

Il danno ingiusto non patrimoniale

Maria Feola e Antonino Procida Mirabelli di Lauro*

SOMMARIO: 1. Il riconoscimento del danno esistenziale nella più recente giurisprudenza. Le discordanti posizioni della Cassazione. – 2. Il tramonto della concezione onnicomprensiva e le critiche alla figura del danno esistenziale. – 3. Alcune precisazioni sulle esperienze inglese, tedesca e francese. Le analogie e le differenze con il *loss of amenities of life* e con il *préjudice d'agrément*. – 4. La progressiva espansione, in Italia, dell'area del danno non patrimoniale risarcibile. L'orientamento «nominalistico» della giurisprudenza di merito. L'accoglimento della concezione pluralista delle «voci» del danno non patrimoniale. – 5. Il tentativo di arginare la riparazione dei danni «micro-esistenziali» sulla base di un principio di tipicità. Critica. Le differenti soluzioni nelle responsabilità da torto e da contratto. L'atipicità dei sistemi di responsabilità contrattuale e delittuale, con funzione di *compensation*, con riguardo ai danni sia patrimoniali, sia non patrimoniali. – 6. (*Segue*) Le ulteriori critiche alla tesi della tipicità del danno non patrimoniale. Il carattere primario, prioritario e sistemico-assiologico del giudizio d'ingiustizia. Una conferma: il danno ingiusto non patrimoniale nella più recente giurisprudenza della Cassazione. – 7. Il controverso orientamento delle Sezioni unite sull'onere della prova e il suo repentino tramonto. Il ricorso a valutazioni prognostiche, a massime d'esperienza e a presunzioni. – 8. La risarcibilità *iure hereditario* dei danni biologico e morale del defunto. – 9. La suddivisione del danno non patrimoniale in due modelli strutturalmente e funzionalmente distinti. Il ruolo dell'ingiustizia nell'unificazione del sistema di *compensation* della responsabilità delittuale: il superamento della tesi bipolare. Verso una nuova sistematica della responsabilità civile da torto e da contratto. L'autonoma funzione punitiva del «danno da reato». – 10. «Danno morale soggettivo» e «danno esistenziale» come simboli linguistici. La liquidazione individualizzata di ciascuna «voce» dei danni patrimoniale e non patrimoniale.

1. Le recenti sentenze delle corti di merito¹ e della Cassazione², che risarciscono il danno esistenziale in ambito sia delitt-

* Maria Feola è autrice dei §§ 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 e dell'intero corredo delle note. Antonino Procida Mirabelli di Lauro, professore ordinario di Diritto privato comparato nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Napoli «Federico II», è autore dei §§ 9 e 10.

¹ Tra le tante, Giud. di pace Bari, 22 dicembre 2003, in «Danno e resp.», 2004, 880, con note di L. Caputi, *Liti bagatellari, dal paradosso al parossismo: il danno da disappunto per illegittima introduzione di volantini pubblicitari nelle cassette di posta*, e di G. Catalano, *Di cassette per la corrispondenza piene e danno «esistenziale» derivante*; Giud. di pace Napoli, 26 febbraio 2004, *ivi*, 2005, 433, con nota di F. di Bona de Sarzana, *Sciopero dei farmacisti e responsabilità*; Giud. di pace Casoria, 13 luglio 2005, n. 2781, *ivi*, 2006, 54 ss., con il commento di G. Ponzanelli, *Le «pericolose» frontiere della responsabilità civile: il caso dei danni da blackout elettrico*; Giud. di pace Casoria, 8 settembre 2005, *ivi*, 2006, 432, annotata da D. Farace, *Danno esistenziale da mancata vacanza?*; Trib. Genova, 23 gennaio 2006, *ivi*, 2006, 759, con nota di P. Ziviz, *Adelante... ma con giudizio! (Due sentenze genovesi sul nuovo danno non patrimoniale)*; Giud. di pace Napoli, I Sez. civ., 27 marzo 2006, in «Dir. e giur.», 2007, 111 ss., con nota di M. Feola, *Il danno esistenziale del tifoso napoletano*. Sottolinea il ruolo assunto dal danno esistenziale nell'ambito della responsabilità contrattuale, M.R. Marella, *Le conseguenze «non patrimoniali» dell'inadempimento. (Una tassonomia)*, in corso di pubblicazione nei *Colloqui con Michele Giorgianni*, che, grazie alla cortesia dell'Autrice, si è avuto modo di consultare in dattiloscritto.

² A favore del riconoscimento del danno esistenziale si esprimono, ad es.,

tuale sia contrattuale, hanno mutato l'attuale dibattito in materia, tant'è che la stessa dottrina che aveva contestato³ questa figura fin dal suo nascere ha rilevato che, tre anni dopo le decisioni del maggio 2003, nelle quali nessun cenno era stato fatto a tale categoria, s'inizia, «invece, a parlare di danno esistenziale per qualificare il danno non patrimoniale» derivante «dalla lesione di interessi costituzionalmente rilevanti» della persona⁴. E «lo si definisce come il pregiudizio consistente in un mutamento peggiorativo della qualità di vita della vittima»⁵.

Se si eccettuano alcuni sfumati interventi della Suprema Corte⁶, il primo decisivo riconoscimento giurisprudenziale del danno esistenziale si deve alla Corte costituzionale la quale, nell'individuare la tipologia del danno non patrimoniale, ha distinto dalla «lesione dell'interesse, costituzionalmente garantito, all'integrità psichica e fisica della persona, conseguente ad un accertamento medico (art. 32 Cost.)»⁷, e dal danno morale soggettivo «inteso come transeunte turbamento dello stato d'animo della vittima»⁸, il danno «spesso definito in dottrina ed in giurisprudenza come esistenziale», derivante «dalla lesione di (altri) interessi di rango costituzionale inerenti alla persona»⁹.

Nell'acceso dibattito che, in seguito, ha riguardato tale figura, avversata ora con puntuali argomentazioni, ora con vee-

Cass., Sez. Un., 24 marzo 2006, n. 6572, in «Danno e resp.», 2006, 852 ss. (ivi le ulteriori citazioni), e in «Corriere giur.», 2006, 787, con nota di P.G. Monateri, *Sezioni Unite: le nuove regole in tema di danno esistenziale e il futuro della responsabilità civile*; Cass., Sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2311, cit. in dattiloscritto; Cass., Sez. III, 12 giugno 2006, n. 13546, in «Danno e resp.», 2006, 843 ss.; Cass., Sez. I, 4 ottobre 2005, n. 19354, in «Dir. e Giust.», 2005, n. 46, 21 ss. Negano, invece, tale figura, Cass., Sez. III, 15 luglio 2005, n. 15022, *ivi*, 2005, n. 40, 48 ss. (da qui le altre citazioni), e in «Resp. civ. prev.», 2006, 91 ss., con annotazione di P. Cendon, *Danno esistenziale: segreti e bugie*; Cass., Sez. III, 12 luglio 2006, n. 15760, in «Corriere giur.», 2006, 1377; Cass., Sez. III, 9 novembre 2006, n. 23918, *ivi*, 2007, 522 ss.; Cass., Sez. III, 20 aprile 2007, n. 9510, in «Guida al dir.», 2007, n. 19, 47.

³ G. Ponzanelli, *Sei ragioni per escludere il risarcimento del danno esistenziale*, in «Danno e resp.», 2000, 693 ss.; Id., *Una voce contraria alla risarcibilità del danno esistenziale*, *ivi*, 2002, 339 ss.; Id. (cur.), *Critica del danno esistenziale*, Padova, 2003, 7 ss.

⁴ G. Ponzanelli, *Il danno esistenziale e la Corte di Cassazione*, in «Danno e resp.», 2006, 849.

⁵ G. Ponzanelli, *op. loc. ult. cit.*

⁶ Cfr., ad es., Cass., 7 giugno 2000, in «Danno e resp.», 2000, 836, e la nota di G. Ponzanelli, *Attenzione: non è danno esistenziale, ma vera e propria pena privata*; Cass., 2 aprile 2001, n. 4783, *ivi*, 2001, 821. Sul punto, P.G. Monateri, *Alle soglie di una nuova categoria risarcitoria: il danno esistenziale*, *ivi*, 1999, 8 ss.

⁷ Corte cost., 11 luglio 2003, n. 233, in «Danno e resp.», 2003, 941.

⁸ Corte cost., 11 luglio 2003, n. 233, *cit.*, 941.

⁹ Corte cost., 11 luglio 2003, n. 233, *cit.*, 941.

menti critiche che, in modo frettoloso, avevano ravvisato «la fine di un incubo» e di una «gramigna» che «infestava i Tribunali»¹⁰, la Cassazione ha iniziato ad assumere posizioni confliggenti, al punto che si è invocato un intervento delle Sezioni unite al fine di dirimere il contrasto¹¹.

Da un lato, la Prima Sezione civile ha esplicitamente riconosciuto il danno esistenziale come “voce” autonoma del danno non patrimoniale, che «non si identifica e non si esaurisce nel danno morale soggettivo»¹² o nel danno alla salute. Nella specie, l'irragionevole durata del processo è stata considerata una possibile causa non soltanto di un danno morale soggettivo, «costituito dalla sofferenza contingente e dal turbamento transeunte dell'animo»¹³, cioè «dagli stati d'ansia, dal patimento e dal disagio interiore connessi al protrarsi nel tempo dell'attesa di una decisione vertente su un bene della vita reclamato dal soggetto interessato»¹⁴, ma anche di un danno esistenziale, comprendente «altresì il pregiudizio che dalla durata irragionevole dell'attesa di giustizia si riflette sulla vita di relazione del medesimo soggetto»¹⁵.

Dall'altro, la Terza Sezione civile, nel ribadire l'atteggiamento scettico assunto nelle due sentenze gemelle del 2003, le quali pur avevano affermato l'integrale risarcibilità di qualsiasi «lesione [che avesse] riguardato valori della persona costituzionalmente garantiti»¹⁶, aveva poi assunto una posizione esplicitamente contraria al danno esistenziale, categoria «dagli incerti e non definiti confini»¹⁷, poiché, «attraverso questa via», si sarebbe condotto «anche il danno non patrimoniale nell'atipicità, sia pure attraverso l'individuazione dell'apparente tipica figura categoriale del “danno esistenziale”, in cui [...] confluiscono fattispecie non necessariamente previste dalla norma ai fini specifici della risarcibilità di tale tipo di danno»¹⁸.

¹⁰ M. Rossetti, *Danno esistenziale: fine di un incubo. Quella gramigna infestava i tribunali*, in «Dir. e giust.», 2005, n. 40, 43.

¹¹ M. Di Marzio, *Danno esistenziale, ancora contrasti nonostante il “conforto” costituzionale*, in «Dir. e giust.», 2005, n. 46, 20.

¹² Cass., Sez. I, 4 ottobre 2005, n. 19354, *cit.*, 22.

¹³ Cass., Sez. I, 4 ottobre 2005, n. 19354, *cit.*, 22.

¹⁴ Cass., Sez. I, 4 ottobre 2005, n. 19354, *cit.*, 22.

¹⁵ Cass., Sez. I, 4 ottobre 2005, n. 19354, *cit.*, 22.

¹⁶ Cass., Sez. III, 31 maggio 2003, n. 8828, e Cass., Sez. III, 31 maggio 2003, n. 8827, in «Danno e resp.», 2003, 817 e 822.

¹⁷ Cass., Sez. III, 15 luglio 2005, n. 15022, *cit.*, 52; conf. Cass., Sez. III, 9 novembre 2006, n. 23918, *cit.*, 523.

¹⁸ Cass., Sez. III, 15 luglio 2005, n. 15022, *cit.*, 52; conf. Cass., Sez. III, 9 novembre 2006, n. 23918, *cit.*, 523.

In seguito, anche la Terza Sezione si è aperta al dibattito interno. Nel decidere sue due analoghe richieste di risarcimento del danno non patrimoniale patito *iure proprio* dai congiunti del defunto, in una decisione¹⁹ ha riaffermato la sua posizione contraria al danno esistenziale «come categoria generale»²⁰. In un'altra, invece, ha mutato orientamento²¹, sulla scia di una sentenza delle Sezioni Unite²² che, nel pronunciarsi su un caso di “demansionamento”, ha definito come danno esistenziale qualsiasi «lesione del diritto fondamentale del lavoratore alla libera esplicazione della sua personalità nel luogo di lavoro»²³, cioè «ogni pregiudizio che l'illecito datoriale provoca sul fare areddituale del soggetto, alterando le sue abitudini di vita e gli assetti relazionali che gli erano propri, sconvolgendo la sua quotidianità e privandolo di occasioni per la espressione e la realizzazione della sua personalità nel mondo esterno»²⁴. Il danno esistenziale dei parenti consisterebbe proprio in «quello “sconvolgimento delle abitudini di vita”» che si sostanzia «in una modificazione (peggiorativa) della personalità dell'individuo», quale «conseguenza della subita alterazione, della privazione (oltre che di quello materiale anche) del rapporto personale con lo stretto congiunto nel suo essenziale aspetto affettivo o di assistenza morale (cura, amore), cui ciascun componente del nucleo familiare ha diritto nei confronti dell'altro»²⁵.

Il danno esistenziale, quale ulteriore “voce” del danno non patrimoniale, biologico o non biologico, trova ora conferma anche nella «perdita della capacità di avere rapporti sessuali per la conseguita impotenza *coeundi*»²⁶. Relatore della sentenza è lo stesso magistrato che, soltanto qualche mese prima, si era espresso negativamente sulla figura del danno esistenziale²⁷. Oltre al danno alla salute provocato dall'incidente, ed alla desueta “voce” consistente nella menomazione della capacità lavorativa

¹⁹ Cass., Sez. III, 12 luglio 2006, n. 15760, *cit.*, 1377.

²⁰ Lo rileva G. Ponzanelli, *Pacs, obiter, miopia giornalistica e controllo della Cassazione sulla quantificazione del danno*, in «Corriere giur.», 2006, 1379. Esclude l'esistenza di una «categoria generica del “danno esistenziale”» anche Cass., Sez. III, 20 aprile 2007, n. 9510, *cit.*, 47.

²¹ Cass., Sez. III, 12 giugno 2006, n. 13546, *cit.*, 845.

²² Cass., Sez. Un., 24 marzo 2006, n. 6572, *cit.*, 854 ss.

²³ Cass., Sez. Un., 24 marzo 2006, n. 6572, *cit.*, 856.

²⁴ Cass., Sez. Un., 24 marzo 2006, n. 6572, *cit.*, 856.

²⁵ Cass., Sez. III, 12 giugno 2006, n. 13546, *cit.*, 846.

²⁶ Cass., Sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2311, *cit.*, 7.

