

SALVATORE MAZZAMUTO

**Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c.  
e le ambiguità delle Sezioni unite a proposito  
della risarcibilità del danno non patrimoniale**

SOMMARIO: 1. L'ordinanza 25 febbraio 2008, n. 4712. – 2. Le Sezioni unite, 11 novembre 2008, n. 26972. – 3. Il ripudio del danno esistenziale quale categoria autonoma di danno. – 4. La duplice valenza del sintagma «i casi determinati dalla legge»: le fattispecie tipiche e il rinvio all'art. 2043 in combinato disposto con le norme costituzionali. – 5. L'ambiguità delle «voci» del danno non patrimoniale e la sua tipicità presa sul serio. – 6. Il danno non patrimoniale da inadempimento e le imprecisioni del più recente dibattito.

1. – Le Sezioni unite, con sentenza 11 novembre 2008, n. 26972 <sup>(1)</sup>, prima

<sup>(1)</sup> Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Foro it.*, 2009, I, c. 120 ss., con note di PALMIERI, *La rifondazione del danno non patrimoniale, all'insegna della tipicità dell'interesse leso (con qualche attenuazione) e dell'unitarietà*; PARDOLESI-SIMONE, *Danno esistenziale (e sistema fragile): «die hard»*; PONZANELLI, *Sezioni unite: il «nuovo statuto» del danno non patrimoniale*; NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali*; in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 38 ss., con note di MONATERI, *Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale*; NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali*; POLETTI, *La dualità del sistema risarcitorio e l'unicità della categoria dei danni non patrimoniali*; ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale: istruzioni per l'uso*; in *Danno e resp.*, 2009, p. 19 ss., con commenti di PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni unite. Un "De profundis" per il danno esistenziale*; LANDINI, *Danno biologico e danno morale soggettivo nelle sentenze della Cass. SS.UU. 26972, 26973, 26974, 26975/2008*; SGANGA, *Le Sezioni unite e l'art. 2059 c.c.: censure, riordini, ed innovazioni del dopo principio*; in *Giur. it.*, 2009, I, c. 61 ss., con note di CASSANO, *Danno non patrimoniale ed esistenziale: primissime note critiche a Cassazione civile, Sezioni unite, 11 novembre 2008, n. 26972*; TOMARCHIO, *L'unilateralità del danno non patrimoniale nella prospettiva delle Sezioni unite*; in *Nuova giur. civ. e comm.*, 2009, I, p. 102 ss., con note di commento di BARGELLI, *Danno non patrimoniale: la messa a punto delle sezioni unite*; DI MARZIO, *Danno non patrimoniale: grande è la confusione sotto il cielo, la situazione non è eccellente*; in *Dir. giur.*, 2008, p. 526 ss., con nota di PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale: luci ed ombre*. Cfr. i commenti di BUSNELLI, *Le Sezioni unite e il danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, p. 97 ss.; CASTRONOVO, *Danno esistenziale: il lungo addio*, in *Danno e resp.*, 2009, p. 5 ss.; DI MAJO, *Danno esistenziale o di tipo esistenziale: quale esito?*, in *Corriere giur.*, 2009, p. 410 ss.; PATTI, *Le Sezioni Unite e la parabola del danno esistenziale*, *ivi*, p. 415 ss.; CENDON, *L'urlo e la furia*, in *Nuova giur. civ. e comm.*, 2009, II, p. 71 ss.; GRISI, *Il danno (di tipo) esistenziale e la nomofilachia "creativa" delle Sezioni Unite*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, p. 377

pronunzia di una quadrilogia <sup>(2)</sup>, hanno cercato di completare l'opera di sistemazione della materia della risarcibilità in sede aquiliana del danno non patrimoniale intrapresa dalla Terza sezione civile della Corte di Cassazione con le due note sentenze gemelle del 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828 <sup>(3)</sup>.

Il Supremo Collegio si è in realtà spinto oltre, affrontando anche il problema del risarcimento del danno non patrimoniale sulla base delle regole di responsabilità contrattuale, ma – come si vedrà nel prosieguo – le argomentazioni della Corte al riguardo non sono del tutto soddisfacenti.

A merito delle Sezioni unite va, in primo luogo, ascritto l'abbandono dei toni dell'ordinanza di rimessione del 25 febbraio 2008 n. 4712 della Terza sezione <sup>(4)</sup> dalla quale trapela una certa insofferenza per lo scetticismo che ampi settori della dottrina hanno continuato a nutrire nei confronti del quadro delineato dalle due sentenze gemelle del 2003 e dalla successiva sentenza della Corte costituzionale 11 luglio 2003 n. 233 – che, sia detto *per incidens*, delle prime rappresenta una mera ratifica – e, più in particolare, nei confronti di una categoria di danno non patrimoniale terza rispetto al danno biologico e al danno morale subiettivo qual è il danno esistenziale.

L'ordinanza della Terza sezione sottolinea, infatti, che « articolati, approfonditi (e non sempre benevoli) furono i commenti riservati a questa sentenza dai molti commentatori specializzati (e non) nella materia dell'illecito civile » e il rilievo denota la convinzione che la responsabilità civile

ss.; NAVARRETTA, *Danni non patrimoniali: il compimento della Drittwirkung e il declino delle antinomie*, ivi, 2009, II, p. 81 ss.; PONZANELLI, *La prevista esclusione del danno esistenziale e il principio di integrale riparazione del danno: verso un nuovo sistema di riparazione del danno alla persona*, ivi, 2009, II, p. 90 ss.; FRANZONI, *Il danno non patrimoniale del diritto vivente*, in *Corriere giur.*, 2009, p. 5 ss.; ID., *I diritti della personalità, il danno esistenziale e la funzione della responsabilità civile*, in *questa rivista*, 2009, p. 1 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Il sistema del danno non patrimoniale dopo le decisioni delle Sezioni unite*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 261 ss.; RICCIO, *Verso l'atipicità del danno non patrimoniale: il mancato rispetto dei vincoli derivanti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo solleva una nuova questione di costituzionalità dell'art. 2059 c.c.?*, in *questa rivista*, 2009. L'orientamento è confermato da Cass., 13 gennaio 2009, n. 409, in [www.altalex.com/index.php?idnot=44555](http://www.altalex.com/index.php?idnot=44555).

<sup>(2)</sup> Cass., sez. un., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974, 26975.

<sup>(3)</sup> Cass., 31 maggio 2003, n. 8827 e n. 8828, in *Corriere giur.*, 2003, p. 1017 ss.; in *Danno resp.*, 2003, p. 819 ss.; in *Nuova giur. civ. e comm.*, 2004, p. 231 ss.; in *Resp. civ. prev.*, 2003, p. 675 ss.

<sup>(4)</sup> Cass., ord., 25 febbraio 2008, n. 4712, in *Corriere giur.*, 2008, p. 621, con nota di FRANZONI, *Prove di assetto per il danno non patrimoniale*; e in *Danno resp.*, 2008, p. 553, con nota di PONZANELLI, *Il danno non patrimoniale tra lettura costituzionale e tentazioni esistenziali: la parola alle Sezioni Unite* e di BONA, *La saga del danno esistenziale verso l'ultimo ciak*; in *Resp. civ.*, 2008, con nota di PARTISANI, *Il danno esistenziale al vaglio delle Sezioni Unite*; in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 1050, con nota di FACCI, *Verso un «decalogo» delle Sezioni Unite sul danno esistenziale?*, ivi, 2008, 1559 ss. e in *Nuova giur. civ. e comm.*, 2008, p. 707 ss.

costituisca un sottosettore del diritto privato, evidentemente governato da logiche sue proprie, nel quale è pienamente legittimato a districarsi soltanto chi abbia dato prova di comprenderne lo spirito autentico: come dire roba da specialisti.

