandosi solo sul terreno dell'*iniuria*: la lesione di qualunque interesse giuridicamente rilevante consente di liquidare danni patrimoniali, mentre è necessaria l'offesa agli interessi protetti dall'art. 2 Cost. o quanto meno di interessi di rilevanza costituzionale inerenti la persona per conseguire i danni non patrimoniali.

La sentenza è consapevole che le affermazioni giurisprudenziali dei giudici di merito del danno non patrimoniale in materia civile sono state tantissime e non sempre condivisibili, sicché non si può non condividere quanto rilevato in dottrina in ordine a tale frenesia risarcitoria relativa a fattispecie nelle quali il soggetto vede alterarsi in senso peggiorativo i propri ritmi di vita e

le proprie abitudini, anche realizzatrici della personalità, ma a causa di dispiaceri, fastidi, litigi ecc. e di tutto ciò che, insomma, costella la vita quotidiana. In tale contesto, il danno non è se non il frutto ipocondriaco dell'incapacità di tollerare la vita quotidiana anche nei suoi aspetti meno piacevoli, quasi che il diritto più prezioso e realmente fondamentale fosse quello di non essere disturbati nella ricerca dell'appagamento edonistico.

È dunque evidente l'esigenza di filtri idonei per le situazioni soggettive tutelabili in via risarcitoria in relazione ai danni non patrimoniali. Ecco perché in dottrina, con riferimento alla responsabilità aquiliana, sono stati introdotti alcuni setacci in vista del riconoscimento della responsabilità: si è richiesto, così, da un lato, l'ingiustizia del danno, dall'altro lato, si è richiesto altresì la gravità dell'offesa⁵⁰.

In ambito contrattuale non è ravvisabile una proliferazione dei danni risarcibili oltre i limiti degli interessi dedotti in contratto dalle parti, la cui lesione rileva ai fini della responsabilità risarcitoria da inadempimento. L'ambito contrattuale della responsabilità del datore consente di non porsi il problema dell'ingiustizia del danno, esclusiva dell'area extracontrattuale, poiché la giuridicità del danno è correlata alla previsione nel contratto o nell'obbligazione dell'interesse che il danno lede in quanto quest'ultimo è frutto dell'inadempimento di obblighi che per legge o per volontà delle parti sono dedotti in contratto e vincolano l'operato del datore, o comunque di obblighi che discendono dalla applicazione di norme costituzionali precettive nei rapporti privati. Qui secondo una lettura, l'applicazione del filtro della ingiustizia è *in re ipsa*, e non sembra che occorra una ingiustizia qualificata, la quale al più potrà operare per estendere la

⁵⁰ Navarretta, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 122 s.

responsabilità delle parti⁵¹. Ma la prospettiva è del tutto erronea proprio perché – come si è anticipato – l'ingiustizia non è categoria del danno contrattuale.

Quanto al terzo profilo, si rivela fondamentale in materia non soltanto ricercare gli interessi inerenti la persona tutelabili in via risarcitoria, ma altresì operare un bilanciamento tra solidarietà e tolleranza: nella responsabilità civile per danni non patrimoniali vi è la necessità di identificare una soglia di tolleranza civile, in assenza di un filtro selettivo di natura obiettiva dal lato dei danni, nonché di verificare in concreto il coinvolgimento dell'interesse nel suo nucleo inviolabile. Non si tratta, in altri termini, di accertare in positivo la gravità della lesione, ma di escludere pretese capricciose legate ad offese minime che urtano solo la sensibilità individuale e non colpiscono il nucleo inviolabile dell'interesse, restando inidonee a superare il limite della tollerabilità civile.

Tale linea è stata decisamente affermata dalle sezioni Unite, che hanno escluso la risarcibilità fuori dalle ipotesi previste dalla legge, di perdite non patrimoniali che costituiscano *Bagatellenschaden*.

Proprio la selezione dell'interesse leso e la verifica dell'effettività e del grado di lesione consente di equilibrare le posizioni del danneggiante e del danneggiato, evitando di allargare l'area della responsabilità di chi pone in essere un'attività a tutte le conseguenze di carattere non patrimoniale dei terzi che possono subire gli effetti pregiudizievoli dell'attività⁵².

7.11. Nei casi di reato ed in quelli della legge ordinaria o comunitaria concernenti il risarcimento del danno non patrimoniale, la figura danno esistenziale si rivela superflua, in

⁵¹ Navarretta, *Il valore della persona nei diritti inviolabili*, cit., 122.