²⁷ G.B. Petti è, infatti, il relatore sia di Cass., 12 luglio 2006, n. 15760, *cit.*, 1377, sia di Cass., 2 febbraio 2007, n. 2311, *cit.*, 9 (le quali si esprimono in senso opposto sul riconoscimento del danno esistenziale).

generica (però, rientrando nel danno patrimoniale), la Cassazione non dubita che, sulla base del «principio fondamentale del risarcimento integrale del danno alla persona», la perdita o «la compromissione anche soltanto psichica della sessualità (come avviene nei casi di stupro o di pedofilia) costituisca di per sé un danno esistenziale, la cui rilevanza deve essere autonomamente apprezzata e valutata equitativamente in termini non patrimoniali e con una congrua stima dell'equivalente economico del debito di valore»²⁸.

2. La giurisprudenza che pur accoglie il danno esistenziale come «voce» autonoma del danno non patrimoniale non ne ha condiviso, però, la sua originaria definizione «onnicomprensiva»²⁹, secondo la quale esso abbraccerebbe «l'intero universo dell'antigiuridicità (delle posizioni civilisticamente protette)»³⁰, con una «estensione a 360°» che comprenda anche «l'intero campo delle lesioni della salute», oltre alle ulteriori «ipotesi extrasomatiche»³¹. La rilevata inopportunità di ricondurre il danno biologico nell'ambito del danno esistenziale, anche perché quest'ultimo «non può essere, per sua natura, oggetto di consulenza medico-legale»³², sembra aver indotto le corti a seguire una diversa interpretazione che, pur sottolineando l'autonomia del danno esistenziale, individua tale modello nel «danno conseguente alla lesione di un *civil right*, nel senso di un diritto assistito da garanzia costituzionale»³³. Ma la natura multiforme e, per certi versi, residuale del danno esistenziale sembrerebbe negare uno specifico rilievo unitario a tale figura, «la quale viene così interamente a coincidere con la lesione di un qualsiasi [altro] interesse costituzionalmente protetto»³⁴.

Tramontata la tesi che proponeva di assorbire il danno biologico e quello morale all'interno del danno esistenziale, una parte della giurisprudenza ha implicitamente proposto una più limitata tesi unitaria, nel qualificare come danni esistenziali

²⁸ Cass., Sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2311, *cit.*, 9.

²⁹ Cfr. A. Procida Mirabelli di Lauro, *La responsabilità civile. Strutture e funzioni*, Torino, 2004, 31.

³⁰ Così, P. Cendon, *Non di sola salute vive l'uomo*, in *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, a cura di P. Cendon e P. Ziviz, Milano, 2000, 10.

³¹ P. Cendon, *op. loc. ult. cit.*

³² P.G. Monateri, *Verso una teoria del danno esistenziale*, in *Il danno esistenziale*, *cit.*, 723 s.

³³ P.G. Monateri, *op. loc. ult. cit.*

³⁴ A. Procida Mirabelli di Lauro, *La responsabilità civile*, *cit.*, 34.

una pluralità di danni non patrimoniali, assai eterogenei, molti dei quali sono previsti dalla legge³⁵, che si caratterizzerebbero, essenzialmente in senso negativo, per non essere danno alla salute o danno morale “soggettivo”. Nel *law in action*, il danno esistenziale è identificato con il danno patito *iure proprio* dai congiunti del defunto (che è ridefinito come danno esistenziale da privazione del rapporto parentale)³⁶, con il danno subito dai familiari anche in ipotesi di sopravvivenza, con lesioni invalidanti, della vittima primaria dell’illecito³⁷, con il «danno psichico da sofferenza esistenziale» di intensità «catastrofica»³⁸, con il danno da ingiusta privazione della libertà personale³⁹ o da irragionevole durata del processo⁴⁰, con la violazione del «diritto alla sessualità»⁴¹, con la lesione della dignità personale, con il *mobbing* e l’illegittimo “demansionamento”, con lo stress che deriva da immissioni rumorose, con il danno emozionale che può discendere da una vacanza “rovinata”, con la sofferenza derivante dalla morte del proprio animale domestico, con le conseguenze di un protesto illegittimo, con i danni derivanti da una calunnia o da una diffamazione, persino con gli inconvenienti sofferti dai condomini di un edificio crollato a seguito di una fuga di gas, ecc., ovvero con i più disparati casi tratti dalla responsabilità delittuale e contrattuale⁴², «al punto da confondersi con questi ultimi e da perdere ogni autonomia dogmatica e normativa»⁴³.

³⁵ Si pensi, ad es., al danno derivante dalla ingiusta privazione della libertà personale nell’esercizio di funzioni giudiziarie (art. 2, l. 13 aprile 1988, n. 11; emblematico, in proposito, il caso Barilla: sul quale, G. Ponzanelli, *Gli «esistenzialisti» dopo la svolta del 2003 e la sentenza della Cassazione penale sul caso Barilla*, in «Danno e resp.», 2004, 966); al danno conseguente al mancato rispetto del termine ragionevole di durata del processo (art. 2, l. 24 marzo 2001, n. 89; qualifica tale danno come “esistenziale”, ad es., Cass., Sez. I, 4 ottobre 2005, n. 19354, *cit.*, 22 s.); al danno da “vacanza rovinata” (art. 93 ss. d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206); ecc.

³⁶ Cfr., ad es., Cass., Sez. III, 12 giugno 2006, n. 13546, *cit.*, 846 s.

³⁷ Cass., 2 febbraio 2001, n. 1516, in «Corriere giur.», 2001, 1319 ss.; e già Cass., 23 aprile 1998, n. 4186, in «Danno e resp.», 1998, 689.

³⁸ Cass., 2 aprile 2001, n. 4783, in «Danno e resp.», 2001, 821.

³⁹ Sulla sentenza della Cassazione resa sul caso Barilla, cfr. E. Navarretta, *Non è solo esistenziale il danno da errore giudiziario: il caso Barilla e il processo kafkiano*, in «Nuova giur. civ. comm.», 2003, 506 ss.

⁴⁰ Cass., Sez. I, 4 ottobre 2005, n. 19354, *cit.*, 22 s.

⁴¹ Cass., Sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2311, *cit.*, 8 s.

⁴² I riferimenti giurisprudenziali dei casi citati nel testo sono in G. Rago, *Il danno esistenziale*, in «Danno e resp.», 2002, 329, in nota 2 ss., e in P. Cendon e P. Ziviz, *Il risarcimento del danno esistenziale*, Milano, 2003, 317 ss.

⁴³ A. Procida Mirabelli di Lauro, *Il danno ingiusto (Dall’ermeneutica “bipolare” alla teoria generale e “monocentrica” della responsabilità civile)*, parte I, in questa «Rivista», 2003, 23.

In presenza di una siffatta congerie di ipotesi dannose, che la giurisprudenza riconduce indistintamente nell'ambito della categoria del danno esistenziale, il denominatore comune di tale figura è ravvisato nell'essere un «danno alla salute in senso lato che, pur dovendo – diversamente dal danno morale soggettivo – obiettivarsi, a differenza del danno biologico rimane integro a prescindere dalla relativa accertabilità in sede medico-legale»⁴⁴. Anche prescindendo dalle contestazioni rivolte all'espressione «danno esistenziale», considerata «troppo generica e atecnica»⁴⁵, anfibologica o addirittura inconsistente⁴⁶ sotto il profilo giuridico, non sembrerebbe esistere «una linea di distinzione certa e univoca» tra il danno morale conseguente alla lesione di un diritto inviolabile e il «danno esistenziale derivante dalla lesione degli stessi diritti»⁴⁷.

L'ampia definizione del danno alla salute, resa dal Codice delle Assicurazioni, quale lesione dell'integrità psicofisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale, che espliciti «un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di produrre reddito» (art. 138, comma 2, lett. *a* del d. lgs. 7 settembre 2005, n. 209), sembrerebbe escludere «una ontologica diversità tra il danno biologico c.d. dinamico, non legato e non identificato nella sola sfera della lesione psico-fisica»⁴⁸, e il danno esistenziale inteso quale conseguenza relazionale della menomazione. Ma tale interpretazione, oltre a richiedere una generalizzazione della regola di là dai rapporti assicurativi, rimane comunque confinata alla problematica del danno biologico, non riguardando le innumerevoli ipotesi nelle quali il danno esistenziale non è conseguenza di una lesione dell'integrità fisiopsichica. Inoltre, l'art. 138 potrebbe essere invocato anche all'inverso⁴⁹, poiché proprio questo testo prescriverebbe la scomposizione del danno alla salute nelle distinte «voci» della menomazione psicofisica in sé e delle sue (eventuali ed ulteriori) conseguenze dinamiche e relazionali non patrimoniali.

⁴⁴ Così, Cass., Sez. III, 12 giugno 2006, n. 13546, *cit.*, 846.

⁴⁵ G. Ponzanelli, *Il danno esistenziale*, *cit.*, 850.

⁴⁶ C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, III ed., Milano, 2006, 80.

⁴⁷ G. Ponzanelli, *op. loc. ult. cit.*

⁴⁸ G. Ponzanelli, *op. loc. ult. cit.*

⁴⁹ Come sembra rilevare la stessa Cassazione (cfr., ad es., Sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2311, *cit.*, 5 s.).

3. L'inesistenza del danno esistenziale nel panorama giuridico contemporaneo rappresenterebbe un'anomalia del diritto italiano, che lo allontanerebbe dagli altri modelli europei⁵⁰. Infatti, che il danno morale riguardi il solo patema d'animo transeunte o la sofferenza di carattere interno, mentre il danno esistenziale concernerebbe ogni pregiudizio «di natura non meramente emotiva ed interiore [...], ma oggettivamente accertabile»⁵¹, anche se non in sede medico-legale, è una convinzione che, in questi termini, trova oggi consenso soltanto nell'esperienza italiana. Così, che esista una generale figura di danno esistenziale, ontologicamente diversa da quello morale, è un'idea che non ha un univoco riscontro in altri diritti. Ma tali osservazioni devono essere vagliate sulla base dell'esatto rilievo di metodo⁵² secondo il quale il comparatista, più che ravvisare (o meno) presunte "identità" sussistenti a livello istituzionale, deve ricercare le effettive analogie esistenti, tra i termini da comparare, sul piano funzionale e dei risultati pratici⁵³, nel rispetto delle peculiarità di ciascuna esperienza giuridica.

La «visione cruenta dell'illecito»⁵⁴, che caratterizza, per tradizione, il diritto anglosassone, ha garantito al danno all'integrità fisica una posizione privilegiata, mentre *emotional distress* e *nervous shock* e, più in generale, lo stesso danno psichico, anche se provocati alla vittima "secondaria" dal decesso di uno stretto congiunto, possono assumere rilievo soltanto sulla base di *tests* di *physical* e *causal proximity*, che testimonino un certo "impatto fisico" dell'evento dannoso sull'attore⁵⁵. Revocato in dubbio l'orientamento più liberale che dava rilievo assorbente al principio di "ragionevole prevedibilità" (*foreseeability*), unitamente ad una «recognizable psychiatric illness»⁵⁶, assumono

⁵⁰ F.D. Busnelli, *Il danno alla persona al giro di boa*, in «Danno e resp.», 2003, 237-243.

⁵¹ Ad es., Cass., Sez. Un., 24 marzo 2006, n. 6572, *cit.*, 856.

⁵² Sottolineato, implicitamente, da P. Cendon, *Esistere o non esistere*, in P. Cendon (a cura di), *Trattato breve dei nuovi danni. Il risarcimento del danno esistenziale: aspetti civili, penali, medico-legali, processuali*, vol. I, Padova, 2001, 40 ss.

⁵³ Così, L.-J. Constantinesco, *Il metodo comparativo*, ed. it. di A. Procida Mirabelli di Lauro, Torino, 2000, 66 ss.

⁵⁴ P.S. James, *The Fallacies of Simpson v. Thompson*, in «Modern L. Rev.», 1971, 149 ss.

⁵⁵ In argomento, G. Marini, *Emotional distress, nervous shock e prevedibilità del danno*, in «Danno e resp.», 1999, 502 ss., al quale si rinvia per le ampie citazioni di dottrina e giurisprudenza.

⁵⁶ In questi termini si espresse la Camera dei Lords nel decidere *McLoughlin v. O'Brian* [1983] A.C. 410, e *Junior Book Ltd. v. Veitchi Co. Ltd.* [1983] A.C. 520.

importanza la presenza o prossimità della vittima *par ricochet* alla *zone of danger*, la percezione od osservazione diretta dell'incidente, l'intensità del legame di parentela esistente tra l'attore e la vittima diretta⁵⁷. Dal danno riflesso d'affezione per la privazione del rapporto parentale è necessario, tuttavia, distinguere il *loss of amenities of life*⁵⁸ che, riguardando specificamente la perdita delle amenità della vita da parte della vittima (primaria), e, quindi, un non poter più fare, maggiormente si avvicina all'idea del danno esistenziale. Proprio la distinzione, sancita in *West v. Shephard*⁵⁹, e confermata in *Lim v. Camden Health Authority*⁶⁰, tra *loss of amenities of life* e *pain and suffering* ha indotto la Camera dei Lords a risarcire la «privazione delle sensazioni e dei piaceri ordinari dell'esistenza»⁶¹, a differenza del dolore e della sofferenza, anche nel caso d'incoscienza della vittima. Da rilevare, tuttavia, che il *loss of amenities of life* è allocato essenzialmente quale conseguenza di un danno all'integrità fisica.

Con riferimento all'esperienza tedesca, pur in presenza di talune rilevate similitudini⁶², non sembra possibile affermare che il danno esistenziale trovi il suo equivalente nelle figure che usualmente sono inquadrare nell'ambito dell'*allgemeines Persönlichkeitsrecht*, che la giurisprudenza tedesca elaborò per estendere i limiti risarcitori prescritti, per il *nicht Vermögensschaden*, dai §§ 253 e 847 BGB. A seguito della riforma del 2002, la situazione non è stata sostanzialmente innovata dall'abrogazione del § 847 e dal suo (re)inserimento nel 2° comma del § 253, che pur

⁵⁷ Cfr., ad es., *Alcock v. Chief Constable of the South Yorkshire Police* [1991] 4 All E.R. 907.

⁵⁸ Un discorso diverso riguarda, invece, il *loss of expectation of life* che, sulla scia delle obiezioni formulate dal *Pearson Committee*, ai sensi dell'art. 1 (a) dell'*Administration of Justice Act*, non può più rappresentare una voce autonoma del danno risarcibile. Tale figura fu riconosciuta, per la prima volta, nel 1935, in *Flint v. Lovell* [1935] 1 K.B. 354, e confermata, dalla Camera dei Lords, in *Rose v. Ford* [1937] A.C. 826. Rigorosi limiti risarcitori furono previsti, in seguito, in *Benham v. Gambling* [1941] A.C. 157.