L'ordinanza in esame indi chiarisce il proprio pensiero affermando che «in realtà, la trasformazione dell'art. 2059 (operata da questa stessa Corte e dalla Corte costituzionale) in un vero e proprio art. 2059 *bis* c.c. era parso ai più indiscutibilmente funzionale, al di là di questioni ormai meramente terminologiche, all'individuazione di una terza (sotto) categoria di danno non patrimoniale, la cui esistenza e la cui autonomia appariva ormai poco seriamente contestabile, al di là degli apparenti ostacoli (in realtà, di carattere soltanto lessicale) posti dalla sentenza n. 8827 del 2003. Alla luce delle (sostanzialmente) omogenee e (largamente) condivise posizioni assunte da entrambe le Corti, pareva (e pare ancor oggi) oltremodo difficile, se non impossibile, immaginare, nella (finalmente riattivata) dimensione bipolare del danno così come scolpita ai massimi livelli giudiziari, un totale ripudio della nuova categoria, una radicale e definitiva smentita alla stessa 'esistenza' del danno esistenziale, pur correttamente circoscritto (e conseguentemente ricondotto) alle sole ipotesi di vulnera arrecati a valori/interessi costituzionalmente garantiti».

In altri termini, la Terza sezione giudica ormai consacrata dal diritto vivente l'ammissibilità del danno esistenziale e, dunque, inconsistenti i tentativi della dottrina di metterne in discussione la cittadinanza al punto da rimproverare alla giurisprudenza teorica una certa inconcludenza perché più utile sarebbe stato prodigarsi nel mettere a frutto gli spunti offerti dalla giurisprudenza pratica nelle pronunzie precedentemente ricordate. È sempre il contenuto dell'ordinanza: «gli sforzi ermeneutici di tutti gli operatori del diritto avrebbero, allora, potuto più proficuamente volgersi a nuovi e più fecondi approdi, prefigurati *in nuce* dalle sentenze del 2003, e costituiti: *a*) dall'analitica identificazione di una tavola di 'valori/interessi' costituzionalmente protetti suscettibili di risarcimento; *b*) dal(l'altrettanto rigorosa) individuazione di regole probatorie il più possibile certe, funzionali alla legittima predicabilità di un diritto al risarcimento del danno esistenziale inteso come *vulnus* al fare a-reddituale del soggetto da lesione 'costituzionale'; *c*) nella (non agevole) determinazione di criteri non arbitrari (e comunque equitativi) di quantificazione complessiva di quel danno. Si è viceversa assistito, in dottrina e in giurisprudenza, ad ulteriori ripiegamenti, a reiterati (e non di rado preconcepi) arroccamenti su posizioni nuovamente contrapposte»<sup>(5)</sup>.

La «materia del contendere» nella saga del danno non patrimoniale tut-

<sup>(5)</sup> Cass., ord., 25 febbraio 2008, n. 4712, n. 5.

tavia risiede – sebbene non vi si esaurisca – proprio in ciò che l’ordinanza vorrebbe escludere dalla disputa: l’ammissibilità del danno esistenziale come categoria autonoma di danno; e il nodo sarebbe stato chiaramente percepito se si fossero lette, tra le tante pregevoli, le riflessioni di Mario Barcellona volte, ancora di recente, a segnalare che «la difficoltà a strutturarsi come categoria nettamente distinta e ad esibire un fondamento normativo sicuro, più dell’eccessiva latitudine e del rischio di fomentare inopportuna litigiosità, costituisce, probabilmente, il vero limite che il danno esistenziale e la sua risarcibilità presentano ancora nei primissimi anni del 2000: una strategia che non riesca ad essere adeguatamente concettualizzata e normativamente fondata non appare ancora in grado di governare la complessità introdotta dall’estensione della responsabilità alla pressoché tutela integrale del danno alla persona» (6).

2. – La ricorrenza del danno esistenziale come autonoma figura di danno appare, invero, una questione non così tanto scontata, visto che le Sezioni unite – a questo punto inopinatamente per lo meno agli occhi dei giudici rimettenti – hanno proclamato l’impossibilità di configurare tale pregiudizio come terza specie del danno non patrimoniale proprio sulla scorta di quell’orientamento che l’ordinanza invoca per sostenere il contrario: «dopo che le sentenze n. 8827 e n. 8828 hanno fissato il principio, condiviso da queste Sezioni unite, secondo cui, in virtù di una lettura costituzionalmente orientata dell’art. 2059 c.c., unica norma disciplinante il risarcimento del danno non patrimoniale, la tutela risarcitoria di questo danno è data, oltre che nei casi determinati dalla legge, solo nel caso di lesione di specifici diritti inviolabili della persona, e cioè in presenza di una ingiustizia costituzionalmente qualificata, di danno esistenziale come autonoma categoria di danno non è più dato discorrere» (7).

Le ragioni di tale ripudio non sono squisitamente ideologiche, ma si legano anzi a due rilievi di ordine tecnico-giuridico del tutto condivisibili.

Il primo investe la *ratio* del danno esistenziale, che, per lo meno nella sua originaria formulazione, consiste nel supplire ad un vuoto di tutela dovuto ad un’inadeguata rappresentazione del danno non patrimoniale, stretto nell’alternativa tra perdita dell’integrità psicofisica e sofferenza interiore transeunte. Un’alternativa così drastica da sollecitare le giuste proteste di chi segnalava anni or sono che «non di sola salute vive l’uomo» (8). Ebbe-

(6) M. BARCELLONA, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2008, pp. 50-51.

(7) Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, n. 3.3.

(8) CENDON, *Non di sola salute vive l’uomo*, in CENDON-ZIVIZ, *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità*, Milano, 2000, p. 14 ss.; cui *adde* ZIVIZ, *Verso un altro paradigma risarcitorio*, *ivi*, p. 35 ss.

ne, una volta colmato quel vuoto di tutela grazie alla rottura dell'argine, posto dall'inciso « nei casi determinati dalla legge » dell'art. 2059 c.c., per il tramite della rilettura in chiave costituzionale, si è esaurita anche la carica « dirompente » del danno esistenziale e con essa la sua pretesa di alterare gli equilibri che lentamente si andavano formando nel settore del danno non patrimoniale al fine di propiziare invece una più ampia tutela della persona.

Il secondo rilievo riguarda la sconfessione del presupposto ideologico del danno esistenziale quale categoria autonoma, rappresentato dalla convinzione che ciascun consociato vanti il diritto di non vedere turbate le proprie abitudini di vita ossia il diritto di non subire l'influsso di eventi esterni che producano una frattura nell'assetto della propria esistenza tale da determinare uno scarto in negativo tra il prima e il dopo, sicché attività realizzatrici della persona in precedenza praticabili divengano non più tali in seguito.

L'idea – senz'altro da accogliere – è che esista una sfera di pregiudizi del tutto irrisarcibili e che rimangono, quindi, consegnati per così dire alla complessità sociale ma ciò implica l'abbandono dell'ipocrisia celata dietro il principio demagogico della massima tutela possibile della persona; il percorso che si suole prospettare al riguardo è, per grandi linee, il seguente: il risarcimento del danno costituisce la forma minima di tutela offerta dai moderni sistemi giuridici sicché il mancato riconoscimento del rimedio risarcitorio nei casi di lesione di valori inerenti alla persona equivale a negare rilevanza giuridica a tali valori o, peggio, a negare loro in punto di effettività quella copertura normativa che in astratto l'ordinamento proclama.

L'ipocrisia è duplice.