⁵² Cass., 11-11-2008, n. 26972.

quanto lo stesso (quale pregiudizio alle attività realizzatrici della persona) è compreso nel danno non patrimoniale, inteso (secondo la prospettazione delle Sezioni Unite in commento) come un'unico pregiudizio che lede interessi non patrimoniali della persona.

Nel tentativo di dimostrare la superfluità del danno esistenziale, le Sezioni Unite in commento affermano che, in presenza di un fatto illecito riconducibile alle violazioni di un diritto costituzionale inviolabile della persona, i pregiudizi di tipo esistenziale vanno risarciti in quanto facenti parte del suddetto unico contenitore denominato “danno non patrimoniale”

7.12. Le Sezioni Unite, oggetto di commento, ribadiscono che l'art. 2059 c.c. non delinea una distinta fattispecie di illecito produttiva di danno non patrimoniale, ma presuppone la presenza di tutti gli elementi integranti la figura dell'illecito civile (art. 2043 c.c. e altre norme che prevedono casi di responsabilità oggettiva).

Tali elementi consistono:

1. nella condotta
2. nel nesso causale tra condotta ed evento di danno;
3. nell'evento di danno (caratterizzato dall'ingiustizia), ripartibile in : a) lesione non giustificata di interessi meritevoli di tutela, e b) danno che ne scaturisce (danno - conseguenza, secondo l'orientamento ormai consolidato).

Fin qui nulla di nuovo.

Le Sezioni Unite compiono però un passo ulteriore, che non costituisce una novità assoluta, e che tuttavia avalla un orientamento recente e rilevante.

Le Sezioni Unite si adeguano all'opinione dottrinale ormai prevalente e ammettono anche il risarcimento del danno non patrimoniale da inadempimento delle obbligazioni, superando così l'ostacolo rappresentato dalla mancanza, nella disciplina della responsabilità contrattuale, di una normativa analoga all'art. 2059 c.c., prevista in tema di fatti illeciti.

Le Sezioni Unite ritengono che ormai l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. consente di affermare anche nella responsabilità contrattuale il risarcimento dei danni non patrimoniali.

Più precisamente, dal principio del riconoscimento, per i diritti inviolabili della persona, della tutela minima costituita dal risarcimento, consegue che tale rimedio deve prescindere dalla fonte della responsabilità civile, sia essa contrattuale come extracontrattuale.

Una volta che l'interprete abbia fatto dell'art. 2059 c.c. lo strumento di tutela risarcitoria dei diritti costituzionali inviolabili della persona, non è poi possibile limitare l'applicazione di quella norma al solo ramo della responsabilità extracontrattuale. In realtà, si tratta di una tesi condivisibile.

Una volta accolta la premessa che il riconoscimento di un diritto costituzionale inviolabile della persona impone la necessaria tutela risarcitoria (mediante la via dell'art. 2059 c.c.), per il principio di non contraddizione, non si può negare quella medesima tutela nel campo della responsabilità contrattuale.

Non si può, dunque, non convenire con le Sezioni Unite quando affermano che, se l'inadempimento dell'obbligazione determina oltre alla violazione degli obblighi di natura economica assunti con il contratto anche la lesione di un diritto inviolabile del creditore, la tutela risarcitoria del danno non patrimoniale è inclusa nell'azione di responsabilità contrattuale, senza fare alcun ricorso al cumulo di azioni contrattuale e non contrattuale.

D'altro canto anche interessi non patrimoniali possono assumere rilievo nell'ambito delle obbligazioni contrattuali, come si evince dall'art. 1174 c.c., secondo il quale «*la prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere ad un interesse, anche non patrimoniale, del creditore*».

Il problema diviene, quindi, quello della specifica

individuazione degli interessi compresi nell'area del contratto siano essi di contenuto patrimoniale come di contenuto non patrimoniale, ed una tale operazione va effettuata verificando la causa concreta del negozio, fermo restando che detta causa costituisce la sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare al di là del modello utilizzato⁵³.

Nella motivazione delle Sezioni Unite, pare che l'art. 2059 c.c. costituisca la via di inserimento del danno non patrimoniale nella materia della responsabilità contrattuale, mentre il richiamo all'art. 1174 c.c. e agli interessi anche non patrimoniali serve per determinare il reale risarcimento in ogni singola fattispecie.