⁵⁹ *West and Sons Ltd. v. Shephard* [1964] A.C. 326. Sul punto si era già espressa la *Court of Appeal* in *Wise v. Kaye* [1962] 1 Q.B. 638.

⁶⁰ *Lim Poh Choo v. Camden and Islington Area Health Authority* [1980] A.C. 174.

⁶¹ Cfr., infatti, Lord Morris, in *West and Sons Ltd. v. Shephard* [1964] A.C. 326.

⁶² G. Cian, *La riforma del BGB in materia di danno immateriale e di imputabilità dell'atto illecito*, in «Riv. dir. civ.», 2003, II, 130. In argomento, sempre attuali sono le pagine di K. Larenz, *Das «allgemeine Persönlichkeitsrecht» im Recht der unerlaubten Handlungen*, in «Neue jur. Wochenschr.», 1955, 521 ss.

hanno esteso, non senza contestazioni⁶³, l'area di risarcibilità del danno non patrimoniale ad ogni violazione dell'autodeterminazione sessuale e all'intero settore della responsabilità contrattuale. Anche in presenza di una possibile estensione in via analogica⁶⁴ della tutela prevista dal capoverso del § 253 ai casi di lesione dell'*allgemeines Persönlichkeitsrecht*, recenti ricerche svolte in materia confermano, implicitamente⁶⁵, come i giudici tedeschi tendano talvolta a risarcire, all'interno di specifiche figure, le conseguenze relazionali dei danni biologici e degli altri danni «immateriali», ma senza che il danno esistenziale riesca ad assumere un generale ed autonomo rilievo.

La ricerca sugli equivalenti del danno esistenziale non può non riguardare il diritto francese che, a ragione, può essere considerato come il sistema più ampio di risarcimento del danno non patrimoniale⁶⁶. La dottrina, non scevra da influenze germanistiche, discorre di «*préjudice patrimonial*» e «*préjudice extrapatrimonial*»⁶⁷, ovvero di «pregiudizi puramente economici» e di *atteintes* «a interessi non esclusivamente economici»⁶⁸. La giurisprudenza e il legislatore, sulla scia di una consolidata tradizione, preferiscono distinguere tra danni «*matériels*», «*corporels*» e «*moraux*» (art. 3, comma 2, *Code proc. pén.*). Mentre il *préjudice physiologique* (o *corporel*) ha acquisito ben presto una fisionomia del tutto autonoma, influenzando, in Italia, la stessa evoluzione del danno biologico⁶⁹, le sofferenze fisiche e morali, i danni estetico e *juvénile*, le lesioni dell'onore, della reputazione, di tutti i diritti e libertà della persona (nome e identità,

⁶³ Sul punto, G. Cian, *op. cit.*, 132 ss. e *passim*.

⁶⁴ G. Cian, *op. cit.*, 132.

⁶⁵ Malgrado le diverse intenzioni dell'Autore, cfr., infatti, G. Christandl, *Il danno alla sfera di realizzazione personale nella giurisprudenza tedesca. Una panoramica sul "danno esistenziale" in Germania*, relazione tenuta al Convegno "Le nuove frontiere del danno non patrimoniale", organizzato dall'Ordine Forense di Forlì (Cesena) il 15 ottobre 2004.

⁶⁶ Ammettono che il diritto francese sia «uno dei più generosi del mondo», G. Viney et P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, in *Traité de droit civil sous la direction de J. Ghestin*, Paris, 1998, 36.

⁶⁷ Per tutti, Y. Chartier, *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile*, Paris, 1983, 149, al quale si rinvia per le citazioni della dottrina anteriore.

⁶⁸ G. Viney et P. Jourdain, *op. cit.*, 19 e 23.

⁶⁹ La proposta, poi divenuta del tutto dominante, di applicare il sistema del *calcul au point*, al posto dei primordiali criteri di liquidazione, si deve a quella dottrina che, per prima, illustrò ai giuristi italiani il funzionamento del sistema d'oltralpe (F.D. Busnelli, *Diritto alla salute e tutela risarcitoria*, in *Tutela della salute e diritto privato*, a cura di F.D. Busnelli e U. Breccia, Milano, 1978, 567 ss.; P.G. Monateri e A. Belleri, *Il «quantum» nel danno a persona. Una banca di dati: mille casi di giurisprudenza a confronto*, Milano, 1984, *passim*).

immagine, privatezza, dignità, ecc.), il *préjudice d'affection* sofferto dalla vittima *par ricochet*, il danno *sexuel* e lo stesso *préjudice d'agrément* rientrano indistintamente nella tradizionale categoria dei danni morali, senza che nessun rilievo assuma la figura del "danno esistenziale".

All'interno dei *dommages moraux*, tuttavia, proprio il danno *sexuel* e, soprattutto, il *préjudice d'agrément* maggiormente si avvicinano al danno esistenziale, in virtù delle peculiari connotazioni che caratterizzano tali figure. Mentre il primo ha ad oggetto il risarcimento per la perdita sia della capacità di procreare, sia «del piacere dell'atto sessuale»⁷⁰, derivante da un trauma o da una mutilazione, il *préjudice d'agrément*, o, più esattamente, di «*désagrément*»⁷¹, fin dalla definizione, un po' "elitaria"⁷², resa dalla Corte d'appello di Parigi nel 1961, si è caratterizzato per il consistere nella «privazione delle soddisfazioni diverse di ordine sociale, mondano e sportivo delle quali è in diritto normalmente di beneficiare un uomo dell'età e della cultura della vittima»⁷³. In seguito, il *préjudice d'agrément* ha assunto connotazioni sempre più ampie, comprendendo qualsiasi «diminuzione dei piaceri della vita causata [...] dall'impossibilità o dalla difficoltà di potersi dedicare a delle attività normali *d'agrément*»⁷⁴. Questa ampia definizione è stata in breve recepita sia dalla Seconda Sezione civile della Cassazione⁷⁵, sia dalla *Chambre sociale*⁷⁶ e dalle Sezioni penali che hanno esteso tale figura a qualsiasi «privazione dei piaceri di una vita normale»⁷⁷, affermando esplicitamente che il *préjudice d'agrément* «deve essere inteso non soltanto come l'impossibilità di potersi dedicare a un'attività ludica o sportiva, ma anche come la privazione definitiva dei piaceri normali dell'esistenza»⁷⁸. In proposito, la Suprema corte ha vietato al giudice di «poter rifiutare alla vittima un'indennità a titolo di pregiudizio *d'agrément* per il fatto che non è stata apportata la prova di un'attività di svago alla quale

⁷⁰ G. Viney et P. Jourdain, *op. cit.*, 43.

⁷¹ Così, Y. Chartier, *op. cit.*, 226.

⁷² Discorre di una «coloration élitiste», Y. Chartier, *op. loc. ult. cit.*

⁷³ App. Paris, 25 mars 1961, in «Rec. Dalloz», 1962, *Jur.*, 136.

⁷⁴ App. Paris, 2 décembre 1977, in «Rec. Dalloz», 1978, *Jur.*, 285.

⁷⁵ Ad es., già Cass., II Ch. civ., 20 mai 1978, in «Sem. jur.», 1978, IV, 221; Cass., II Ch. civ., 25 février 1981, *ivi*, 1981, IV, 16.

⁷⁶ Il *leading case* in materia è Cass., Ch. Soc., 16 novembre 1983, in «Rec. Dalloz», 1984, *Jur.*, 466.

⁷⁷ Cass., Ch. Soc., 5 janvier 1995, in «Sem. jur.», 1995, I, 3853, n. 23, e in «Rev. trim. dr. civ.», 1995, 892.

⁷⁸ Cass. Crim., 26 mai 1992, in «Sem. jur.», 1992, I, 3625, n. 27.

le conseguenze dell'incidente le avrebbero impedito di potersi dedicare»⁷⁹. Malgrado si sia proposto di assorbire il *préjudice d'agrément* in quello *physiologique*⁸⁰, al fine di evitare duplicazioni risarcitorie, e nonostante, per un certo periodo, si sia potuto «credere a priori che l'adozione di questa concezione estesa avrebbe provocato un raggruppamento, all'interno di questa categoria, dell'insieme dei pregiudizi morali conseguenti ad una lesione dell'integrità biologica»⁸¹, le Corti hanno continuato «ad allocare indennità distinte»⁸², risarcendo il *préjudice d'agrément* «in aggiunta» agli ulteriori danni fisiologici e morali.

La fortuna del *préjudice d'agrément* nell'esperienza francese, però, è dovuta non tanto alla sua componente relazionale/esistenziale, che consente di risarcire i «piaceri della vita» ai quali la vittima deve rinunciare, quasi sempre «in conseguenza» di un danno biologico, quanto agli espliciti riconoscimenti contenuti nell'art. 11 della Risoluzione 75/7 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa e, soprattutto, negli artt. L. 397 e L. 470 *Code Séc. soc.* Ma i due testi esprimono una significativa convergenza in ordine alla natura soggettiva, e non oggettiva, di tale danno. L'art. 11 della Risoluzione ingloba il *préjudice d'agrément*, insieme con «i malesseri, le insonnie», il «sentimento d'inferiorità», nell'ambito delle sofferenze psichiche. Gli artt. L. 397 e L. 470 *Code Séc. soc.* escludono dal ricorso delle Casse di Sicurezza sociale «la parte d'indennità, di carattere personale, corrispondente alle sofferenze fisiche e morali [...] sopportate (dalla vittima), al pregiudizio estetico e *d'agrément*». Il *préjudice d'agrément* si caratterizza per il carattere soggettivo e personale che è proprio degli altri danni morali, e che lo contrappone al *préjudice physiologique* il quale, proprio per il suo «carattere oggettivo»⁸³, è sottoposto al ricorso delle Casse.

Quindi, la declamata natura oggettiva del danno esistenziale, contrapposta a quella soggettiva del danno morale, rappresenta un dato che non trova riscontro negli altri diritti, tanto meno ai fini di una diversa dinamica dell'onere della prova⁸⁴, se

⁷⁹ Cass., Ch. Soc., 16 novembre 1983, *cit.*, 466.

⁸⁰ Y. Lambert Faivre, *Note* a App. Paris, 2 décembre 1977, in «Rec. Dalloz», 1987, *Jur.*, 286; Y. Chartier, *La réparation*, *cit.*, 230.

⁸¹ G. Viney et P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, *cit.*, 42.

⁸² Cfr. G. Viney et P. Jourdain, *op. loc. ult. cit.*

⁸³ Cfr., ad es., Cass., Ch. Soc., 9 novembre 1976, in «Bull. civ.», V, n. 573, 467; Cass., Ch. Soc., 13 décembre 1979, *ivi*, V, n. 997, 730.

⁸⁴ Questa tesi è, invece, sostenuta da Cass., Sez. un., 24 marzo 2006, n. 6572, *cit.*, 856.

si eccettua lo specifico problema del risarcimento del *loss of amenities of life* e del *préjudice d'agrément* anche nei casi d'inconoscenza della vittima⁸⁵. Di recente, però, la Cassazione civile d'oltralpe, sulla scia della *Chambre criminelle*⁸⁶, ha esteso tale indirizzo a tutti i danni morali conseguenti ad un «*préjudice personnel*»⁸⁷, dolore e sofferenza inclusi. Ciò ha determinato «il prevalere di una concezione oggettiva»⁸⁸ di tutti i danni morali e la modifica dei sistemi di valutazione, inducendo «a rinunciare al metodo consistente nel tentare di ragguagliare l'ammontare del risarcimento all'intensità del dolore effettivamente provato [...], per rivolgersi risolutamente verso metodi di valutazione oggettiva, fondati su criteri esterni rispetto alla psicologia della vittima e, per questa ragione, verificabili (entità e gravità oggettiva della lesione fisica, situazione sociale e modo di vita della vittima prima del fatto dannoso, ecc.)»⁸⁹.

4. A seguito della “svolta” del 2003, essendo oramai risarcibile qualsiasi «ingiusta lesione di un interesse inerente alla persona»⁹⁰, il nostro sistema di responsabilità civile si trova in una posizione che è divenuta molto simile a quella del diritto francese. Ma la nostra giurisprudenza non può ancora vantare una tradizione analoga a quella delle corti d'oltralpe, abituate, da circa due secoli, a creare diritto⁹¹, con maestria ed equilibrio.

Il problema, inedito, che oggi la nostra letteratura giuridica si trova ad affrontare sembra essere non tanto quello, definitivo, consistente nel qualificare un medesimo danno ora come “esistenziale”, ora come “morale”, quanto quello di individuare limiti ragionevoli alla risarcibilità dei danni cc.dd. micro-esistenziali⁹². La stessa dottrina d'oltralpe si è espressa, in varie oc-

⁸⁵ Sottolineava un allineamento, sotto questo profilo “oggettivo”, tra il *préjudice d'agrément* e il *loss of amenities of life*, A. Procida Mirabelli di Lauro, *La ripara-zione dei danni alla persona*, Napoli, 1993, 233 s.

⁸⁶ Il *leading case* è considerato, in materia, Cass. crim., 3 avril 1978, in «Sem. jur.», 1979, II, *Jur.*, 19168.

⁸⁷ Cass., II Ch. civ., 22 février 1995 (2 arrêts), in «Sem. jur.», 1996, II, *Jur.*, 22570.

⁸⁸ Così, G. Viney et P. Jourdain, *op. cit.*, 47.

⁸⁹ G. Viney et P. Jourdain, *op. loc. ult. cit.*

⁹⁰ Cass., Sez. III, 31 maggio 2003, n. 8828, *cit.*, 817; Cass., Sez. III, 31 maggio 2003, n. 8827, *cit.*, 822.

⁹¹ R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992, 258, sottolinea che «In Francia opera una Corte di Cassazione consapevole dei suoi ampi poteri, e l'interprete suole considerare la giurisprudenza come una fonte, sussidiaria ma attendibile».

⁹² Il termine è di G. Ponzanelli, *Il danno esistenziale*, *cit.*, 850 s.

casioni, criticamente avverso un'eccessiva estensione del danno morale *d'affection*, allorché i giudici avevano risarcito alla vittima *par ricochet* il danno derivante dalla morte di un animale, come il cavallo Lunus o la cagnetta Mirza⁹³.