Per un verso, viene invocato il pieno riconoscimento del valore-persona ma poi le sue sorti vengono consegnate al rimedio del risarcimento, il quale, per sua intrinseca struttura, meno si attaglia alla salvaguardia di beni che, appartenendo all'individuo in quanto tale o in quanto cittadino, sono insuscettibili di valutazione economica<sup>(9)</sup>. La replica è che tra una tutela per definizione imperfetta e una completa assenza di tutela sia preferibile il primo corno dell'alternativa. Il che può risultare vero quando è in ballo la reazione ordinamentale alla lesione di profili della personalità di indiscussa rilevanza, la cui tutela si è ritenuto di non affidare a strumenti più efficaci o per calcoli di natura politica o per esigenze di bilanciamento di contrapposti interessi. La scelta è però meno felice, ed anzi va addirittura contrastata, quando il ricorso al rimedio risarcitorio costituisce una comoda via – anzi la più

<sup>(9)</sup> Il punto è messo in rilievo più volte da Davide Messinetti, il quale segnala che il risarcimento del danno non patrimoniale implica una deviazione dalla funzione risarcitoria: cfr. MESSINETTI, *Danno giuridico*, in *Enc. dir. - Agg.*, I, Milano, 1997, p. 477.

comoda – per sfuggire al confronto sulla rilevanza giuridica della persona, che pone anche la periodica necessità di aggiornarne l'elenco degli aspetti da isolare per conferire loro una più adeguata protezione o per creare le condizioni di una loro piena esplicazione.

Per altro verso, l'istanza panrisarcitoria si presenta come la linea di pensiero più sensibile alle ragioni dell'individuo e in definitiva più garantista, ma, a ben vedere, essa si risolve nell'esatto contrario poiché, figlia del pensiero debole e schiava del preconetto secondo cui ogni lesione genera risarcimento, induce a trascurare il vero nodo della tutela della persona, che consiste invece nel vagliare quale sia, in relazione ai singoli profili della personalità, lo strumento migliore per la loro giuridificazione e per la loro connessa tutela. Basti un esempio su tutti: i primi tentativi di sancire la cittadinanza del diritto alla *privacy* nel nostro ordinamento sono passati attraverso l'invocazione del rimedio risarcitorio – si ricordi, su tutte, la sentenza della Cassazione n. 2129 del 27 maggio 1975<sup>(10)</sup> – ma, quando si è trattato di pensare seriamente al riconoscimento della *privacy* come aspetto principale dell'individualità umana e si è giunti ad una disciplina comune europea, grazie all'emanazione della dir. Ce 95/46, la tutela della riservatezza è stata affidata, in prima istanza, a strumenti diversi dal risarcimento del danno, quali il consenso e i c.d. diritti dell'interessato, e soltanto, in seconda istanza, al rimedio risarcitorio<sup>(11)</sup>.

Ciò che si vuol dire è che figure quali il danno esistenziale scaricano sul comparto della responsabilità civile intere aree della conflittualità sociale che dovrebbero rintracciare altrove più adeguati rimedi.

Su di un piano squisitamente tecnico, per così dire interno al sistema della responsabilità aquiliana, il danno esistenziale genera un cortocircuito in siffatto sistema, il quale ruota attorno al fulcro problematico della selezione dei pregiudizi da ammettere al risarcimento, proprio sul presupposto che non tutti i danni generano responsabilità: il danno esistenziale, infatti, dà per risolta la questione del sindacato dei danni risarcibili e rappresenta un autentico *passé-partout*.

Le regole di responsabilità sono ispirate, in realtà, alla logica dell'esclusione più che dell'inclusione e ciò è evidente già dalla scelta di ordine sistematico che pone al centro della fattispecie di responsabilità la figura del

<sup>(10)</sup> Cass., 27 maggio 1975, n. 2129, in *Foro it.*, 1976, I, c. 2895.

<sup>(11)</sup> Sul complesso sistema di protezione dei dati personali ora disciplinato dal d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196 cfr., tra i tanti, *Libertà circolazione e protezione dei dati personali*, vol. I e II, a cura di Panetta, Milano, 2006 e *ivi il mio Il principio del consenso e il problema della revoca*, I, p. 993 ss.; MAZZAMUTO-PLAIA, *I rimedi*, in *Manuale di diritto privato europeo*, II, a cura di Castronovo-Mazzamuto, Milano, 2007, p. 772 ss., spec. p. 779.

danno giuridicizzato e non quella del danno in forma pura, sul modello dell'art. 1382 Code civil<sup>(12)</sup>. Nel sistema italiano il crisma della giuridicità del danno è conferito – com'è noto – dal requisito dell'ingiustizia di cui all'art. 2043 c.c.<sup>(13)</sup> in funzione selettiva dei pregiudizi da risarcire<sup>(14)</sup>: un requisito dal quale non si può, dunque, prescindere neppure quando è in ballo il risarcimento del danno non patrimoniale cui pure è riservata una norma apposita, il controverso art. 2059 c.c.

Le Sezioni unite avrebbero dovuto chiarire tutto ciò nei limiti del contesto, che è pur sempre quello di un provvedimento giudiziario e non di un trattatello teorico, assumendo una posizione netta specialmente sul fronte dell'inadeguatezza del rimedio risarcitorio ad assolvere al compito della piena giuridificazione della persona sotto ogni possibile profilo; mentre i giudici di ultime cure hanno preferito limitarsi ad un discorso meno ambizioso: «palesamente non meritevoli della tutela risarcitoria, invocata a titolo di danno esistenziale, sono i pregiudizi consistenti in disagi, fastidi, disappunti, ansie ed in ogni altro tipo di insoddisfazione concernente gli aspetti più disparati della vita quotidiana che ciascuno conduce nel contesto sociale, ai quali ha prestato invece tutela la giustizia di prossimità. Non vale per dirli risarcibili, invocare, diritti del tutto immaginari, come il diritto alla qualità della vita, allo stato di benessere, alla serenità: in definitiva il diritto ad essere felici»<sup>(15)</sup>.

Tutto ciò si giustifica alla luce del principio di diritto enunciato dalla Suprema corte e così riassumibile: il danno non patrimoniale va risarcito, oltre che nei casi di espressa previsione da parte della legge ordinaria o di norme di origine comunitaria, soltanto ove la perdita dell'utilità della persona sia il frutto della lesione di un diritto inviolabile riconosciuto a livello costituzionale, salvo che il fatto dannoso non integri gli estremi di un reato, perché in tal caso il danno non patrimoniale si estende anche ai pregiudizi mediati da interessi personalistici non di rango costituzionale, ma semplicemente protetti alla stregua dell'ordinamento considerato nel suo complesso<sup>(16)</sup>.

Il requisito generico dell'ingiustizia del danno di cui all'art. 2043 c.c., in altre parole, rimane sullo sfondo dell'intero sistema della responsabilità civile e sussiste sempre, in presenza di reato, ove determina la risarcibilità di

<sup>(12)</sup> Cfr. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, III ed., 2006, pp. 9-12.

<sup>(13)</sup> CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, p. 451 ss.; MAZZAMUTO, *Spunti in tema di danno ingiusto e di danno meramente patrimoniale*, in *Europa dir. priv.*, 2008, p. 349 ss.

<sup>(14)</sup> Cfr. la recente messa a punto di GALGANO, *Le antiche e nuove frontiere del danno risarcibile*, in *questa rivista*, 2008, p. 80 ss.

<sup>(15)</sup> Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, n. 3.9.