Il riconoscimento del risarcimento del danno non patrimoniale nella sfera della responsabilità contrattuale, mediante l'applicazione dell'art. 2059 c.c., presuppone due tipi di operazioni e cioè:

1. l'individuazione dei casi di risarcimento del danno non patrimoniale (soprattutto, diritti costituzionali inviolabili della persona);

⁵³ Le Sezioni Unite confermano, in questo passaggio della loro motivazione, l'insegnamento della Suprema Corte secondo il quale la causa, quale elemento essenziale del contratto, va intesa non come funzione economica-sociale, ma come funzione economica-individuale. Pertanto, anche nel caso di contratto legalmente tipico è necessario verificare in concreto la sintesi degli interessi reali che il contratto è diretto a realizzare al di là del modello utilizzato, fermo restando che detta sintesi costituisce la ragione concreta della dinamica contrattuale e non anche della volontà delle parti. Si vuol dire che la causa del contratto consiste nella funzione economica individuale del negozio posto in essere, nella ragione concreta che persegue il singolo e specifico contratto, a prescindere dalla volontà dei contraenti e non coincide con il tipo contrattuale astratto scelto dalle parti. Infatti, la tesi per cui la causa di un contratto consisterebbe nella sua funzione economica-sociale, che si cristallizzerebbe per ogni contratto tipizzato dal legislatore, non spiegherebbe come un contratto tipico possa avere una causa illecita; quindi non resta, secondo la tesi avallata dalle Sezioni Unite che ritenere che la causa è la sintesi degli interessi reali che il singolo specifico contratto posto in essere è diretto a realizzare (c.d. causa in concreto) (Cass., 8-5-2006, n. 10490, in *Giust. civ.* 2007, 9, p. 1985).

2. l'individuazione degli interessi non patrimoniali rilevanti e risarcibili nella fattispecie contrattuale in esame, mediante la verifica della causa del singolo contratto.

E' certo che il richiamo dell'art. 2059 c.c nell'ambito della responsabilità contrattuale comporti diverse questioni di "assestamento", e alcune di esse sono illustrate dalle stesse le Sezioni Unite, là dove affermano che nella sfera della responsabilità contrattuale il risarcimento sarà disciplinato dalle norme previste in materia.

Pertanto, l'art. 1218 c.c., nella parte in cui sancisce che il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, va riferito anche al danno non patrimoniale, qualora l'inadempimento abbia leso i diritti costituzionali inviolabili della persona.

E in maniera analoga, va riconosciuto un contenuto più ampio anche – com'è noto – all'art. 1223 c.c., secondo cui il risarcimento del danno determinato dall' inadempimento o dal ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto conseguenza immediata e diretta: tra le perdite e le mancate utilità vanno anche ricompresi i danni non patrimoniali determinati dalla lesione dei suddetti diritti.

La tutela risarcitoria dei diritti inviolabili lesi dal mancato adempimento delle obbligazioni sarà soggetta inoltre al limite di cui all'art. 1225 c.c. (non operante in tema di responsabilità da fatto illecito, in difetto di richiamo nell'art. 2056 c.c.), restando (eccetto nei casi di dolo) circoscritto il risarcimento al danno che poteva prevedersi nel momento in cui l'obbligazione è sorta. Ed ancora, il rango costituzionale dei diritti suscettibili di lesione e dunque la loro portata imperativa rende nulli i patti di esonero o limitazione della responsabilità, ai sensi dell'art. 1229, co. 2, c.c. «secondo il quale è nullo qualsiasi patto preventivo di esonero o di limitazione della responsabilità per i casi in cui il fatto del debitore o dei suoi ausiliari costituisca violazione di obblighi

derivanti da norme di ordine pubblico». Vanno infine applicate le specifiche regole del settore circa l'onere della prova e la prescrizione, di cui si dirà nel prosieguo.

Le Sezioni Unite illustrano poi alcuni settori nei quali l'insorgere di danni non patrimoniali da inadempimento è più frequente.

Particolare rilievo assumono i c.d. contratti di protezione – e sono tali quelli che si concludono nel settore sanitario⁵⁴ – nei quali gli interessi da realizzare attengono alla salute in senso ampio, e quindi l'inadempimento del debitore è idoneo a ledere diritti inviolabili della persona (per primo l'art. 32 Cost.) cagionando pregiudizi di tipo non patrimoniale.

Torna il tema del rango costituzionale del diritto violato.

Le Sezioni Unite si allineano alla copiosa giurisprudenza della stessa Cassazione che inquadra nell'ambito della responsabilità contrattuale la responsabilità del medico e della struttura sanitaria, apprestando così tutela, oltre che al paziente, anche a soggetti terzi, ai quali si estendono gli effetti di protezione prodotti dal contratto.