Al danno "da disappunto" del titolare della cassetta postale per l'illegittima introduzione di materiale pubblicitario⁹⁴, a quello del cittadino che subisce uno *stress* a causa di una minaccia di sospensione del servizio farmaceutico⁹⁵, al danno emozionale da *black out*⁹⁶, al danno "da disagio" patito dal professionista per effetto del cattivo funzionamento del centralino telefonico del proprio studio⁹⁷, all'ormai classico danno da mancata vacanza⁹⁸, ecc., viene ora ad aggiungersi il danno del tifoso che, a causa nel mancato "ripescaggio" del Napoli Soccer in serie B, «è costretto ad assistere a gare di calcio [...] di pessimo spessore tecnico tattico» e che, «sebbene la propria squadra vinca e sia in testa alla classifica, [...] comunque *soffre* per la militanza della predetta nella serie definita da molti un "inferno", laddove avrebbe potuto godere di uno spettacolo più adeguato, sia al blasone della squadra che della città»⁹⁹. È evidente la contraddizione nella quale incorre il giudice partenopeo: dopo aver limitato il danno morale al «dolore che il danneggiato ha intimamente patito», e dopo aver definito il danno esistenziale come «la lesione della personalità del soggetto nel suo modo di essere sia personale che sociale che si sostanzia nella alterazione apprezzabile della qualità della vita consistente in "agire altrimenti" o in un "non poter più fare come prima"»¹⁰⁰, poi risarcisce come danno esistenziale proprio la «sofferenza» patita dal tifoso, che, anche a suo dire, dovrebbe connotare il solo danno morale.

In presenza di tali decisioni, argomentate in maniera poco convincente, gli stessi sostenitori del danno esistenziale hanno denunciato un utilizzo «puramente nominalistico»¹⁰¹ e formal-

⁹³ Per questi due casi, rispettivamente, Cass. civ., 16 gennaio 1962, in «Rec. Dalloz», 1962, *Jur.*, 199, e Trib. gr. inst. Caen, 30 ottobre 1962, in «Sem. jur.», 1962, II, *Jur.*, 12954. Criticamente, A. Tunc, *La réparation du préjudice moral causé par la mort d'un animal cher*, in «Rev. trim. dr. civ.», 1962, 316 ss.

⁹⁴ Giud. di pace Bari, 22 dicembre 2003, *cit.*, 880.

⁹⁵ Giud. di pace Napoli, 26 febbraio 2004, *cit.*, 433.

⁹⁶ Giud. di pace Casoria, 13 luglio 2005, n. 2781, *cit.*, 54 ss.

⁹⁷ Trib. Genova, 23 gennaio 2006, *cit.*, 759.

⁹⁸ Giud. di pace Casoria, 8 settembre 2005, *cit.*, 432.

⁹⁹ Giud. di pace Napoli, I Sez. civ., 27 marzo 2006, *cit.*, 132.

¹⁰⁰ Giud. di pace Napoli, I Sez. civ., 27 marzo 2006, *cit.*, 131.

¹⁰¹ P. Ziviz, *Adelante*, *cit.*, 765.

sta di tale figura. Il danno esistenziale diverrebbe, «di questo passo, un involucro di carattere formale, un *flatus vocis*, il cui utilizzo prescinde da qualsiasi verifica circa l'effettività dei pregiudizi patiti dalla vittima»¹⁰². Per di più, la giurisprudenza, in tutte queste ipotesi, definisce danno esistenziale ciò che, in realtà, è un danno morale, poiché ripara situazioni di «disagio e sofferenza della vittima»¹⁰³, «di ordine psichico ed emotivo» che, invece, «devono essere ascritt[e] al danno morale»¹⁰⁴. Tuttavia, permane un dubbio: il fatto che le corti non siano sempre in grado di distinguere il danno esistenziale da quello morale, identificando sovente il primo con il secondo, o chiamando danno esistenziale ciò che, per tradizione e negli altri diritti, è sempre stato considerato un danno morale¹⁰⁵, conferma l'equivocità di una partizione che, ispirata ad alcuni tratti distintivi individuati a priori e “in astratto”, nel *law in action* rischia d'ingenerare una certa confusione¹⁰⁶.

Inoltre, pur se si aderisce alla tesi, per così dire, “atomistica” del danno non patrimoniale, cioè alla proposta di scomporre tale figura in una pluralità di “voci” eventualmente concorrenti¹⁰⁷, l'una riguardante la lesione dell'integrità psicofisica, l'altra l'aspetto relazionale della lesione, l'altra ancora il profilo “soggettivo” della sofferenza, non sembra comunque condivisibile l'orientamento di quella giurisprudenza che intende riqualificare i “nuovi danni”, in modo occasionale, ora come danno morale, ora come danno esistenziale. Se si considera tale ultima voce “ontologicamente” distinta dalle altre per il suo carattere relazionale, sembra possibile che, nel risarcire la maggior parte dei danni non patrimoniali, anche non biologici, la “voce” del danno esistenziale possa aggiungersi a quella del danno morale “soggettivo”. Ad esempio, nel risarcire il danno derivante dalla ingiusta privazione della libertà personale, oltre allo «sconvolgi-

¹⁰² P. Ziviz e F. Bilotta, *Danno esistenziale: forma e sostanza*, in «Resp. civ. prev.», 2004, 1308.

¹⁰³ Lo rileva anche P. Ziviz, *op. loc. ult. cit.*

¹⁰⁴ P. Ziviz, *op. ult. cit.*, 764.

¹⁰⁵ Si pensi, ad es., al *préjudice moral* patito *iure proprio* dalla vittima *par ricochet* (cfr. Cass., Sez. III, 12 giugno 2006, n. 13546, *cit.*, 845 s.).

¹⁰⁶ In questi termini, già A. Procida Mirabelli di Lauro, *Il danno ingiusto*, parte I, *cit.*, 23 ss. e *passim*.

¹⁰⁷ Che il «pregiudizio esistenziale» costituisca la “terza” voce del danno non patrimoniale è opinione affermata sia dalla Cassazione (ad es., I Sez. civ., 4 ottobre 2005, n. 19354, *cit.*, 22), sia dalla stessa dottrina che ha contestato tale figura (G. Ponzanelli, *Le tre voci di danno non patrimoniale: problemi e prospettive*, in «Danno e resp.», 2004, 5 ss.).

mento delle abitudini di vita», alla «modificazione (peggiorativa) della personalità dell'individuo»¹⁰⁸, a ciò che la vittima avrebbe potuto fare e “non ha più potuto fare” (durante gli anni d'ingiusta detenzione), il giudice dovrebbe riparare anche la sofferenza provata in conseguenza dell'illecito.

La possibile valutazione cumulativa delle due distinte voci troverebbe fondamento proprio nella delimitazione dei confini di tale partizione, che escluderebbe, almeno in astratto, una possibile sovrapposizione, col conseguente rischio di duplicazioni risarcitorie. Una conferma può essere rinvenuta nelle altre esperienze giuridiche che, pur non conoscendo una generale “voce” dedicata al danno esistenziale, risarciscono i medesimi aspetti relazionali ricorrendo a distinte figure di danno morale.

5. Una parte della dottrina italiana, nel tentativo di arginare il risarcimento dei danni cc. dd. micro-esistenziali, cerca oggi di ricostruire il sistema di responsabilità civile sulla base di un principio di tipicità dei danni non patrimoniali, che si contrapporrebbe all'atipicità dei danni patrimoniali, disciplinati dalla «clausola generale e primaria di cui all'articolo 2043 c.c.»¹⁰⁹.

Tale problematica, evidentemente, non può riguardare tutte quelle ipotesi nelle quali il risarcimento del danno non patrimoniale consegue all'inadempimento di un obbligo di prestazione o è «occasionato»¹¹⁰ dalla violazione di un obbligo di protezione. Ogni qualvolta la responsabilità è contrattuale (“vacanza rovinata”, “film delle nozze”, “perdita del percorso artistico”, “ritardo del volo di linea”, “tardiva attivazione della linea telefonica”, “tintoria che rovina l'abito o che non è puntuale nella riconsegna”, ecc.)¹¹¹ o da contatto sociale qualificato, il danno non patrimoniale è risarcibile quale conseguenza immediata e diretta (art. 1223 c.c.) dell'inadempimento, con il solo limite della prevedibilità (art. 1225 c.c.), senza che alcun rilievo assuma l'“ingiustizia” del danno, ovvero la lesione dell'interesse giuridicamente e/o costituzionalmente rilevante¹¹². L'atipicità

¹⁰⁸ Cass., Sez. III, 12 giugno 2006, n. 13546, *cit.*, 846.

¹⁰⁹ Cass., Sez. III, 15 luglio 2005, n. 15022, *cit.*, 52.

¹¹⁰ Così, M.R. Marella, *Le conseguenze “non patrimoniali”*, *cit.*, 6.

¹¹¹ Per tali ipotesi, si rinvia a M.R. Marella, *op. ult. cit.*, 6-30.

¹¹² C. Castronovo, *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in «Europa e dir. priv.», 2004, 73. Per un analogo problema in tema di danno da perdita di *chances*, cfr. M. Feola, *Il danno da perdita di chances*, Napoli, 2004, 42 ss., *ivi* gli essenziali riferimenti bibliografici; Ead., *Il danno da perdita di chances tra contratto e torto*, in «Dir. e Giur.», 2006, 204 ss.

del sistema di responsabilità contrattuale dei danni patrimoniali e non patrimoniali trova fondamento nella “clausola generale” scritta nell’art. 1218 c.c. Infatti, la «logica dell’autonomia contrattuale non richiede di escludere le pretese risarcitorie prive di rango costituzionale, ma al contrario di dare rilevanza agli interessi riguardati dal programma contrattuale così come stabilito dalle parti»¹¹³. Tale principio è, oggi, sancito dalle Sezioni Unite le quali, nel distinguere il modello contrattuale (art. 1218 c.c.) da quello delittuale *ex art. 2059 c.c.*, affermano che, in caso d’inadempimento, v’è un «diretto accesso alla tutela di tutti i danni non patrimoniali», non essendo «necessario [...] verificare se l’interesse leso dalla condotta datoriale sia meritevole di tutela in quanto protetto a livello costituzionale»¹¹⁴.

La questione della eventuale tipicità dell’illecito non patrimoniale, quindi, può riguardare la sola responsabilità delittuale, in virtù della controversa sopravvivenza dell’art. 2059 c.c. Tuttavia questa proposta, che tenta di rimediare alla contestata interpretazione (*ex art. 2 Cost. e 2059 c.c.*) recepita in giurisprudenza nella «calda estate»¹¹⁵ del 2003, è stata considerata erronea¹¹⁶, sia perché raffronta improvvidamente «il *fatto* illecito “atipico” e la (presunta) “tipicità del danno non patrimoniale risarcibile»¹¹⁷, confondendo tra «norma di fattispecie (l’art. 2043) e norma di disciplina (l’art. 2059) che quella fattispecie postula»¹¹⁸, sia perché sembra porsi in contrasto con le argomentazioni addotte dalla Corte costituzionale e dalla stessa Cassazione.

Il fatto generatore del danno ingiusto «appartiene ad una struttura aperta di illecito civile, e in questo senso quel fatto è “sempre” atipico, qual che sia la specie di danni (patrimoniali e non) ad esso collegata»¹¹⁹. Inoltre, allorché si è considerato «inoperante»¹²⁰ il «limite derivante dalla riserva di legge correlata all’art. 185 c.p.», ogni qualvolta «la lesione ha riguardato

¹¹³ M.R. Marella, *op. ult. cit.*, 18.

¹¹⁴ Cass., Sez. un., 24 marzo 2006, n. 6572, *cit.*, 855.

¹¹⁵ L’espressione è di A. Procida Mirabelli di Lauro, *Il sistema di responsabilità civile dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 233/03*, in «Danno e resp.», 2003, 964.

¹¹⁶ M. Di Marzio, *op. cit.*, 17, per il quale la sentenza n. 15022 del 2005 «si fonda [...] su due errori alquanto evidenti e facili da segnalare».

¹¹⁷ G. Travaglino, *Il danno esistenziale tra metafisica e diritto*, in «Corriere giur.», 2007, 532.

¹¹⁸ G. Travaglino, *op. loc. cit.*

¹¹⁹ G. Travaglino, *op. loc. ult. cit.*

¹²⁰ Cfr. Cass., Sez. III, 31 maggio 2003, n. 8828, *cit.*, 817, e Cass., Sez. III, 31 maggio 2003, n. 8827, *cit.*, 822.

valori della persona costituzionalmente garantiti»¹²¹, e, soprattutto, allorché si è fondato il “risarcimento” del danno non patrimoniale, inteso «come categoria ampia, comprensiva di ogni ipotesi in cui sia lesa un valore inerente alla persona»¹²², direttamente sull’art. 2 Cost., al punto che lo stesso danno morale soggettivo, inteso come lesione dell’«interesse all’integrità morale»¹²³, appare «agevolmente ricollegabile all’art. 2 Cost.»¹²⁴, diviene poi contraddittorio evocare un sistema di tipicità del danno (*rectius*, illecito) non patrimoniale da torto. Tale concezione si scontra non soltanto con l’ormai unanime orientamento che individua nell’art. 2 Cost. una clausola generale “aperta”¹²⁵ che giuridifica il valore della persona¹²⁶, e non una semplice regola “riassuntiva” di diritti soggettivi tipizzati da specifiche norme di protezione, ma anche con l’efficacia delle «fonti internazionali recepite attraverso l’art. 10 Costituzione» e con quelle «sovranazionali (in primo luogo europee) che vanno a collocarsi, nella gerarchia, al di sopra delle norme di rango ordinario»¹²⁷. Ipotizzare un modello tipizzato per i danni non patrimoniali, contrapposto ad un sistema atipico per i danni patrimoniali, vorrebbe dire leggere all’inverso, in ordine ai rimedi, la “gerarchia dei valori”¹²⁸ che è a fondamento dell’odierno diritto civil-costituzionale.

Nel ricollegare «l’art. 2 Cost. all’art. 2059 c.c. piuttosto che all’art. 2043 c.c.», dottrina e giurisprudenza, probabilmente senza avvedersene, hanno «abroga[to] il limite di legge previsto dall’art. 2059 c.c., affermandone l’incostituzionalità»¹²⁹. Ed era «proprio per evitare questo inevitabile [...] esito» che, in epoca

¹²¹ Cass., Sez. III, 31 maggio 2003, n. 8828, *cit.*, 817, e Cass., Sez. III, 31 maggio 2003, n. 8827, *cit.*, 822.

¹²² Cass., Sez. III, 31 maggio 2003, n. 8828, *cit.*, 816, e Cass., Sez. III, 31 maggio 2003, n. 8827, *cit.*, 821; conf. Cass., Sez. III, 15 luglio 2005, n. 15022, *cit.*, 52.

¹²³ Cass., Sez. III, 31 maggio 2003, n. 8828, *cit.*, 818, e Cass., Sez. III, 31 maggio 2003, n. 8827, *cit.*, 822.

¹²⁴ Cass., Sez. III, 31 maggio 2003, n. 8828, *cit.*, 818, e Cass., Sez. III, 31 maggio 2003, n. 8827, *cit.*, 822.