<sup>(16)</sup> Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, nn. 2.10 e 3.3 ss.

ogni tipo di pregiudizio non patrimoniale, anche se difetti l'ancoraggio a disposizioni costituzionali, proprio in considerazione dell'ampia apertura al risarcimento del danno non patrimoniale sancita dall'art. 185 c.p. nelle ipotesi che il fatto generatore di responsabilità civile integri, per l'appunto, gli estremi dell'illecito penale.

La Suprema Corte delinea, quindi, due diversi percorsi della rilevanza ai fini del risarcimento dei pregiudizi non patrimoniali, l'uno fondato sulle fattispecie legali tipiche e l'altro collegato alle disposizioni costituzionali, e su questo tema sarà necessario tornare a breve; mentre va segnalata sin d'ora l'ingiustificata limitazione della regola della risarcibilità del danno non patrimoniale, oltre gli ambiti segnati dalle norme costituzionali, alle sole ipotesi di responsabilità civile da reato, senza prevederne l'estensione anche alle altre fattispecie tipiche di risarcimento di pregiudizi non economici (art. 2, l. n. 117 del 1988; art. 15, d. lgs. n. 196 del 2003; art. 44, comma 7°, d. lgs. n. 286 del 1996; art. 2, l. n. 89 del 2001 ecc.).

Un passaggio innovativo della pronuncia merita qui di essere ricordato là dove si esclude l'esistenza di un ulteriore meccanismo di risarcimento generalizzato del danno non patrimoniale ossia i giudizi secondo equità del giudice di pace nelle controversie di importo non superiore ad euro millecento (art. 113, comma 2°, c.p.c.): la lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., infatti, costituirebbe « principio informatore della materia in tema di risarcimento del danno non patrimoniale, che il giudice di pace, nelle questioni da decidere secondo equità, deve osservare »<sup>(17)</sup>. Il *revirement* ha una chiara finalità deflattiva dinnanzi agli eccessi della giustizia di prossimità ma è stato subito contraddetto dalla III Sezione civile della Casazione: « nel giudizio di equità del giudice di pace, venendo in rilievo l'e-

<sup>(17)</sup> Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, n. 3.12. La qualificazione della lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. come principio informatore della materia della responsabilità civile dà luogo quindi alla censura di legittimità delle sentenze di equità del giudice di pace per violazione di legge sostanziale ex art. 360, comma 1°, n. 3, c.p.c. poiché tale causa di ricorso è consentita soltanto in caso di inosservanza o falsa applicazione della Costituzione, delle norme comunitarie e dei principi informatori della materia (Corte cost., 6 luglio 2004 n. 206, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1365, con nota di P.C. RUGGIERI, *Il giudizio di equità necessario, i principi informatori della materia e l'appello avverso le sentenze pronunciate dal giudice di pace a norma dell'art. 113, 2° comma, c.p.c.*). Peraltro, il nuovo testo dell'art. 339, comma 3°, c.p.c. ha esteso l'appello avverso le sentenze del giudice di pace rese secondo equità ex art. 113, comma 2°, c.p.c., oltre che alla violazione di norme costituzionali e comunitarie, anche al mancato rispetto dei principi regolatori della materia: v. PALMIERI, *op. ult. cit.*, c.c. 127-128. Sul punto v. Cass., sez. un., 29 agosto 2008, n. 21934, in *Danno resp.*, 2008, p. 1258 ss., con nota di PONZANELLI, *I giudici di pace, i principi informatori e la riparazione del danno non patrimoniale*.

quità c.d. formativa o sostitutiva della norma sostanziale, non opera la limitazione del risarcimento del danno non patrimoniale ai soli casi determinati dalla legge, fissata dall'art. 2059 c.c., sia pure nell'interpretazione costituzionalmente corretta di tale disposizione»<sup>(18)</sup>. Il contrasto affiora, tuttavia, in un'occasione a dir poco inappropriata – una controversia di responsabilità contrattuale per inadempimento della prestazione sanitaria da parte di una clinica veterinaria che ha determinato la morte del gatto di famiglia – confermando la tendenza dei nostri giudici a sconfinare con una certa disinvoltura dall'uno all'altro campo della responsabilità civile e su ciò converrà soffermarsi ancora nel prosieguo.

3. – La posizione assunta dalla Suprema Corte, anche se appare per certi versi un'occasione perduta di impostare in termini più rigorosi il tema della tutela della persona e, ancor prima, della sua definizione giuridica, ha il merito indiscutibile di abbandonare la figura del danno esistenziale, che pure aveva affascinato i giudici di legittimità, come testimonia da ultimo la sentenza n. 6572 del 2006. E di ripudio si tratta e non già di una mera questione nominalistica<sup>(19)</sup>, come talora si sente discorrere nei primi commenti<sup>(20)</sup>, né di una presa di posizione priva di riflessi pratici<sup>(21)</sup>, e di ripudio che

<sup>(18)</sup> Cass., 25 febbraio 2009, n. 4493, in [www.altalex.com/index.php?idnot=45135&idstr=20](http://www.altalex.com/index.php?idnot=45135&idstr=20).

<sup>(19)</sup> Sul ripudio del danno esistenziale da parte delle Sezioni unite concorda FRANZONI, *Il danno non patrimoniale del diritto vivente*, cit., p. 7; PONZANELLI, *Sezioni unite: il «nuovo statuto» del danno non patrimoniale*, cit., cc. 135-136; NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali*, cit., cc. 139-140.

<sup>(20)</sup> Emblematica è la posizione di MONATERI, *Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale*, cit., p. 56 ss., in part. p. 57-58 il quale scorge nella sentenza delle Sezioni unite il principio della risarcibilità dei pregiudizi esistenziali in presenza, oltre che dei casi prevista dalla legge, anche della violazione di un diritto costituzionalmente garantito e vi rintraccia addirittura la definizione del «pregiudizio esistenziale» come «danno provocato al fare reddituale del soggetto, che alteri le sue abitudini di vita e gli assetti che gli erano propri, inducendo a scelte di vita diverse quanto alla espressione e realizzazione della sua personalità nel mondo esterno». La fonte ispiratrice sarebbe nel saggio di ZIVIZ, *Alla scoperta del danno esistenziale*, in *questa rivista*, 1994, p. 84. In altri termini, per Monateri la sentenza delle Sezioni unite è soltanto servita a bandire il sintagma «danno esistenziale» per sostituirlo con quello di «pregiudizio esistenziale».

<sup>(21)</sup> CENDON, *L'urlo e la furia*, cit., p. 71-72, sulla base dell'assunto che nulla cambia visto che le Sezioni unite hanno riconosciuto che il cuore del giudizio di responsabilità è il danno e che di tale giudizio la *Grundnorm* è rappresentata dal principio del risarcimento integrale; *contra* PONZANELLI, *op. ult. cit.*, c. 138, il quale invece rileva che «Il diritto giurisprudenziale di marca esistenziale non è riuscito a diventare diritto vivente, proprio perché voleva eliminare del tutto le frontiere del danno non patrimoniale, concentrandosi sul danno, attribuendogli

non avrebbe potuto essere più netto, parla non a caso uno dei più autorevoli commentatori della sentenza in esame (22).

Il sintagma « danno esistenziale » può, infatti, anche sopravvivere per effetto di una sorta di radicamento nella coscienza del ceto dei giuristi ed oramai anche nell'immaginario collettivo; ma deve essere chiaro che tale etichetta rimane svuotata del suo originario contenuto (23) e si rivela, dunque, priva di senso, se – come ha fatto la Corte – essa viene slegata dall'idea della protezione del cd. fare aredituale, ossia dalla pretesa di riconoscere a ciascun consociato il diritto di dolersi di qualsiasi modificazione non voluta e reputata peggiorativa, della propria esistenza o dello stile di vita pregresso (24). Il danno esistenziale perde, infatti, ogni specificità una volta negatogli il ruolo di ipotesi di pregiudizio che consente di superare le limitazioni imposte dall'art. 2059 perché collocato al di là di esso e, quindi, destinato a « sovrapporsi allo sviluppo naturale del diritto positivo » (25).