Un altro rilevante ramo in cui si estende il risarcimento del danno non patrimoniale è quello dei contratti di protezione che intercorrono tra l'allievo e l'istituto scolastico, che trova la sua

⁵⁴ La sentenza Cass., 11-11-2008, n. 26972, resa a sezioni unite dalla Corte di Cassazione, ha rimarcato che per i contratti di protezione conclusi nel settore sanitario "gli interessi da realizzare attengono alla sfera della salute in senso ampio, di guisa che l'inadempimento del debitore è suscettivo di ledere diritti inviolabili della persona cagionando pregiudizi non patrimoniali", come affermato da copiosa giurisprudenza, nell'ambito della quale i danneggiati, a seconda dei casi, avevano subito la lesione del diritto inviolabile alla salute (art. 32, co. 1, Cost.); del diritto inviolabile all'autodeterminazione (art. 32, co. 2, e 13 Cost.), come nel caso della gestante che, per errore diagnostico, non era stata posta in condizione di decidere se interrompere la gravidanza (Cass., 10-5-2002, n. 6735), e nei casi di violazione dell'obbligo del consenso informato (Cass., 14-3-2006, n. 5444).

fonte per lo più nel contratto sociale⁵⁵ e che tra gli interessi non patrimoniali da realizzare rientra anche quello inerente alla integrità fisica dell'allievo, con conseguente risarcibilità del danno non patrimoniale da autolesione.

Un altro caso eclatante è rappresentato dal contratto di lavoro (quello affrontato dalle suddette Sez. Un. n. 6572 del 2006), nel cui ambito si colloca l'art. 2087 c.c. che introduce l'obbligo dell'imprenditore di tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei lavoratori e, dunque, inserisce nel rapporto di lavoro interessi non suscettibili di valutazione economica quali l'integrità fisica e la personalità morale. Ciò implica che, nel caso di lesione provocata dallo inadempimento, opera il risarcimento del danno non patrimoniale.

Suddetti interessi del lavoratore sono stati elevati dalla Costituzione al rango di diritti inviolabili della persona, tanto che il risarcimento del danno non patrimoniale, nel caso di lesione, è legittimato non solo dall'art. 2087 c.c. ma anche dall'esistenza di diritti costituzionali inviolabili della persona. Ne deriva che il risarcimento dei danni del lavoratore è previsto sotto due forme, e cioè:

1. quale risarcimento dovuto alla lesione della propria integrità psicofisica (art. 32 Cost.), secondo le regole del danno biologico;
2. quale risarcimento conseguente alla lesione della propria dignità personale (artt. 2, 4, 32 Cost.), come avviene nelle ipotesi dei pregiudizi alla professionalità determinati dalla dequalificazione, pregiudicando lo sviluppo e la formazione

⁵⁵ In tali contratti di protezione la citata sentenza n. 26972/2008, richiamando come precedenti Cass. Civ., s.u., 27-6-2002, n. 9346 e Cass. Civ., 27-2-2007, n. 8067, afferma come la fonte del rapporto sia derivante dal "contratto sociale" e tra "gli interessi non patrimoniali da realizzare rientra quello all'integrità fisica dell'allievo, con conseguente risarcibilità del danno non patrimoniale da autolesione".

sociale del lavoratore.

Un ulteriore settore in cui il risarcimento del danno non patrimoniale è dovuto nell'ambito della responsabilità contrattuale è quello del contratto di trasporto ove la tutela dell'integrità fisica del trasportato è inserita tra le obbligazioni facenti capo al vettore, che, ai sensi dell'art. 1681 c.c. «risponde dei sinistri che colpiscono la persona del viaggiatore durante il viaggio». Pertanto, il vettore è tenuto a risarcire a titolo di responsabilità contrattuale il danno biologico riportato nel sinistro dal viaggiatore. Nel caso di una eventuale inadempienza del vettore che integri altresì un fatto costituente reato (lesioni colpose), troveranno applicazione i principi previsti nell'ipotesi del danno non patrimoniale da reato, anche in relazione ai casi di illecito plurioffensivo.

7.13. Infine le Sezioni Unite si soffermano anche sul problema inerente alla prova del danno non patrimoniale precisando che il predetto danno, anche quando sia determinato dalla lesione di diritti inviolabili della persona, costituisce danno - conseguenza, che va dunque allegato e provato.

Per le Sezioni Unite va disattesa, infatti, la tesi che identifica il danno con l'evento dannoso, il c. d. "danno evento": tesi, enunciata, dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 184 del 1986, è abbandonata dalla successiva sentenza 27 ottobre 1994, n. 372, ed è infine seguita dalla Corte di Cassazione con le "sentenze gemelle" n. 8827 e 8828 del 2003.

Una tale affermazione non rappresenta soltanto un profilo formale o teorico, ma costituisce una precisazione dalle conseguenze pratiche notevoli.