¹²⁵ In questi termini, già P. Perlingieri, *La personalità umana nell’ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1972, 12 ss. e *passim*.

¹²⁶ D. Messinetti, *Personalità (diritti della)*, in «Enc. dir.», XXXIII, Milano, 1983, 355 ss.

¹²⁷ M. Di Marzio, *op. cit.*, 18.

¹²⁸ Che tale dato rappresenti un “elemento determinante”, sotteso a ciascun diritto, è sottolineato da L.-J. Constantinesco, *Il metodo comparativo*, *cit.*, 208 s.

¹²⁹ F. Gazzoni, *L’art. 2059 c.c. e la Corte costituzionale: la maledizione colpisce ancora*, in «Resp. civ. prev.», 2003, 1304, si chiede, retoricamente, se sia stato «corretto ricollegare l’art. 2 Cost. all’art. 2059 c.c. piuttosto che all’art. 2043 c.c.».

anteriore al 2003, la letteratura giuridica più avvertita aveva «aggirato l'ostacolo con il collegamento all'art. 2043 c.c., che il limite di legge non prevede»¹³⁰. Infatti, «tutti, ma proprio tutti gli interessi che fanno capo alla persona [...] in quanto tale [...] hanno o possono avere rilevanza costituzionale ex art. 2 Cost.»¹³¹. «Eliminato» il limite di legge di cui all'art. 2059 c.c., il nostro sistema di responsabilità civile è divenuto «monolitico, nel senso che tutti i danni, patrimoniali e non patrimoniali, sono risarcibili in base ai principi posti dall'art. 2043 c.c., ivi compresa la presunzione di colpa, se del caso»¹³².

Come si era, fin da subito, rilevato, la dichiarata “inoperatività” del limite di cui agli artt. 2059 c.c. e 185 c.p., nel caso di lesione di interessi costituzionalmente rilevanti, avrebbe sancito la nascita di una «neonata clausola generale»¹³³ di cui agli artt. 2059 c.c. e 2 Cost. la quale, in assenza dell'originario riferimento alla specifica fattispecie di reato, avrebbe mutuato dall'art. 2043 c.c. il criterio civilistico dell'“ingiustizia”¹³⁴, al fine di operare la selezione degli interessi «giuridicamente rilevanti»¹³⁵. La dottrina era stata concorde nel ravvisare sia una «dolce morte» dell'art. 2059 «per sopravvenuta inutilità di una sua persistente vita autonoma»¹³⁶, sia una “morte apparente” e una contestuale «resurrezione» di una teoria “monocentrica” della responsabilità civile¹³⁷ fondata, con funzione di *compensation*, sulla norma primaria¹³⁸ di cui all'art. 2043 c.c.

¹³⁰ Le espressioni tra virgolette sono di F. Gazzoni, *op. loc. cit.*

¹³¹ F. Gazzoni, *op. cit.*, 1306.

¹³² F. Gazzoni, *op. cit.*, 1305, ove precisa che tale esito è «reso possibile anche dal fatto che, sul piano formale, l'art. 2043 c.c. parla di “danno ingiusto” e di “obbligo di risarcire il danno”, senza mai precisare che il danno deve essere patrimoniale». In questi termini, A. Procida Mirabelli di Lauro, *Il danno ingiusto (Dall'ermeneutica “bipolare” alla teoria generale e “monocentrica” della responsabilità civile)*, parte II, in questa «Rivista», 2003, 219-264. Un'ampia illustrazione di quest'ultima ricostruzione è in E. Guerinoni, *La nozione generale di danno, in I danni risarcibili nella responsabilità civile*, vol. I, *Il danno in generale, Il diritto civile nella giurisprudenza*, a cura di P. Cendon, Torino, 2005, 106 ss.

¹³³ A. Procida Mirabelli di Lauro, *L'art. 2059 c.c. va in Paradiso*, in «Danno e resp.», 2003, 833.

¹³⁴ A. Procida Mirabelli di Lauro, *op. ult. cit.*, 834.

¹³⁵ L'espressione è stata “codificata” da Cass., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500, in «Giust. civ.», 1999, I, 2270.

¹³⁶ F.D. Busnelli, *Chiaroscuri d'estate. La Corte di Cassazione e il danno alla persona*, in «Danno e resp.», 2003, 827; e già, P. Cendon, *Anche se gli amanti si perdono, l'amore non si perderà*, in questa «Rivista», 2003, 385.

¹³⁷ A. Procida Mirabelli di Lauro, *Morte e resurrezione di una teoria generale e monocentrica della responsabilità civile*, in questa «Rivista», 2003, 621 ss.

¹³⁸ Tale qualificazione è stata autorevolmente ribadita da Cass., Sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, *cit.*, 2270.

Tali considerazioni sono oggi confermate sia da chi ravvisa, nella più recente evoluzione della giurisprudenza di merito e di legittimità, una sostanziale abrogazione dell'art. 2059 c.c.¹³⁹, reso, ormai, un «inutile duplicato dell'art. 2043 c.c.»¹⁴⁰; sia, soprattutto, dalla stessa Cassazione, che esplicitamente discorre di «un'ingiusta lesione di valori della persona costituzionalmente garantiti, dalla quale [...] conseguano pregiudizi non suscettibili di valutazione economica, senza soggezione al limite derivante dalla riserva di legge correlata principalmente all'articolo 185 c.p.»¹⁴¹. Per affermazione delle stesse sentenze *leader*, «l'art. 2059 non delinea una distinta figura di illecito produttiva di danno non patrimoniale», postulando, il suo risarcimento, «la verifica della sussistenza degli elementi nei quali si articola l'illecito civile extracontrattuale definito dall'art. 2043»¹⁴².

Il danno non patrimoniale da torto, in assenza del collegamento ad una specifica fattispecie di reato che espliciti, a volta a volta, i suoi peculiari “elementi costitutivi”, è risarcibile in quanto *danno ingiusto non patrimoniale*. L'ingiustizia del danno assurge ad unico possibile criterio di selezione degli interessi «giuridicamente rilevanti»¹⁴³, meritevoli di protezione secondo l'ordinamento civil-costituzionale, delineando un *sistema unitario* ispirato all'atipicità dei fatti produttivi di danni risarcibili, sia nel campo del danno patrimoniale, sia in quello del danno non patrimoniale.

6. Il tentativo di desumere un limite alla risarcibilità dei danni micro (e macro) esistenziali da una presunta tipicità del sistema di riparazione del danno non patrimoniale non sembra, quindi, una strada ragionevolmente percorribile. Innanzitutto, perché tale conclusione potrebbe riguardare la sola responsabilità extracontrattuale. Poi, per l'evidente difficoltà di fondare un sistema tipico di rimedi delittuali su una clausola generale (art. 2 cost.) che riconosce e garantisce in modo atipico i “diritti”

¹³⁹ Tra gli altri, M. Di Marzio, *Danno esistenziale*, cit., 18.

¹⁴⁰ A. Procida Mirabelli di Lauro, *L'art. 2059 c.c.*, cit., 834; e ora, M. Di Marzio, *op. loc. ult. cit.*, per il quale l'art. 2059 c.c. è stato «sostituito da una sorta di articolo 2043 *bis* dedicato al danno non patrimoniale».

¹⁴¹ Questa espressione, comune a tutte le più recenti decisioni della Suprema corte, è tratta dalla stessa sentenza (Cass., Sez. III, 15 luglio 2005, n. 15022, *cit.*, 52) che, al contrario, tenta di dimostrare la tipicità del danno non patrimoniale.

¹⁴² Cass., Sez. III, 31 maggio 2003, n. 8828, *cit.*, 818, e Cass., Sez. III, 31 maggio 2003, n. 8827, *cit.*, 822.

¹⁴³ Così Cass., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500, *cit.*, 2270.

della persona. L'argomento, inoltre, pecca, nel contempo, per eccesso e per difetto. Per eccesso, poiché non sarebbe necessario affermare la tipicità del sistema di riparazione degli illeciti non patrimoniali per dimostrare la non risarcibilità dei danni micro-esistenziali. Per difetto, poiché questi potrebbero essere risarciti anche in un modello ispirato ad una pretesa tipicità dei diritti della persona. Per citare, ad esempio, i casi micro-esistenziali anche più estremi, decisi dai giudici di merito, l'illegittima introduzione di materiale pubblicitario nella cassetta della posta incide sul "fondamentale" diritto della persona alla tutela della propria sfera di privacy; così, l'improvvisa sospensione del servizio farmaceutico pone in pericolo la tutela del "fondamentale" diritto alla salute, soprattutto per quei pazienti che necessitano di cure quotidiane e che non hanno potuto approvvigionarsi dei farmaci necessari; infine, lo stesso danno patito dal tifoso può essere ricollegato ad una lesione del "fondamentale" diritto a realizzare la propria personalità, soprattutto se si ha riguardo alla peculiare "filosofia di vita" del tifoso napoletano, che sovente antepone l'amore per la propria squadra ad altri bisogni primari.

Anche chi propone di "ripensare" il sistema dei danni non patrimoniali sulla base di una «impronta tipizzante»¹⁴⁴ dei diritti inviolabili di cui all'art. 2 Cost. ammette che tale sistema «deve essere necessariamente dinamico, e non rigidamente chiuso e statico, poiché mutano incessantemente le aggressioni all'uomo che richiedono uno spazio di tutela intangibile (si pensi, da ultimo, alla clonazione, alle pratiche eugenetiche, al commercio di organi, al controllo di dati personali)»¹⁴⁵. Ed è evidente che «i caratteri della giuridicità e della forza inviolabile dell'interesse non possono attingersi [...] che all'interno del sistema»¹⁴⁶. Ma tale argomento non sembra sufficiente a confutare «l'idea di una semplice connotazione aperta dell'art. 2 C.»¹⁴⁷. Lo stesso amplissimo catalogo dei "diritti inviolabili", quale «genus dotato di una capacità espansiva autopoietica»¹⁴⁸, reso a titolo esemplificativo e senza pretesa di completezza¹⁴⁹, ne è la prova evidente. Un'autorevole dottrina resta ancora in

¹⁴⁴ E. Navarretta, *Ripensare il sistema dei danni non patrimoniali*, in «Resp. civ. prev.», 2004, 8.

¹⁴⁵ E. Navarretta, *op. ult. cit.*, 9.

¹⁴⁶ E. Navarretta, *op. loc. ult. cit.*

¹⁴⁷ Non così, invece, E. Navarretta, *op. loc. ult. cit.*

¹⁴⁸ E. Navarretta, *op. loc. ult. cit.*

¹⁴⁹ Cfr., infatti, E. Navarretta, *op. ult. cit.*, 9-12.

attesa «che qualcuno [...] indichi un solo caso di danno alla persona che non sarebbe risarcibile, in quanto non ricollegabile all'art. 2 Cost.»¹⁵⁰.

Malgrado il tenore delle espressioni talvolta utilizzate¹⁵¹, l'attuale sistema di riparazione del danno non patrimoniale non sembra poter essere contestato quale espressione di una «costituzionalizzazione» dei danni¹⁵². È la lesione dell'interesse «giuridicamente»¹⁵³ e/o costituzionalmente rilevante ad essere l'unico fondamento del risarcimento del danno patrimoniale e di quello non patrimoniale. Non è il risarcimento del danno, invece, almeno in Italia, a poter «costituzionalizzare» l'interesse, così come talvolta avviene in quei diritti che, prescindendo, per tradizione, dalla retorica costituzionale e dalla stessa qualificazione a priori dell'interesse, pragmaticamente muovono, «al contrario, dai tipi di danno che sono giuridicamente riparabili» al fine di «indurre gli interessi che sono protetti»¹⁵⁴.

Tale posizione è confermata anche da chi sembra non condividere lo «stupore»¹⁵⁵ della dottrina «per l'accoglimento di un concetto di ingiustizia del danno “alternativo” rispetto a quello dell'art. 2043 c.c.»¹⁵⁶. «Non vi è dubbio», infatti, «che il risarcimento del danno non patrimoniale debba necessariamente trascorrere per il requisito dell'ingiustizia, e che il filtro per la selezione delle pretese risarcitorie debba opportunamente collocarsi su tale requisito anziché sul piano delle conseguenze dannose, per le quali opera semmai il criterio della causalità»¹⁵⁷.

«Assolutamente vana»¹⁵⁸ è parsa, infine, l'idea di escludere il risarcimento dei danni esistenziali sulla base della «intensità in concreto dell'offesa» e della sua «oggettiva tollerabilità»¹⁵⁹.

¹⁵⁰ F. Gazzoni, *L'art. 2059 c.c.*, cit., 1306.

¹⁵¹ Per una critica delle quali, cfr. E. Navarretta, *op. ult. cit.*, 5.

¹⁵² Così, invece, E. Navarretta, *op. loc. ult. cit.*

¹⁵³ In questi termini, Cass., Sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, *cit.*, 2270. Per una ricostruzione delle definizioni dell'ingiustizia nella dottrina italiana, come «interesse giuridicamente tutelato e protetto nella vita di relazione», «interesse giuridicamente rilevante», «interesse socialmente apprezzabile», «interesse *tout court*», cfr. V. Scalisi, *Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile*, in «Riv. dir. civ.», 2004, I, 38 s., in nota 35.

¹⁵⁴ Lo rileva, ma con riferimento al diritto francese, M. Fabre-Magnan, *Avortement et responsabilité médicale*, in «Rev. trim. dr. civ.», 2001, 302.

¹⁵⁵ Manifestato, ad es., da P. Ziviz e F. Bilotta, *Danno esistenziale*, cit., 1315.

¹⁵⁶ Cfr., infatti, D. Poletti, *Manifesta inammissibilità per l'ennesima questione di legittimità costituzionale dell'art. 2059 c.c.*, in «Resp. civ. prev.», 2005, 660.

¹⁵⁷ D. Poletti, *op. loc. ult. cit.*

¹⁵⁸ F. Gazzoni, *op. cit.*, 1307.

¹⁵⁹ Per tale proposta v., invece, E. Navarretta, *op. ult. cit.*, 14.

Affermare che la valutazione d'ingiustizia debba «scattare [...] solo una volta che il danno superi una certa entità»¹⁶⁰, e che non dovrebbe «stupire che il tipo e la gravità dell'offesa possano incidere sull'identificazione del diritto o del valore lesi, poiché è proprio dalle aggressioni che nasce l'impulso ad affermare la tutela giuridica degli interessi»¹⁶¹, significa utilizzare proprio quello stesso metodo inverso, che si è contestato per la “costituzionalizzazione” dei danni, al fine di dedurre l'esistenza dell'interesse protetto dal danno risarcito.