È proprio questo il maggior merito della pronunzia delle Sezioni unite, la quale esprime assai bene l'essenza delle ragioni che impongono il rifiuto del danno esistenziale quale categoria autonoma di danno nel passaggio in

---

rilevanza costituzionale e trascurando completamente il piano dello *ius*»; e così anche NAVARRETTA, *op. ult. cit.*, c. 139.

(22) CASTRONOVO, *Danno esistenziale: il lungo addio*, cit., p. 5, il quale segnala il tono non indulgente e liquidatorio con il quale le Sezioni unite hanno dato risposta « ai quesiti formulati con meticolosa ossessività dall'ordinanza della III sezione ».

(23) Non si può dunque condividere l'opinione di chi (DI MAJO, *op. ult. cit.*, p. 413) ritiene (ma così anche parzialmente MONATERI, *supra*, sub nota 20) che l'opera di smantellamento delle tipologie di danno non patrimoniale produca l'effetto contrario a quello dichiarato dalle Sezioni unite e, quindi, al ripudio del danno esistenziale come figura autonoma di danno poiché addirittura « l'opera di de-costruzione (delle categorie) può favorire indubbiamente la risarcibilità del danno esistenziale, affidato più sommessamente al lemma 'pregiudizio di tipo esistenziale', così come rende possibile una migliore riallocazione delle categorie correnti di danno ». In realtà appare un po' riduttiva la chiave di lettura secondo cui le Sezioni unite avrebbero ottenuto come unico effetto quello di ribattezzare il danno esistenziale in « danno di tipo esistenziale » come proiezione del suo declassamento da categoria autonoma di danno a sintesi descrittiva di una tipologia di danni conseguenza.

(24) Cfr. NAVARRETTA, *I danni non patrimoniali nella responsabilità extracontrattuale*, in *I danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, a cura di Navarretta, Milano, 2004, pp. 11-12, la quale stigmatizza la pretesa di qualificare l'interesse cd. esistenziale come un diritto inviolabile.

(25) Anche CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, p. 6 è dell'avviso che le Sezioni unite abbiano privato di contenuto la categoria del danno esistenziale poiché il Supremo Collegio ha risposto in termini negativi alla questione principale sollevata dall'ordinanza di rimessione che consisteva nella configurabilità o meno del danno esistenziale come figura autonoma di danno non patrimoniale risarcibile fuori dal limite dei casi previsti dalla legge cui rinvia l'art. 2059 c.c.

cui afferma che, se è vero che alla base del meccanismo di traslazione del danno aquiliano opera il principio di solidarietà – come insegna già dalla metà degli anni '60 Stefano Rodotà<sup>(26)</sup> – è altrettanto vero però che tale principio va bilanciato con quello di tolleranza. L'argomento ha valenza generale e richiama la questione della selezione dei danni e della necessità di lasciare alcuni di essi allo sviluppo della complessità sociale<sup>(27)</sup>; ma le Sezioni unite non se ne avvedono e lo introducono nel più ristretto quadro della necessità di individuare una soglia di rilevanza del pregiudizio di carattere non patrimoniale<sup>(28)</sup> per scongiurare il rischio di danni poco meno che bagatellari<sup>(29)</sup>: una soglia che la Corte reputa attinta se la lesione del-

<sup>(26)</sup> RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, p. 107 ss., in part. p. 109: «la considerazione primaria della posizione del danneggiato richiama immediatamente il ricordato principio di solidarietà, inteso come limite generale dell'operare dei soggetti, e di cui l'ingiustizia si palesa come diretta manifestazione nell'ambito della responsabilità civile».

<sup>(27)</sup> Sul punto v. la critica di PARDOLESI-SIMONE, *op. ult. cit.*, c. 132, i quali riconoscono alla formula del bilanciamento tra principio di solidarietà e dovere di tolleranza un certo fascino ed inoltre l'idoneità ad evocare tecniche familiari (si pensi alla soglia di normale tollerabilità in materia di immissioni) che però si giustificano in un contesto di diritti che si contrappongono e limitano reciprocamente, come accade, per l'appunto, in tema di proprietà. L'obiezione dimentica però che in nessun campo come in quello dei diritti della personalità e dei diritti inviolabili si assiste alla compresenza di interessi confliggenti e parimente meritevoli di tutela e, dunque, insuscettibili di integrale realizzazione, pena la mortificazione del loro opposto: interessi che è dunque gioco forza sottoporre a reciproche limitazioni. Più convincente è invece il rilievo in ordine alla mancata considerazione della funzione di deterrenza: gli aa. sottolineano che «il risarcimento dei danni non 'gravi', ammesso che possano ravvisarsi i profili del *non iure* e del nesso di causa, è in grado di rispondere solo ad una delle funzioni della responsabilità civile, ossia la compensazione, mentre nulla di utile verrebbe sul versante della deterrenza [...] posto che l'impossibile predicibilità dei disappunti quotidiani rischia solo di generare un effetto di *overdeterrence*. Forse, non aver preso in considerazione tale profilo – che, anzi, viene negato nella parte dedicata alla liquidazione – rende opinabile lo sforzo ricostruttivo della corte appena esposto».

<sup>(28)</sup> Accoglie il punto di vista della Suprema Corte e limita la rilevanza del principio di tolleranza al problema dei danni c.d. bagatellari FRANZONI, *op. ult. cit.*, p. 10 ss.

<sup>(29)</sup> Sul problema della non risarcibilità dei danni lamentati in liti bagatellari cfr. GRISI, *op. ult. cit.*, p. 423 ss., il quale ne rileva l'incompatibilità con il principio del risarcimento integrale del danno che la dottrina giudica operativo a tutto campo nel nostro ordinamento (DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, III ed., 2003, p. 272). L'a. reputa che il principio del risarcimento integrale del danno si attenui nel caso del risarcimento dei danni non patrimoniali ossia di pregiudizi non suscettibili per antonomasia di precisa determinazione sicché in luogo di riparazione sarebbe meglio discorrere di ristorazione (così già anche SALVI, *Il danno extraccontrattuale. Modelli e funzioni*, Napoli, 1985, p. 59) ma che la regola dell'esclusione dal risarcimento dei danni bagatellari, per quanto giustificabile in punto di giustizia sostanziale e coerente con le caratteristiche del danno non patrimoniale, sia sprovvista in Italia di un fon-

l'interesse inviolabile della persona sia grave e il conseguente pregiudizio serio, « con la conseguenza che il risarcimento del danno non patrimoniale è dovuto solo nel caso in cui sia superato il livello di tollerabilità ed il pregiudizio non sia futile »<sup>(30)</sup>.