La regola che ne emerge è che anche nei casi più rilevanti (come la lesione di diritti costituzionali inviolabili della persona) non è sufficiente riconoscere che sia stato leso un diritto per concedere il risarcimento. Occorre, invece, provare che dalla lesione è derivato un pregiudizio concreto sicché ad esempio, non

è sufficiente che il figlio di una persona deceduta in un sinistro stradale dimostri l'esistenza della relazione genitore-figlio attraverso un certificato anagrafico, ma è necessario fornire la prova che dalla morte del congiunto è derivata una perdita di utilità non patrimoniale consistente nel venir meno del legame affettivo autentico e della consuetudine di vita che contraddistingue il rapporto figlio-genitore.

Del pari le Sezioni Unite respingono la variante della tesi danno-evento costituita dall'affermazione secondo cui nel caso di lesione di valori della persona il danno sarebbe in *re ipsa*, in quanto snaturerebbe la funzione del risarcimento riducendolo alla stregua di una pena privata per un comportamento antiggiuridico.

Per quanto riguarda i mezzi probatori utilizzabili in materia di danno non patrimoniale, le Sezioni Unite richiamano correttamente la vigente normativa (artt. 138 e 139 d. lg n. 209/05) che menziona la perizia medico-legale, per quanto concerne la prova del danno biologico.

La perizia medico-legale costituisce lo strumento di indagine al quale in modo corrente si ricorre, ma la norma (affermano le Sezioni Unite) non lo ritiene esclusivo e necessario ai fini della prova del danno biologico.

Suddetta affermazione è ineccepibile, ed è basata sul tenore letterale dell'art.138 del d. lg. n. 209 del 2005 (identica è la definizione formulata dall'art. 139 successivo), secondo il quale «*per danno biologico si intende la lesione suscettibile di accertamento medico-legale*». Ne consegue che il giudice resti libero di disattendere la consulenza tecnica d'ufficio o addirittura non ritenerla necessaria potendo giungere alla decisione attraverso gli altri elementi a sua disposizione (documenti, testimonianze, ecc.).

Per quanto concerne le forme di danno non patrimoniale diverse dal danno biologico (danno non patrimoniale inteso come una entità unitaria e indistinta) si potrà ricorrere alla prova

testimoniale, documentale e presuntiva.

Dal punto di vista teorico potrebbe rimanere (quale forma di danno non patrimoniale da sottoporre a prova) anche il rifiutato danno esistenziale, ma in realtà tale pregiudizio è stato assorbito nella sofferenza morale e nel pregiudizio alla salute latamente intesa.

In particolare la prova presuntiva assume notevole rilievo, a fronte dell'immaterialità del bene giuridico leso, stante che potrà costituire anche la fonte per la formazione del convincimento del giudice, non trattandosi di mezzo di prova di rango inferiore agli altri. A tal fine la parte danneggiata deve allegare e provare «tutti gli elementi che, nel caso concreto, siano idonei a fornire la serie concatenata di fatti noti che consentano di risalire al fatto».

Per finire può essere utile fare un raffronto tra la parte di motivazione che le Sezioni Unite del novembre 2008 dedicano alla prova del danno non patrimoniale con quanto le Sezioni Unite n. 6572 del 2006 avevano sostenuto poco tempo prima, trattando del (ripudiato) danno esistenziale.

In questa seconda occasione le Sezioni Unite osservarono che mentre il danno biologico non può prescindere dall'accertamento medico-legale, il danno esistenziale va invece verificato tramite la prova testimoniale, documentale o presuntiva tali da dimostrare nello svolgimento del processo i mutamenti che il fatto illecito ha apportato, in senso peggiorativo, alla qualità della vita del danneggiato.

Le Sezioni Unite, accogliendo la categoria del danno esistenziale, ritengono (diversamente dalla sentenza in commento) che, se è vero che il danno esistenziale si fonda sulla natura non emotiva ed interiore, bensì oggettivamente accertabile del pregiudizio esistenziale (non meri dolori e sofferenze, ma scelte di vita diverse da quelle che si sarebbero adottate se non si fosse verificato l'evento dannoso) il relativo onere probatorio va assolto mediante gli strumenti che l'ordinamento processuale pone a

disposizione.

Le Sezioni Unite del 2006 (contrariamente da quelle in commento) hanno, infatti, distinto nettamente il danno esistenziale (incidente esternamente sul “fare” della vittima) dal danno morale soggettivo (la sofferenza interiore della vittima). Sempre secondo le Sezioni Unite del 2006 in assenza di allegazioni sulla natura del danno esistenziale, non è possibile al giudice neppure la liquidazione di cui all’art. 1226 c.c., in quanto la medesima necessita di parametri certi cui ancorarsi.