Una diversa proposta, invece, conferisce al giudice il compito di limitare il risarcimento a quei danni che sarebbero «significativi secondo una valutazione sociale tipica»¹⁶², in considerazione del «disvalore sociale» che «una certa lesione assume in un certo momento storico»¹⁶³. Trasponendo il problema sul piano degli interessi giuridicamente e/o costituzionalmente rilevanti¹⁶⁴, ciò non significa che il giudice possa creare un qualsiasi dovere «secondo il modo in cui riterrà opportuno interpretare la coscienza collettiva in un determinato momento storico»¹⁶⁵, bensì che l'ingiustizia del danno debba «ritenersi operante in tutte le situazioni per le quali è prevista una qualsiasi forma di protezione»¹⁶⁶. L'ingiustizia, a seguito del contatto sociale «tra due diverse situazioni, individuate e distinte dalla lesione»¹⁶⁷, «si palesa come giudizio di valore, da pronunciare sulla base di una considerazione di carattere obiettivo»¹⁶⁸. Si risolve nell'istituzione di un «ordine assiologico di prevalenza tra le contrapposte posizioni soggettive dell'agente e della vittima attraverso la individuazione di precisi criteri decisori, risolutori del conflitto», i quali non sarebbero «determinabili *a priori* e una volta per tutte, ma solo *a posteriori*, ed avendo riguardo alla particolare natura dei beni e servizi colpiti, alla specifica condizione dei soggetti coinvolti, al rango degli interessi sottesi all'in-

¹⁶⁰ Critica tale soluzione P. Ziviz, *Brevi riflessioni sull'ingiustizia del danno non patrimoniale*, in «Resp. civ. prev.», 2003, 1341.

¹⁶¹ E. Navarretta, *op. ult. cit.*, 16.

¹⁶² Così, P. Ziviz e F. Bilotta, *op. cit.*, 1317; M.R. Marella, *Le conseguenze*, cit., 19.

¹⁶³ M. Franzoni, *Il danno esistenziale è il nuovo danno non patrimoniale*, in «Corriere giur.», 2006, 1393.

¹⁶⁴ Secondo l'insegnamento di S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964 (rist. 1967), 112, 199 ss.

¹⁶⁵ S. Rodotà, *op. cit.*, 112.

¹⁶⁶ S. Rodotà, *op. cit.*, 112 s.

¹⁶⁷ S. Rodotà, *op. cit.*, 113, in nota 76.

¹⁶⁸ S. Rodotà, *op. cit.*, 114.

tera vicenda»¹⁶⁹. La fonte alla quale «attingerli resta e deve restare il sistema, interrogato ed esplorato nella totalità e globalità dei suoi valori e dei suoi principi, dei suoi *standards* valutativi, delle sue regole e norme generali, come pure delle sue disposizioni particolari e casuali, quali è possibile desumere anche dalla prassi attuativa e adeguatrice dello stesso diritto»¹⁷⁰. Guardando, anche oltre la Costituzione, al preminente diritto dell'Unione europea e a quello uniforme, «come pure a quell'universo normativo di formazione spontanea»¹⁷¹. Spetta comunque al giudice esprimere il giudizio d'ingiustizia, decidere sulla reale entità del danno e delle sue conseguenze, respingere eventuali «pretese inconsistenti e capricciose»¹⁷². Non sembra proficuo nutrire una generalizzata sfiducia nell'opera delle corti¹⁷³, soprattutto in un settore, come quello della responsabilità civile, che in ogni paese ha la sua fonte primaria proprio nella giurisprudenza. Anche il diritto tedesco che, più di ogni altro, volle riservare al legislatore, anziché al giudice, la selezione degli interessi protetti (§ 823 ss. BGB), a distanza di un secolo è stato integralmente rimodellato dalla giurisprudenza, la quale, con soluzioni sovente coraggiose¹⁷⁴, ha colmato le principali lacune dei sistemi di responsabilità delittuale e contrattuale.

Pare opportuno ribadire, quindi, con la più avvertita dottrina¹⁷⁵, il carattere *primario, prioritario, unitario e sistemico-asiologico* del giudizio d'ingiustizia, che non può essere, a piacimento dell'interprete, suddiviso in molteplici e multiformi "livelli"¹⁷⁶, secondo che il danno sia patrimoniale o non patrimoniale, o in una «*iniuria* nell'art. 2043 c.c.» che si vorrebbe contrapposta all'«*iniuria* nell'art. 2059 c.c.»¹⁷⁷. Tale conclusione

¹⁶⁹ Così, V. Scalisi, *op. cit.*, 56, e P.G. Monateri, *Colpa, dolo e danno ingiusto*, in «Danno e resp.», 2006, 1191.

¹⁷⁰ V. Scalisi, *op. loc. ult. cit.*

¹⁷¹ V. Scalisi, *op. loc. ult. cit.*

¹⁷² L'espressione è tratta da P. Ziviz e F. Bilotta, *op. ult. cit.*, 1317, in nota 29.

¹⁷³ Cfr., invece, F. Gazzoni, *op. cit.*, 1307 ss.

¹⁷⁴ Per un elenco delle quali, si rinvia a L.-J. Constantinesco, *op. cit.*, 146 ss., 242-248.

¹⁷⁵ Oltre agli Autori già citati, cfr. A. Jannarelli, *Il «sistema» della responsabilità civile proposto dalla Corte costituzionale ed i «problemi» che ne derivano*, in «Giur. it.», 1995, I, 415. Con riferimento alla riparazione in forma specifica, M.R. Marella, *La riparazione del danno in forma specifica*, Padova, 2000, 65 ss., 250 ss.

¹⁷⁶ Così, invece, P. Ziviz e F. Bilotta, *op. cit.*, 1315.

¹⁷⁷ Tale tesi, seguita da E. Navarretta, *I danni non patrimoniali nella responsabilità extracontrattuale*, in *I danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, a cura di E. Navarretta, Milano, 2004, 35 s., è così sintetizzata da D. Poletti, *op. ult. cit.*, 657.

è sottolineata dalla stessa Cassazione la quale, nel portare a compimento l'itinerario già intrapreso, chiarisce che «la norma in tema di danni non patrimoniali, di cui all'art. 2059 c.c.», non è costruita in termini «di restrizione della responsabilità extracontrattuale, la quale è regolata in termini generali dall'art. 2043 c.c. ed in termini speciali dalle norme successive (artt. 2044-2054), con riferimento a fattispecie specifiche»¹⁷⁸. Sono soltanto tali norme a individuare, «per così dire a monte, se un soggetto è responsabile o meno extracontrattualmente, e ciò indipendentemente dal punto se il danno sia patrimoniale o meno»¹⁷⁹.

7. Dimostratosi impervio il tentativo di costruire un argine al risarcimento dei danni (micro e macro) esistenziali sulla base di un preteso principio di tipicità, le Sezioni Unite della Cassazione, nel riconoscere il danno esistenziale del prestatore di lavoro da «inadempimento contrattuale»¹⁸⁰ (*ex* artt. 1218, 2103 e 2087 c.c.), hanno mutato orientamento. La delimitazione dell'area dei danni risarcibili è stata spostata, in modo pragmatico, sul piano dell'onere della prova, in ossequio ai corollari che deriverebbero dall'adesione alla tesi c.d. «conseguenzialistica»¹⁸¹.

Il danno esistenziale, «concretandosi in una modificazione dell'agire del singolo»¹⁸², in «scelte di vita diverse da quelle che si sarebbero adottate se non si fosse verificato l'evento dannoso»¹⁸³, sarebbe «agevolmente accertabile [...] in via oggettiva, ovvero sulla base di indici più sicuri di quelli che suggeriscono l'esistenza di un danno morale soggettivo»¹⁸⁴. A differenza di quest'ultimo, che, quale danno *in re ipsa*, dispenserebbe l'attore dall'onere di provare l'evento dannoso¹⁸⁵, il danno esistenziale richiederebbe l'integrale assolvimento dell'onere probatorio, sia pure «attraverso tutti i mezzi che l'ordinamento processuale pone a disposizione»¹⁸⁶. In mancanza di «allegazioni sulla natura e le caratteristiche del danno esistenziale» non sarebbe possibile, per il giudice, «neppure la liquidazione in forma equi-

¹⁷⁸ Cass., Sez. III, 1° giugno 2004, n. 10482, *cit.*, 956.

¹⁷⁹ Cass., Sez. III, 1° giugno 2004, n. 10482, *cit.*, 956.

¹⁸⁰ Cass., Sez. un., 24 marzo 2006, n. 6572, *cit.*, 854.

¹⁸¹ Il termine è utilizzato da P. Cendon e P. Ziviz, *Il risarcimento*, *cit.*, 40.

¹⁸² Cass., Sez. I, 4 ottobre 2005, n. 19354, *cit.*, 23.

¹⁸³ Cass., Sez. un., 24 marzo 2006, n. 6572, *cit.*, 856.

¹⁸⁴ Cass., Sez. I, 4 ottobre 2005, n. 19354, *cit.*, 23.

¹⁸⁵ In questi termini, tra i tanti, G. Ponzanelli, *Le tre voci*, *cit.*, 9.

¹⁸⁶ Cass., Sez. un., 24 marzo 2006, n. 6572, *cit.*, 856.

tativa, perché questa, per non trasmodare nell'arbitrio, necessita di parametri a cui ancorarsi»¹⁸⁷.

In entrambi i casi nei quali è stato seguito questo indirizzo, in forma ora implicita¹⁸⁸, ora esplicita¹⁸⁹, la Cassazione, pur ammettendo in astratto l'esistenza dei danni esistenziali derivanti, rispettivamente, dalla irragionevole durata del processo e dall'avvenuto "demansionamento", in concreto non ne ha ravvisato la sussistenza, affermando che l'attore non era stato in grado di assolvere all'onere probatorio. Questi avrebbe dimostrato «non già – come si dovrebbe – il danno conseguenza della lesione, e cioè l'esistenza dei riflessi pregiudizievoli prodotti nella vita dell'istante attraverso una negativa alterazione dello stile di vita, ma l'esistenza della lesione medesima»¹⁹⁰. In sostanza, «l'esistenza del danno si è fatta erroneamente coincidere con la esistenza della lesione»¹⁹¹.

Se questo orientamento dovesse essere generalizzato di là dal danno da demansionamento, v'è il rischio che la novella (ri)qualificazione in termini di danno esistenziale di danni che da sempre sono stati considerati morali potrebbe tradursi, per i fautori della nuova dottrina, in una vera e propria "vittoria di Pirro", anzi di "Pirrone"¹⁹², per citare le parole di un indimenticato studioso. La contestata distinzione, tipicamente italiana, tra danni *in re ipsa* e danni che non sarebbero *in re ipsa*, secondo la quale sarebbero danni-conseguenza tutti gli eventi dannosi, ad eccezione (ma non è chiaro il perché) dei soli danni morali, che muove dalla critica del danno quale "lesione di un interesse giuridicamente rilevante", salvo poi contraddirsi di continuo¹⁹³, e che confonderebbe il problema del danno risarcibile con quello del nesso causale¹⁹⁴, diviene il controverso espediente dogmatico che consentirebbe di poter risarcire sempre il

¹⁸⁷ Cass., Sez. un., 24 marzo 2006, n. 6572, *cit.*, 857.

¹⁸⁸ Cass., Sez. I, 4 ottobre 2005, n. 19354, *cit.*, 23.

¹⁸⁹ Cass., Sez. un., 24 marzo 2006, n. 6572, *cit.*, 856 s.

¹⁹⁰ Cass., Sez. un., 24 marzo 2006, n. 6572, *cit.*, 857.

¹⁹¹ Cass., Sez. un., 24 marzo 2006, n. 6572, *cit.*, 857.

¹⁹² G. Giannini, *La vittoria di Pirrone*, in «Resp. civ. prev.», 1994, 990 ss.

¹⁹³ Sottolinea le contraddizioni nelle quali incorre tale orientamento, A. Procida Mirabelli di Lauro, *La responsabilità civile*, *cit.*, 102 s., ove rileva come, a fronte delle declamazioni della Terza Sezione della Cassazione, la definizione del danno quale lesione di un interesse giuridicamente rilevante è sancita dalla più autorevole giurisprudenza delle Sezioni Unite (ad es., Cass., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500, *cit.*, 2270), della Corte costituzionale (da ultima, Corte cost., 11 luglio 2003, n. 233, *cit.*, 941), e della stessa Terza Sezione civile (Cass., 31 maggio 2003, n. 8828, *cit.*, 817, e Cass., 31 maggio 2003, n. 8827, *cit.*, 822).

¹⁹⁴ Almeno secondo A. Procida Mirabelli di Lauro, *op. loc. ult. cit.*

“semplice” danno morale soggettivo e, viceversa, con estrema difficoltà, un danno, come quello esistenziale che, a dispetto dell’inedito blasone, presenta le medesime difficoltà di prova del danno morale.

Le conclusioni delle Sezioni unite sono parse ancor meno condivisibili, trattandosi, nella specie, di un prestatore di lavoro subordinato che era nell’impossibilità di accedere ad informazioni rilevanti, come quelle relative al programma di riassetto aziendale ed alla conseguente redistribuzione degli incarichi, che sarebbero state indispensabili ai fini di provare “oggettivamente” il danno¹⁹⁵. I giudici avrebbero dovuto (*ex art. 115 c.p.c.*) dare rilievo «ad indizi, presunzioni semplici ovvero massime di esperienza» ispirate a «“criteri di normalità o di tipicità sociale”»¹⁹⁶.

Tuttavia, il maggior rigore probatorio richiesto alla vittima del danno esistenziale rischia di trasformarsi nell’ennesima *fictione*¹⁹⁷ che, edificata troppo rapidamente, crolla ai primi rilievi della critica. La conferma si ha in una successiva sentenza nella quale la Cassazione muta, nella sostanza, nuovamente orientamento. Le conclusioni in tema di prova elaborate dalle Sezioni unite sono limitate ai soli rapporti di lavoro¹⁹⁸, mentre, in materia di «danno da uccisione», è ammesso «il ricorso a valutazioni prognostiche ed a presunzioni»¹⁹⁹. «Nella deduzione dal fatto noto a quello ignoto» il giudice di merito incontrerebbe «il solo limite del principio di probabilità: non occorre, cioè, che i fatti, su cui la presunzione si fonda, siano tali da far apparire la esistenza del fatto ignoto come l’unica conseguenza possibile dei fatti accertati secondo un legame di necessità assoluta ed esclusiva [...], ma è sufficiente che l’operata interferenza sia effettuata alla stregua di un canone di ragionevole probabilità, con riferimento alla connessione degli accadimenti la cui nor-

¹⁹⁵ Cfr. F. Malzani, *Il danno da demansionamento professionale e le Sezioni Unite*, in «Danno e resp.», 2006, 861.

¹⁹⁶ F. Malzani, *op. loc. cit.*

¹⁹⁷ F. Malzani, *op. cit.*, 858.