D'altronde la necessità che il danno esibisca una misura tale da renderlo rilevante costituisce – come di recente è stato opportunamente ricordato<sup>(31)</sup> – un principio della responsabilità civile nel suo insieme, se non addirittura un principio di portata ancora più generale<sup>(32)</sup>, peraltro ribadito anche dal *Draft Common Frame of Reference* all'art. VI.-6:102, che introduce la *de minimis rule* secondo cui è irrisarcibile il danno insignificante<sup>(33)</sup>; ma sembra comunque eccessivo ritenere che lo sbarramento rappresentato dalla coppia gravità della lesione dell'interesse personale-serietà del conseguente pregiudizio possa condurre all'ammissibilità del *vulnus* al diritto inviolabile ogni qualvolta la lesione dell'interesse sia grave (e dunque venga integrata l'ingiustizia) e di contro il pregiudizio che ne discende si mantenga lieve<sup>(34)</sup>.

damento normativo. La conclusione (v. anche DI MAJO, *Danno esistenziale o di tipo esistenziale: quale esito?*, cit., p. 414) è che le Sezioni unite abbiano in pratica introdotto la regola dell'indennizzabilità del danno non patrimoniale, sulla falsariga del riformato § 253 BGB, il quale prevede per il danno non patrimoniale la liquidazione di una *billige Entschädigung in Geld*. L'esito raggiunto dalle Sezioni unite, nonché il percorso argomentativo seguito, risulterebbero poco convincenti perché in contrasto con la tendenza, oramai radicata, ad attrarre il danno non patrimoniale nella razionalità risarcitoria, al fine di assicurargli un trattamento quanto più omogeneo possibile al danno patrimoniale, in linea peraltro con le indicazioni offerte da Corte cost., 18 dicembre 1991, n. 485, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). L'idea di fondo è che il risarcimento costituisca la tutela minima dei diritti inviolabili dell'individuo sicché una sua limitazione si pone in contrasto con gli artt. 2 e 24 Cost.

<sup>(30)</sup> Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, n. 3.11.

<sup>(31)</sup> CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, p. 8.

<sup>(32)</sup> Nel diritto penale si è, ad esempio, sviluppato un orientamento interpretativo a carattere teleologico che reputa irrilevante il fatto di reato, ove il bene in concreto leso si riveli di « valore estremamente modesto », anche nei reati di danno astratto (es. furto), nei quali, a differenza di quanto accade nei reati di danno in concreto (es. truffa), sarebbe invero precluso al giudice l'accertamento della mancanza effettiva del danno giacché in tali ipotesi è il legislatore a stabilire *a priori* cosa sia dannoso o meno: sul punto cfr. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2003, p. 241.

<sup>(33)</sup> *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, a cura di Ch. v. Bar ed altri, Monaco, 2008.

<sup>(34)</sup> PARDOLESI-SIMONE, *op. ult. cit.*, c. 132; nonché PONZANELLI, *Sezioni unite: il « nuovo statuto » del danno non patrimoniale*, cit., pp. 136-137 secondo cui: « i diritti inviolabili, se sono tali, devono essere sempre risarciti (anche con un piccolo risarcimento nel caso si trattasse di un danno non serio). La serietà del danno e la gravità dell'offesa devono operare come criteri di risarcimento del danno: non già, invece, quali metri di selezione dei danni non patrimoniali ».

4. – Le conclusioni della Corte fin qui illustrate sono, dunque, sostanzialmente apprezzabili poiché sgomberano il campo da quella categoria scarsamente credibile rappresentata dal danno esistenziale e fanno il paio con l'accantonamento della figura del danno morale subiettivo<sup>(35)</sup> che sta alla base dell'interpretazione pietrificata dell'art. 2059 posta per la prima volta in crisi dall'assai discussa ma per molti aspetti precorritrice sentenza Mengoni della Corte costituzionale del 1994<sup>(36)</sup>. Sulla scelta di sistema che ha consentito il rifiuto del danno esistenziale quale categoria autonoma di danno non si può però altrettanto convenire e la ragione risiede proprio nel fatto che tale scelta ruota attorno ad un'interpretazione dell'art. 2059 c.c. che in definitiva ripropone la rilettura in chiave bipolare e in salsa costituzionale già delineata dalle sentenze del 2003<sup>(37)</sup>: quella rilettura che ha consentito di superare la rigida concezione dei « casi determinati dalla legge » su cui l'art. 2059 si impernia.

Va subito chiarito che la struttura bipolare della responsabilità civile è un dato difficilmente contestabile a causa della natura duplice del danno e del trattamento differenziato riservato al pregiudizio non patrimoniale rispetto a quello patrimoniale, ma ciò non autorizza l'eccesso di semplificazione che assegna all'art. 2043 c.c. la riparazione del danno patrimoniale e all'art. 2059 c.c. la compensazione del danno non patrimoniale. La bipolarità del sistema di responsabilità extracontrattuale riguarda infatti la soglia di accesso al risarcimento delle due tipologie di danno e non anche, come troppo spesso si afferma persino con l'avallo della Suprema corte, la struttura della responsabilità né potrebbe essere diversamente poiché l'art. 2059 c.c. non è norma di fattispecie, ma regola di individuazione delle conseguenze risarcibili<sup>(38)</sup> né è dotato di piena autonomia, ma opera sul presupposto che sussistano tutti gli elementi strutturali della responsabilità delineati dall'art. 2043 c.c.<sup>(39)</sup>.

Le perplessità riguardano, dunque, il diverso profilo della lettura costi-

<sup>(35)</sup> PONZANELLI, *op. ult. cit.*, p. 137 reputa che la negazione al danno morale subiettivo della dignità di categoria autonoma di danno rappresenti la più rilevante novità delle Sezioni unite n. 26972 del 2008.

<sup>(36)</sup> Corte cost., 27 ottobre 1994, n. 372, in *Giur. cost.*, 1994, p. 3129 ss. su cui v. CASTRONOVO, *Danno biologico. Un itinerario di diritto giurisprudenziale*, Milano, 1998, p. 231 ss.

<sup>(37)</sup> Per PARDOLESI-SIMONE, *op. ult. cit.*, c. 130; Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972 ripropone la linea delle sentenze gemelle del 2003 pur precisandone meglio gli snodi.

<sup>(38)</sup> CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 59 e poi DI MAJO, *Danno esistenziale o di tipo esistenziale: quale esito?*, cit., p. 411 considerano l'art. 2059 c.c. come regola di risarcimento omologa nel campo del danno non patrimoniale degli artt. 1223 ss. c.c. in materia di danno patrimoniale.

<sup>(39)</sup> Così anche BUSNELLI, *Le Sezioni unite e il danno non patrimoniale*, cit., pp. 102-103.

tuzionale dell'art. 2059 c.c. volta a superare l'asfittica esegesi dell'espressione i «casi determinati dalla legge» come rinvio alle ipotesi di previsione esplicita del risarcimento dei danni non patrimoniali da parte della legislazione ordinaria, che – com'è noto – dal 1942 fino a pochi anni orsono venivano fatte coincidere con il solo art. 185 c.p. Il progressivo ampliamento delle fattispecie in cui è contemplato il risarcimento del danno non patrimoniale<sup>(40)</sup>, il mutamento di prospettiva prodotto dall'entrata in vigore della Costituzione e dal successivo riconoscimento ad essa di effetti diretti sui rapporti tra privati rispetto al modello statual-legalistico di cui il codice è espressione<sup>(41)</sup> ed infine l'evoluzione della coscienza sociale sempre più favorevole alla tutela per via risarcitoria della persona hanno determinato il superamento dell'iniziale scetticismo nei confronti dell'impiego della responsabilità extracontrattuale nell'area dei valori non patrimonialistici. Ciò ha indotto la giurisprudenza della Corte di Cassazione, seguita dalla Corte costituzionale, a ritenere integrati i «casi determinati dalla legge» anche in presenza di interessi della persona di rilevanza costituzionale<sup>(42)</sup>.

La conseguenza è la messa in presa diretta – peraltro non sempre a proposito<sup>(43)</sup> – dell'art. 2059 c.c. con le norme costituzionali a tutela dell'individuo, sul modello dei primi riconoscimenti del danno biologico e per il tramite del combinato disposto dell'art. 2043 c.c. e dell'art. 32 Cost.<sup>(44)</sup>. È un esito interpretativo che non può essere accolto<sup>(45)</sup>, neppure ora che la let-

<sup>(40)</sup> L'art. 2, l. n. 117 del 1998; l'art. 15, comma 2°, d. lgs. n. 196 del 2003; l'art. 44, d. lgs. n. 286 del 1998; l'art. 2, l. n. 89 del 2001, cui BUSNELLI, *op. ult. cit.*, pp. 116-119, suggerisce di affiancare anche l'art. 709 *ter* c.p.c. in quanto figura affine al «vecchio» danno morale soggettivo, sulla scia di D'ANGELO, *L'art. 709 ter c.p.c. tra risarcimento e sanzione. Un «surrogato» giuridiale della solidarietà familiare?*, in *Danno resp.*, 2008, p. 1205.

<sup>(41)</sup> BUSNELLI, *op. ult. cit.*, pp. 103-104.

<sup>(42)</sup> Il percorso argomentativo della Cassazione è stato anticipato da NAVARRETTA, *La quantificazione del danno non patrimoniale e la tavola dei valori costituzionali*, in *Resp. civ. prev.*, 1997, p. 396 ss., ID., *Art. 2059 c.c. e valori costituzionali: dal limite del reato alla soglia della tolleranza*, in *Danno resp.*, 2002, p. 865 ss., in part. p. 872 ss. la quale però, soprattutto in ID., *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996, p. 320 ss. ha manifestato perplessità sul carattere esaustivo del rinvio alle norme costituzionali per l'integrazione dei «casi determinati dalla legge», in tal modo ponendosi sulla scia di G.B. FERRI, *Oggetto del diritto della personalità e danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. comm.*, 1984, I, p. 155-156, il quale per primo ha ipotizzato il collegamento dell'art. 2059 c.c. e degli artt. 2 e 3 Cost., ma in chiave di re-interpretazione delle disposizioni codicistiche in tema di persona. Sul punto v. ora NAVARRETTA, *I danni non patrimoniali nella responsabilità extracontrattuale*, cit., p. 3 ss.

<sup>(43)</sup> Cfr. CASTRONOVO, *Danno esistenziale: il lungo addio*, cit., p. 7-8 con riferimento agli artt. 29 e 42 Cost.

<sup>(44)</sup> Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, n. 3.3.

<sup>(45)</sup> È condiviso invece da FRANZONI, *op. ult. cit.*, pp. 6-7.

tura costituzionalmente orientata si impernia sui diritti inviolabili <sup>(46)</sup>, perché la formulazione dell'art. 2059 c.c. esclude in radice che il rinvio da essa operato riguardi direttamente le norme costituzionali e non già per un rirgurgito gius-positivista teso alla riaffermazione del mero valore programmatico di ogni disposizione della Carta fondamentale, ma perché la funzione della norma in discorso consiste nel prevedere un filtro ulteriore al risarcimento dei danni non patrimoniali, rispetto a quello già previsto dall'art. 2043 c.c. per il risarcimento del danno in quanto tale: un filtro rimesso al legislatore, il quale deve assumersi la responsabilità di indicare i frangenti in cui tale tipologia di danno vada riparata.

Come ancora di recente si è detto <sup>(47)</sup>, la soluzione più adeguata al problema del risarcimento del danno non patrimoniale posto dal diverso contesto ordinamentale e sociale avrebbe dovuto essere l'abrogazione o la dichiaratoria di incostituzionalità dell'art. 2059 c.c. <sup>(48)</sup>; ma, come è noto, ha prevalso infine la proposta di sottoporre la disposizione in esame ad una rilettura in chiave costituzionale <sup>(49)</sup>, il che comporta però un rischio: quello della surrettizia abrogazione dell'art. 2059 c.c. <sup>(50)</sup>.

L'esito è scongiurabile, ma non è sufficiente prospettare l'introduzione di requisiti ulteriori per la risarcibilità del danno non patrimoniale che attribuiscono all'art. 2059 c.c. una sua specificità, quali la gravità dell'offesa e il conseguente bilanciamento tra il principio di solidarietà verso la vittima e quello speculare di tolleranza <sup>(51)</sup>, poiché il significato complessivo dell'art. 2059 c.c. anche a seguito della rimodulazione in senso costituzionale sembra così riassumibile: l'art. 2059 c.c. introduce un filtro al risarcimento del danno non patrimoniale che si colloca però sul piano della legislazione ordinaria o delle fonti ad essa equiparata. Il che non implica certo che tale filtro debba necessariamente identificarsi con una previsione tipica proprio a causa dell'abbandono del paradigma positivistico di stampo legalistico che l'avvento della Costituzione ha contribuito a determinare. Ciononostante il filtro resta sempre di rango subcostituzionale e va, dunque, attuato mediante un meccanismo, diverso dalla tecnica della sussunzione in una fatti-

<sup>(46)</sup> Contra NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali*, cit., cc. 139-140.

<sup>(47)</sup> BUSNELLI, *op. ult. cit.*, p. 104.

<sup>(48)</sup> Così SCALFI, *Reminiscenze dogmatiche per il c.d. danno alla salute: un ripensamento della Corte Costituzionale*, in *Resp. civ. prev.*, 1986, p. 534.

<sup>(49)</sup> L'originaria proposta è di FERRI, *op. ult. cit.*, p. 155 ss., nonché ID., *Il danno alla salute e l'economia del dolore*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, p. 795 ss.

<sup>(50)</sup> BUSNELLI, *Chiaroscuri d'estate. La Corte di cassazione e il danno alla persona*, in *Danno resp.*, 2003, p. 827.

<sup>(51)</sup> BUSNELLI, *op. ult. cit.*, p. 827.

specie astratta di contenuto analitico, ma pur sempre correlato ad una norma specifica da cui emerga l'indicazione da parte del legislatore di un criterio di giudizio cui sottoporre gli indici di rilevanza giuridica degli interessi della persona provenienti dalla Carta fondamentale. Viceversa il prospettato filtro ulteriore rischia di essere vanificato dalla *Drittwirkung* per via dell'art. 2059 c.c. <sup>(52)</sup>: la lettura combinata di tale disposizione con le norme costituzionali finisce per aggirare di fatto il vincolo dell'espressa previsione di legge ordinaria, che poi non è altro che il vincolo di un'ingiustizia particolarmente qualificata. In questo modo, si introduce per via pretoria una regola di risarcimento del danno non patrimoniale inedita e contraria rispetto a quella desumibile dall'art. 2059 c.c. <sup>(53)</sup>. Ciò ha indotto a ritenere in dottrina che pronunzie quali le già ricordate sentenze cd. gemelle del 2003 vadano ascritte al genere delle decisioni giudiziarie che non risolvono alcun conflitto interpretativo, o per lo meno non in via primaria, e introducono invece nel sistema giuridico figure nuove ma declinate secondo un vocabolario tradizionale <sup>(54)</sup>.

Il rigoroso rispetto di quanto emerge dal tenore letterale dell'art. 2059 c.c. implicherebbe, dunque, – lo si è già anticipato – il risarcimento dei danni non patrimoniali esclusivamente se oggetto di espressa previsione di legge, ma questa soluzione appare inaccettabile proprio alla luce dell'attuale diverso quadro ordinamentale e dell'evoluzione della coscienza sociale, la quale corre più veloce dell'innovazione legislativa e pone domande di giustizia pressanti che non si possono eludere. Si deve, pertanto, elaborare una soluzione di compromesso che però non faccia violenza al tenore dell'art. 2059 c.c. e soprattutto al filtro particolarmente rigoroso da esso imposto e la via è offerta dal riconoscimento della risarcibilità di quei danni che siano frutto della lesione di profili della personalità umana tutelati dalla Costituzione, ma tramite la mediazione di una disposizione di

<sup>(52)</sup> *Contra* NAVARRETTA, *op. ult. cit.*, c. 139.