¹⁹⁸ Cass., Sez. III, 12 giugno 2006, n. 13546, *cit.*, 848, afferma che, anche se «nell’ambiente familiare è astrattamente possibile che la perdita dello stretto congiunto (coniuge o genitore) possa non determinare conseguenze pregnanti nella sfera soggettiva» delle vittime *par ricochet*, «tale conseguenza appare invero nei normali rapporti di vita familiare assolutamente meno probabile e frequente che non nei rapporti di tipo lavorativo, come quello preso in considerazione da Cass., Sez. Un., 24/03/2006, n. 6572».

¹⁹⁹ Cass., Sez. III, 12 giugno 2006, n. 13546, *cit.*, 846; e già Cass., Sez. III, 15 luglio 2005, n. 15022, *cit.*, 53.

male sequenza e ricorrenza può verificarsi secondo regole di esperienza»²⁰⁰.

In tal modo, la “presunzione” di danno esistenziale opera nuovamente a favore della vittima (immediata o *par ricochet*), mentre è la parte «contro cui gioca la presunzione» a dover «fornire la prova contraria»²⁰¹. Il ricorso alle presunzioni ed alle regole di comune esperienza induce a ritenere che «quanto più stretto è il rapporto parentale tanto più è intenso il dolore, specie se al rapporto si associa la convivenza»²⁰². È sufficiente, per la vittima *par ricochet*, provare «il fatto-base della sussistenza di un rapporto di coniugio o di filiazione e della convivenza con il congiunto defunto» per dimostrare che «la privazione di tale rapporto presuntivamente determina ripercussioni [...] sia sull’assetto degli stabiliti ed armonici rapporti del nucleo familiare, sia sul modo di relazionarsi degli stretti congiunti del defunto (anche) all’esterno di esso rispetto ai terzi, nei comuni rapporti della vita di relazione»²⁰³.

8. Un ulteriore mutamento di prospettiva si ha in una più recente sentenza della Cassazione, pur sempre della Terza Sezione civile, che, nel decidere ancora una volta su un «danno ingiusto parentale conseguente alla morte» di un minore, qualifica tale danno non come esistenziale, ma come *danno morale ingiusto*, risarcibile sulla base del principio di riparazione integrale²⁰⁴. La Cassazione sottolinea l’autonoma funzione soddisfattiva e/o punitiva del “danno da reato”²⁰⁵, affermando che la «presenza di un fatto reato lesivo della persona» debba rilevare «come peso, come entità da valutare ai fini della complessa valutazione del danno parentale morale»²⁰⁶.

L’obiter dictum più significativo riguarda senz’altro il «danno ingiusto da morte»²⁰⁷. La Suprema corte considera, ancora una volta, la «struttura dell’illecito [...] identica a quella descritta dall’art. 2043 del codice civile, come clausola generale del *neminem laedere*, ovvero come principio regolatore della

²⁰⁰ Cass., Sez. III, 12 giugno 2006, n. 13546, *cit.*, 847.

²⁰¹ Cass., Sez. III, 12 giugno 2006, n. 13546, *cit.*, 847 s.

²⁰² Cass., Sez. III, 12 giugno 2006, n. 13546, *cit.*, 848.

²⁰³ Cass., Sez. III, 12 giugno 2006, n. 13546, *cit.*, 848.

²⁰⁴ Cass., Sez. III, 12 luglio 2006, n. 15760, *cit.*, 1376.

²⁰⁵ In questi termini, già A. Procida Mirabelli di Lauro, *Il danno ingiusto*, parte II, *cit.*, 249 ss.

²⁰⁶ Cass., Sez. III, 12 luglio 2006, n. 15760, *cit.*, 1377.

²⁰⁷ Cass., Sez. III, 12 luglio 2006, n. 15760, *cit.*, 1375.

materia della responsabilità aquiliana»²⁰⁸. L'esplicito riferimento ad una delle più significative sentenze delle Sezioni unite²⁰⁹ testimonia come l'ingiustizia del danno rappresenti l'unico criterio di selezione degli «interessi giuridicamente rilevanti», anche con riferimento ai danni non patrimoniali.

Con una radicale inversione di tendenza rispetto ad un controverso orientamento giurisprudenziale che, nel distinguere tra vita e salute come beni “ontologicamente” diversi, aveva limitato la riparazione *iure hereditatis* del danno da morte alle ipotesi in cui il decesso fosse seguito dopo un apprezzabile arco di tempo²¹⁰, la Cassazione riconosce in maniera generalizzata il risarcimento del «danno da morte come perdita della integrità e delle speranze di vita biologica, in relazione alla lesione del diritto inviolabile della vita, tutelato dall'art. 2 della Costituzione [...], ed ora anche dall'art. II-62 della Costituzione europea, nel senso di diritto ad esistere»²¹¹. La sentenza, nel rilevare che «la morte cerebrale non è mai immediata, con due eccezioni: la decapitazione o lo spapolamento del cervello», afferma che, a differenza di queste due ultime ipotesi, «anche il danno da morte, come danno ingiusto da illecito, è [sempre] trasferibile *mortis causa*, facendo parte del credito del defunto verso il danneggiante ed i suoi solidali»²¹².

Le problematiche relative al danno biologico da morte e al danno morale del defunto trasmissibili *iure hereditatis*, però, assumono rilievo di «obiter sistematico (descrittivo dell'intera tutela oggi esperibile)», poiché gli attori avevano chiesto, *iure proprio*, il risarcimento del solo «danno ingiusto parentale conseguente alla morte del congiunto»²¹³. È probabile, ed auspicabile, tuttavia, che la regola relativa al risarcimento *iure hereditario* dei danni biologico e morale del defunto divenga quanto prima la *ratio decidendi* di un nuovo orientamento della Cassazione, così come già avvenuto in molteplici settori nei quali, seguendo

²⁰⁸ Cass., Sez. III, 12 luglio 2006, n. 15760, *cit.*, 1375.

²⁰⁹ Cass., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500, *cit.*, 2270.

²¹⁰ L'orientamento della Cassazione (Cass., 27 dicembre 1994, n. 11169, e Cass., 6 ottobre 1994, n. 8177, in «Foro it.», 1995, I, cc. 1853 ss., 1863 ss.; Cass., 25 febbraio 1997, n. 1704, e Cass., 26 settembre 1997, n. 9470, in «Giur. it.», 1998, 1589; Cass., 12 novembre 1999, n. 12756, in «Danno e resp.», 2000, 995 s.; Cass., 2 aprile 2001, n. 4783, *ivi*, 2002, 147; Cass., 24 febbraio 2003, n. 2775, e Cass., 16 maggio 2003, n. 7632, *ivi*, 2003, 1078 ss.; Cass., 3 ottobre 2003, n. 14767, *ivi*, 2004, 255 ss.) si ispira a Corte cost., 27 ottobre 1994, n. 372, in «Foro it.», 1994, I, c. 3298 ss.

²¹¹ Cass., Sez. III, 12 luglio 2006, n. 15760, *cit.*, 1376.

²¹² Cass., Sez. III, 12 luglio 2006, n. 15760, *cit.*, 1376.

²¹³ Cass., Sez. III, 12 luglio 2006, n. 15760, *cit.*, 1376.

uno stile tipicamente anglosassone, l'inedito *obiter dictum* tende a trasformarsi in *ratio decidendi*²¹⁴.

9. La discussione degli orientamenti esaminati in questo saggio offre l'opportunità di ribadire alcune idee proposte, proprio su questa autorevole Rivista, poco prima che prendesse l'avvio la "rivoluzione" del 2003.

La giurisprudenza più avvertita sembra univoca, finalmente, nel sottolineare il ruolo primario assunto dal giudizio d'ingiustizia nella riparazione dei danni, sia patrimoniali, sia non patrimoniali, di origine delittuale²¹⁵. Ed è per rimarcare tale aspetto che queste pagine sono dedicate al danno "ingiusto" non patrimoniale, mentre avrebbero potuto essere intitolate al "nuovo danno non patrimoniale", concernendo più ampie problematiche relative alla responsabilità non soltanto delittuale, ma anche contrattuale. Anche chi segue un orientamento "consequenzialista"²¹⁶ ammette, oggi, come il piano della valutazione dell'ingiustizia sia essenziale e logicamente antecedente rispetto al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali che, quali danni-conseguenza, rappresentano voci da prendere in considerazione ai soli fini della quantificazione dell'obbligazione risarcitoria²¹⁷. Il tratto comune dell'ingiustizia del danno sancisce, nell'unitarietà dell'ordinamento, il definitivo superamento della tesi bipolare²¹⁸, fondata su una inconsistente contrapposizione tra danno patrimoniale e danno non patrimoniale, e consente una possibile riunificazione del sistema di responsabilità civile extracontrattuale (così come delineato dagli artt. 1151 cc. del 1865 e 1382 *code Nap.*)²¹⁹, con funzione di *compensation*, con riguardo ad un medesimo evento dannoso risarcibile, sia esso produttivo di conseguenze patrimoniali e/o non patrimoniali²²⁰.

²¹⁴ U. Mattei, *Il modello di Common Law*, II ed. a cura di L. Antonioli Deflorian, Torino, 2004, 140 ss., 149 ss.

²¹⁵ Per questa prospettiva, A. Procida Mirabelli di Lauro, *Il danno ingiusto*, parte I e II, cit., *passim*.

²¹⁶ Come, ad es., A. Jannarelli, *Il «sistema»*, cit., 415.

²¹⁷ Testualmente, A. Jannarelli, *op. loc. ult. cit.*

²¹⁸ Per una critica della quale, si rinvia ad A. Procida Mirabelli di Lauro, *Il danno ingiusto*, parte II, cit., 220 ss.

²¹⁹ Sul punto, A. Procida Mirabelli di Lauro, *Le trasfigurazioni del sistema di responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, in *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di M. Bussani, Napoli, 2006, 78 ss.

²²⁰ Così, già A. Procida Mirabelli di Lauro, *Il danno ingiusto*, parte II, cit., 221 ss. e *passim*.

Distinguere tra “ingiustizia” e “iniuria”²²¹, o frantumare un procedimento che, per definizione, è unitario, in una pluralità di “livelli” e di scansioni²²², diviene un sofisticato gioco di parole. Non tanto, perché la tipicità da *inuria* rimarrebbe comunque confinata alla sola responsabilità delittuale; o perché l'*iniuria* fu considerata, dallo stesso legislatore, come un sinonimo, oggi obsoleto e sorpassato, dell’“ingiustizia” del danno. Quanto perché il carattere valoristico, sistemico ed assiologico del giudizio d’ingiustizia è del tutto incompatibile con un siffatto argomentare, rappresentando, invece, l’unico «vero criterio arbitratore dal quale viene fatta dipendere l’allocazione del danno»²²³. La scomposizione del danno non patrimoniale in una pluralità di “voci” risolve in negativo, e definitivamente, l’interrogativo sulla presunta tipicità (degli illeciti che sono causa) dei danni non patrimoniali. Poiché, se già un danno mal si presta ad essere qualificato in termini di tipicità o di atipicità, a maggior ragione una siffatta congettura non può riguardare la singola “voce” di cui un danno si compone. La stessa giurisprudenza della Cassazione, che pur allude, tra molteplici contraddizioni, alla tipicità dei danni non patrimoniali, ben si guarda dal corroborare le sue discutibili convinzioni elucubrando simili argomentazioni.

Pur nel rispetto dei tratti distintivi che caratterizzano i due modelli di responsabilità²²⁴, un fenomeno di uniformazione può involgere anche il contratto e il torto, quali fonti di un medesimo sistema di responsabilità civile che, come illustri autori seppero dimostrare²²⁵, può essere ricostruito sulla consapevole individuazione dei diversi regimi di imputazione²²⁶. Responsabilità oggettiva, «présomption de faute» e/o «de responsabilité», *res ipsa loquitur*, responsabilità per colpa, appaiono istituti che, in modo trasversale, attraversano un unico sistema di responsa-

²²¹ Come propone, invece, E. Navarretta, *Ripensare il sistema*, cit., 16 s.

²²² Così, invece, P. Ziviz e F. Bilotta, *op. cit.*, 1315.

²²³ V. Scalisi, *Ingiustizia del danno*, cit., 49.

²²⁴ C. Castronovo, *Le due specie*, cit., 73 ss.

²²⁵ Una insuperata esposizione parallela delle regole della responsabilità civile delittuale e contrattuale è stata proposta, in Italia, da S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, cit., *passim*.

²²⁶ Questo modello sistematico, che è proprio del diritto francese, è seguito, mirabilmente, da G. Viney et P. Jourdain, *Les conditions*, cit., 315 ss., 597 ss., 807 ss., i quali trattano l’intera materia de “I fatti generatori della responsabilità” contrattuale e delittuale (Titre III), suddividendoli, sulla base dei diversi regimi d’imputazione, ne: “Le fait personnel” (Sous-Titre I), “Le fait des choses” (Sous-Titre II), “Le fait d’autrui” (Sous-Titre III).

bilità civile, contrattuale e delittuale, coinvolgendo, parallelamente, il danno patrimoniale e quello non patrimoniale. Il regime della responsabilità oggettiva da torto (per cosa in custodia, ad es.) e da contratto (obbligazione determinata) tende a convergere in un modello che può rivelarsi unitario sotto i profili delle cause di esonero (causa non imputabile, *cause étrangères*, caso fortuito e forza maggiore), dell'oggetto e dell'inversione della prova²²⁷. Una diversa posizione potrebbe riguardare, invece, il regime per *faute prouvée*, che risulterebbe limitato alla sola responsabilità delittuale per colpa, se il principio di riferibilità²²⁸ della prova (al debitore), anche nel caso d'inesatto adempimento²²⁹, dovesse essere generalizzato dalle Corti, di là dalle ipotesi di negligenza professionale, all'intero settore delle obbligazioni di diligenza²³⁰. Investigando il diritto delle obbligazioni sotto il profilo dei diversi regimi di responsabilità, anziché sotto l'aspetto, tradizionalmente formale, delle fonti dell'obbligazione, la *summa divisio* appare essere non più quella tra responsabilità delittuale e contrattuale, e tanto meno quella tra danno patrimoniale e danno non patrimoniale, bensì quella tra responsabilità oggettiva e responsabilità per colpa, nella consapevolezza dell'esistenza di regimi intermedi, che coinvolgono sia il torto, sia il contratto.

Un avvertito orientamento della Cassazione²³¹ inizia a percepire che il danno "da reato" appartiene a un modello del tutto indipendente dalla *comune* responsabilità civile, differenziandosi per struttura e per funzione²³². Il danno *ex art.* 185 c.p., dopo l'avvenuta emancipazione dall'art. 2059 c.c., può svolgere un'autonoma funzione punitiva nei campi del torto e del contratto,

²²⁷ Con la consueta sagacia, C. Larroumet, *Droit civil*, tome 3, *Les obligations. Le contrat*, Paris, IV éd., 1998, 599 ss.

²²⁸ Cass., Sez. III, 21 giugno 2004, n. 11488, e Cass., Sez. III, 28 maggio 2004, n. 10297, in «Danno e resp.», 2005, 28 s., 32 s.

²²⁹ Il *leading case* è Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in «Corriere giur.», 2001, 1565.

²³⁰ Come sembra proporre C. Castronovo, *Le due specie*, cit., 74 s.

²³¹ Cfr., ad es., Cass., Sez. III, 1° giugno 2004, n. 10482, in «Danno e resp.», 2004, 955 s., con nota di A.L. Bitetto, *All'ombra dell'ultimo sole: il danno morale soggettivo e la sua funzione «punitiva»*, e Cass., Sez. III, 12 luglio 2006, n. 15760, cit., 1377.

²³² Per tale tesi, cfr. A. Procida Mirabelli di Lauro, *op. ult. cit.*, 249 ss. Sottolinea come la Cassazione, nell'«accentuare il carattere di sanzione civile indiretta», voglia «stabilire i margini di autonomia fra l'art. 2059 c.c. e l'art. 185 c.p.», M. Franzoni, *op. cit.*, 1393. Per una correlazione tra le funzioni della responsabilità civile, M.R. Marella, *Valori idiosincratici e risarcimento del danno*, in «Danno e resp.», 1999, 628.

dei danni non patrimoniali e di quelli patrimoniali. Quindi, non sembra esatto affermare, anche se con specifico riferimento ai *punitive damages*, che «Nel vigente ordinamento l'idea della punizione e della sanzione è estranea al risarcimento del danno, così come è indifferente la condotta del danneggiante»²³³. Il comma 2 dell'art. 185, al contrario, prende in considerazione lo specifico fatto-reato integrato, in concreto, dalla condotta del danneggiante e statuisce, esplicitamente, che «ogni reato, che abbia cagionato 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 funzione satisfattiva, anzi, afflittiva e non scevra da «riflessi pubblicitici»²³⁴, che induce a ravvisare nella riparazione (*ex art. 185 c.p.*) «una vera e propria sanzione penale»²³⁵, rimane ferma anche a seguito dell'estensione della risarcibilità del danno (civile) non patrimoniale agli illeciti non costituenti reato, ma lesivi di interessi costituzionalmente rilevanti. L'entità della riparazione potrebbe essere valutata, secondo i criteri legali di commisurazione della pena pecuniaria (artt. 133 e 133 *bis* c.p.), «oltre che sulla base della “gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa”, anche in relazione al carattere di maggiore o minore antiggiuridicità della condotta (gravità del reato, circostanze aggravanti, intensità del dolo o della colpa, carattere abietto dell'azione, ecc.) ed alle condizioni economiche del responsabile»²³⁶. Come accade oggi nell'esperienza statunitense, la “riparazione” può eccedere il risarcimento del danno compensativo fino a un multiplo consistente nel decuplo del suo valore²³⁷.

L'autonoma fisionomia del danno *ex art. 185 c.p.* consente di superare un ulteriore malinteso. L'accertamento del fatto di reato non può rilevare, come pure si è proposto, ai fini della qualificazione del danno come morale o come esistenziale. Altrimenti un medesimo evento dannoso (da ingiusta privazione del rapporto parentale, da ingiusta detenzione, ecc.) sarebbe

²³³ Cass., Sez. III, 19 gennaio 2007, n. 1183, in «Corriere giur.», 2007, 497.

²³⁴ Per tutti, G. Fiandaca ed E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, III ed., Bologna, 2002, 796 s.

²³⁵ G. Fiandaca ed E. Musco, *op. cit.*, 797.

²³⁶ A. Procida Mirabelli di Lauro, *Il danno ingiusto*, parte II, cit., 251 s.

²³⁷ Tale limite è stato imposto dalla Corte Suprema degli Stati Uniti, in *State Farm Mutual Auto Ins. Co. v. Campbell* 538 U.S. 408 (2003), dopo un acceso dibattito (per una sintesi del quale, P. Fava, *Punitive damages e ordine pubblico: la Casazione blocca lo sbarco*, in «Corriere giur.», 2007, 499 ss.) che ha coinvolto giurisprudenza e dottrina.

morale o esistenziale secondo che sia causato, o meno, da una condotta che integri una fattispecie di reato in tutti i suoi elementi costitutivi. Il “nuovo” danno non patrimoniale nasce, invece, con una fisionomia più complessa di quella che caratterizzava il “vecchio” danno morale da reato, costruito sul collegamento necessario tra l’art. 2059 c.c. e l’art. 185 c.p. Si suddivide in due modelli, del tutto distinti e indipendenti²³⁸. Il primo, soltanto civilistico, presuppone l’assenza di un fatto di reato, ha funzione di *compensation* e si scompone in due sotto-modelli. Il nuovo danno non patrimoniale da torto è risarcibile, sulla base dell’“ingiustizia”, in presenza della lesione di un qualsiasi interesse costituzionalmente rilevante della persona. Il nuovo danno non patrimoniale da contratto o da “contatto” prescinde dall’ingiustizia, e dalla colorazione costituzionale dell’interesse inciso²³⁹, ed è risarcibile sulla base delle regole della responsabilità contrattuale. Entrambi si suddividono nelle due voci, eventualmente concorrenti, del danno morale soggettivo e del danno esistenziale, corrispondenti alle conseguenze interne (dolore e sofferenza) e relazionali di una lesione biologica o non biologica. Il secondo, cioè il danno non patrimoniale “da reato”, che pur si estende ai campi del torto e del contratto, del danno patrimoniale e di quello non patrimoniale, ha funzione punitiva e consegue all’accertamento, in concreto, di una specifica fattispecie di reato, attraverso la mediazione dell’art. 185 c.p.

I danni (patrimoniali e non patrimoniali) *ex art.* 185 c.p. possono essere riparati in ipotesi evidentemente tipiche, poiché tipici e tassativi sono i fatti di reato. Sicuramente atipici, invece, sono i fatti che possono causare il “nuovo” danno civile non patrimoniale. L’atipicità permea sia il sistema di responsabilità delittuale, sia quello di responsabilità contrattuale. Ingiustizia del danno e inadempimento (o inesatto adempimento) sono le clausole generali che, come si è egregiamente scritto²⁴⁰, governano il sistema di responsabilità civile da torto e da contratto, con riguardo ai fatti produttivi di danni patrimoniali e non patrimoniali.

10. Discordanti paiono le posizioni assunte, dalla Suprema corte, a favore o avverso il riconoscimento del danno existen-

²³⁸ Cfr. già A. Procida Mirabelli di Lauro, *Il danno ingiusto*, parte I, cit., 56; Id., *L’art. 2059 c.c.*, cit., 833 s.; Id., *Il sistema*, cit., 966 ss.

²³⁹ M.R. Marella, *Le conseguenze “non patrimoniali”*, cit., 18.

²⁴⁰ *Retro*, nel § 5.

ziale. Incertezze che involgono la stessa fisionomia di questa ineffabile figura, nata dall'ingegno di Paolo Cendon. Ma ancor prima che la Corte costituzionale esprimesse il suo esplicito conforto, la versione "pluralista" propugnata da Pier Giuseppe Monateri parve più attendibile²⁴¹ di quella, totalizzante, proposta dalla Scuola di Trieste. Un modello generale di danno esistenziale avrebbe potuto essere utile nella fase di "erosione" dell'art. 2059 c.c., che fu percorsa fino alle decisioni del 2003, al fine di limitare questo testo al solo "danno morale soggettivo" e di legittimare il risarcimento di tutti gli altri danni (esistenziali, oltre che biologici) alla persona ai sensi dell'art. 2043 c.c., a prescindere dalla sussistenza, in concreto o in astratto, del fatto di reato. Ed, in effetti, la figura del danno esistenziale è stata pensata in epoca assai anteriore rispetto al 2003, forse al fine di estendere l'area dei danni risarcibili (ai sensi dell'art. 2043 c.c.). Ma a seguito dell'indirizzo che ha ormai emancipato il risarcimento dei danni alla persona (ed alla personalità) dalla sussistenza del fatto di reato potrebbe essere divenuto inutile discorrere di danno morale "soggettivo" e di danno esistenziale, essendo sufficiente distinguere, in sede di valutazione e di liquidazione, tra le conseguenze interne (dolore e sofferenza) e quelle esterne di ciascun danno non patrimoniale, biologico o non biologico.

"Danno morale soggettivo" e "danno esistenziale" appaiono, oggi, quali simboli linguistici che la nostra giurisprudenza ha scelto, anche al fine di precisare l'oggetto della domanda attorea, per individuare le diverse voci del nuovo danno non patrimoniale. Tale discorso trova implicito riscontro in quelle altre decisioni che, al colmo della confusione, identificano il danno esistenziale con quello «alla vita di relazione»²⁴², dimenticando che questa vetusta figura (che si pensava ormai desueta) affondava le sue radici, ai primordi del danno biologico, in una concezione prettamente patrimoniale. E poiché la terminologia giuridica è, per definizione, convenzionale, se proprio l'espressione "danno esistenziale" non piace, ciascuno potrà inventare ulteriori neologismi o, viceversa, riutilizzare antichissimi vocaboli per individuare le "conseguenze" relazionali ed esterne, di

²⁴¹ A. Procida Mirabelli di Lauro, *Il danno ingiusto*, parte I, cit., 37 ss.

²⁴² Il "merito" di questa riscoperta si deve a Cass., Sez. III, 20 aprile 2007, n. 9510, cit., 47, e a Cass., Sez. III, 20 aprile 2007, n. 9514, in «Diritto e Giustizi@», 27 aprile 2007, www.dirittoegiustizia.it, 2.

carattere patrimoniale e non patrimoniale, dell'evento dannoso (biologico o non biologico) primario.

A parte queste poco rilevanti questioni semantiche, ciò che realmente conta è che ciascuna "voce" del danno patrimoniale e di quello non patrimoniale sia individualmente valutata e liquidata. A differenza di quanto proclamato – sia pure incidentalmente – dalla Cassazione²⁴³, le corti dovranno evitare di riproporre le distorsioni²⁴⁴ alle quali, nel sistema francese, ha condotto la prassi «toutes causes confondues»²⁴⁵. Non pare esatto negare il risarcimento delle conseguenze relazionali della menomazione (danno esistenziale o, che dir si voglia, alla vita di relazione), accontentandosi della generica affermazione dei giudici d'appello secondo la quale, «nella liquidazione del danno biologico, si è "tenuto conto dei pregiudizi all'integrità fisica del soggetto considerato in tutte le situazioni e i rapporti di esplicazione della persona ed in tutti i suoi aspetti, tra i quali quelli dell'attività produttiva, come quello delle altre attività, nonché quello della vita sociale, affettiva, spirituale"»²⁴⁶. V'è un'insanabile contraddizione nell'asserire, dapprima, che, nel liquidare il danno alla salute, «il giudice deve tener conto dell'apporto delle varie voci che lo compongono e del peso che esse svolgono»²⁴⁷, e, poi, che «il danno alla vita di relazione (come il danno estetico o la riduzione della capacità lavorativa generica)» non sarebbero suscettibili «di autonoma valutazione rispetto al danno biologico»²⁴⁸. In tal modo si confondono sia le voci inerenti alle conseguenze "non patrimoniali" della menomazione, sia, addirittura, le voci relative ai danni non patrimoniali e a quelli patrimoniali (emblematica la riscoperta di un altro reperto archeologico, quello della capacità lavorativa generica), in un *pot-pourri* che non ha senso.

Più che profondersi in dibattiti meramente accademici, al fine di supportare questa o quella tesi, i giudici italiani, sull'esempio delle altre corti europee, dovrebbero esercitarsi maggiormente nella difficile arte della valutazione e della liquidazione. Quantificare con precisione, e non con generica approssimazione, in relazione al caso concreto, le singole voci dei

²⁴³ Cass., Sez. III, 31 maggio 2003, n. 8827, *cit.*, 824.

²⁴⁴ Sottolineate da F.D. Busnelli, *Chiaroscuri d'estate*, *cit.*, 828.

²⁴⁵ Per una critica della quale cfr. Y. Chartier, *La réparation*, *cit.*, 168 s., 836 ss.

²⁴⁶ Cass., Sez. III, 20 aprile 2007, n. 9510, *cit.*, 47.

²⁴⁷ Cass., Sez. III, 20 aprile 2007, n. 9514, *cit.*, 2.

²⁴⁸ Cass., Sez. III, 20 aprile 2007, n. 9514, *cit.*, 2.

danni patrimoniali e non patrimoniali è attività ben più pertinente, nell'interesse delle parti e della giustizia. Inoltre, non è pensabile che, con cadenza ormai mensile, la Cassazione si esibisca in sentenze contrapposte sul “danno esistenziale”, con pregiudizio per quel minimo di certezza che il diritto pur dovrebbe garantire. Individuare l'esatto ammontare di ciascuna “voce” significa controllare l'esistenza «di una risposta motivata sui diversi capi del dispositivo»²⁴⁹ e, quindi, anche la sussistenza delle deprecate duplicazioni risarcitorie. Il giudice deve «dar ragione per ogni singola voce del relativo ammontare e del motivo dell'ammissione ed esclusione, anche se per alcuna ritenga di doverne fare valutazione equitativa»²⁵⁰. Un sistema che non consente di poter verificare ipotesi di *over-compensation* o di *under-compensation* si pone in insanabile conflitto con lo stesso principio di riparazione integrale²⁵¹.

Se, convenzionalmente, si ritiene che per “danno morale soggettivo” debba continuare ad essere inteso il solo “patema d'animo transeunte”, la sofferenza (interna?) della vittima immediata o *par ricochet*, il prezzo del dolore, la “voce” dedicata al danno esistenziale può individuare le ulteriori conseguenze relazionali della lesione, il “non poter più fare”, il venir meno dei piaceri e delle aspettative di una vita “normale”. In tal modo, la partizione del danno non patrimoniale nelle distinte voci del danno alla salute (e del danno biologico “da morte”), del danno morale soggettivo e del danno esistenziale ripercorre, sul piano dell'equivalente, ma con le debite distinzioni, la suddivisione tra *préjudice physiologique*, danni morali relativi alle *souffrances* (fisiche e morali) e *préjudice d'agrément*; tra danno fisico, *pain and suffering* e *loss of amenities of life*.

²⁴⁹ Y. Chartier, *op. cit.*, 838.

²⁵⁰ Già Cass., 12 marzo 1960, n. 475, in «Giust. civ.», 1960, I, 2012.

²⁵¹ Così, Y. Chartier, *op. cit.*, 169.