<sup>(53)</sup> BUSNELLI, *Le Sezioni unite e il danno non patrimoniale*, cit., p. 105 segnala che «il 'completamento', ad opera delle Sezioni unite, della ricostruzione avviata dalle 'sentenze gemelle' ha finito paradossalmente per acuire le divaricazioni tra il volto vetero-codicistico della norma ('i casi determinati dalla legge') e la sua immagine neo-costituzionale proprio nel momento in cui viene declamata la previsione dell'art. 2059 'come norma deputata alla tutela risarcitoria del danno non patrimoniale inteso nella sua più ampia accezione'».

<sup>(54)</sup> NIVARRA, *Diritto privato e teorie analitiche del diritto*, in *Europa dir. priv.*, 2004, pp. 949-952: «descrivere queste decisioni come esplicative di una regola *regola iuris*, alternativa ad un'altra e dotata di analogo grado di plausibilità, presente allo stato di latenza nel sistema, a me pare una notevole forzatura. [...] L'esito finale è l'introduzione all'interno del sistema giuridico di *regulae* che si coagulano intorno a figure nuove non dal punto di vista dell'involucro linguistico-concettuale (diritto soggettivo, danno), ma dal punto di vista contenutistico».

legge ordinaria, che non può essere altro se non l'art. 2043 c.c. <sup>(55)</sup>. Ciò peraltro costituirebbe la sostanziale attuazione della proposta di inquadramento dei danni alla persona formulata oramai più di un cinquantennio addietro da Renato Scognamiglio <sup>(56)</sup>, e di recente da lui riproposta <sup>(57)</sup>, anche se la prospettiva qui suggerita contiene un elemento di novità: i danni alla persona, ove non siano oggetto di espressa previsione, non sono riconducibili in via autonoma e risolutiva all'art. 2043 c.c. poiché la norma che ne consente il risarcimento resta l'art. 2059 c.c.; mentre l'art. 2043 c.c., in combinato disposto con le norme costituzionali che riconoscono i diritti inviolabili della persona, rappresenta la norma verso cui opera il rinvio disposto dall'art. 2059 c.c. tramite il sintagma «nei casi determinati dalla legge».

È, per l'appunto, la disposizione di cui all'art. 2043 c.c., integrata di volta in volta dalla norma costituzionale di copertura dell'interesse della persona che nello specifico viene leso, a costituire un « caso determinato dalla legge » ulteriore rispetto alle singole fattispecie tipizzate. In tal modo si crea un sistema di rilevanza del danno non patrimoniale a doppio regime, che risente della duplicità di significato del sintagma « casi determinati dalla legge » <sup>(58)</sup>: il primo canale del risarcimento del danno non patrimoniale è costituito dalle ipotesi testuali di risarcibilità di tale forma di pregiudizio; mentre il secondo canale è rappresentato dall'art. 2043 c.c. letto in combinato disposto con le norme costituzionali poste a presidio dei valori della persona <sup>(59)</sup>.

Il filtro particolarmente severo cui sono assoggettati *ex art. 2059* i pregiudizi non patrimoniali, ove si ritenga soddisfatto dalla presenza di diritti inviolabili di rango costituzionale mediati dall'art. 2043 c.c., implica la necessità di attingere ad una soglia più alta rispetto alla generale ingiustizia del danno. L'art. 2059 c.c. impone di appurare la sussistenza di un'ingiustizia qualificata nel pregiudizio non economico lamentato che viene offerta dalla qualità dell'interesse leso, il quale non basta che sia genericamente protetto dall'ordinamento ma deve costituire addirittura l'oggetto di una speci-

<sup>(55)</sup> *Contra* DI MAJO, *op. cit.*, p. 414.

<sup>(56)</sup> R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, p. 277 ss.; *Id.*, voce *Danno morale*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960, p. 146 ss.

<sup>(57)</sup> R. SCOGNAMIGLIO, *Danni alla persona e danno morale*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, p. 463 ss.

<sup>(58)</sup> *Contra* BUSNELLI, *op. ult. cit.*, p. 113 ss. il quale esclude che «i casi determinati dalla legge» diversi dal reato costituiscano un distinto ed autonomo modello di risarcimento del danno non patrimoniale poiché le fattispecie tipiche o sono riconducibili al modello dei pregiudizi conseguenti alla lesione di diritti inviolabili della persona (fatta astrazione per il biologico) o al modello dei pregiudizi cagionati da reato.

<sup>(59)</sup> Così CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, p. 6.

fica tutela costituzionale e riconnettersi alla tutela della persona in quanto tale <sup>(60)</sup>.

La conclusione è, dunque, la seguente: il risarcimento del danno non patrimoniale trova la propria sede normativa nell'art. 2059 c.c., il quale fa rinvio alle fattispecie legali tipiche di tutela risarcitoria dei valori della persona e all'art. 2043 c.c. in combinato disposto con le norme costituzionali che riconoscono la persona e le sue specificità. In altri termini, il rinvio operato dall'art. 2059 c.c. si indirizza sempre in via diretta alla sola legislazione ordinaria e soltanto in via indiretta alle disposizioni della Carta fondamentale. Ciò non autorizza, però, a ritenere che, per converso, l'art. 2043 c.c. disciplini il solo danno patrimoniale giacché tale disposizione non distingue tra patrimonialità o meno della perdita e, pertanto, riguarda il danno in generale, quale riduzione di utilità, a prescindere dalla loro natura, purché tale perdita sia connotata dal requisito dell'ingiustizia.

D'altronde, anche la necessità avvertita dalla Suprema Corte – e già ricordata – di operare un bilanciamento tra l'esigenza di protezione della sfera giuridica del danneggiato e la preoccupazione di non vessare il danneggiante facendogli sobbarcare il costo di danni scarsamente rilevanti si giustifica soltanto nel quadro del sindacato di ingiustizia; mentre perde di significato, rivelandosi addirittura incongruo, nel contesto dell'antigiuridicità e del relativo automatismo di selezione dei danni su cui poggia l'art. 2059 c.c. rigorosamente inteso <sup>(61)</sup>.

Ad un'analisi attenta, è la Corte di Cassazione medesima ad avallare la soluzione dell'ingresso delle disposizioni costituzionali nel corpo dell'art. 2059 c.c. tramite l'art. 2043 c.c. quando afferma che «il pregiudizio di tipo esistenziale [...] è quindi risarcibile solo entro il limite segnato dalla ingiustizia costituzionalmente qualificata dell'evento di danno. Se non si riscontra lesione di diritti costituzionalmente inviolabili della persona non è data tutela risarcitoria. [...] Per superare tale limitazione, è stata prospettata la tesi secondo cui la rilevanza costituzionale non deve attenere all'interesse leso, bensì al pregiudizio sofferto. [...] Essa si risolve sostanzialmente nell'abrogazione surrettizia dell'art. 2059 c.c. nella sua lettura costituzionalmen-

<sup>(60)</sup> CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, pp. 6-7: «tutto questo in una prospettiva sistematica significa che non necessariamente l'ingiustizia del danno ammonta a risarcibilità del medesimo. Più precisamente che, mentre l'ingiustizia rende risarcibile sempre il danno patrimoniale, da essa non sempre consegue l'obbligazione di risarcire il danno non patrimoniale. Ciò vale in particolare per i diritti pur forniti di dignità costituzionale che non sono volti a tutelare la persona come tale».

<sup>(61)</sup> Sulla diversità di significato di ingiustizia ed antigiuridicità e sul distinto congegno operativo cui esse mettono capo cfr. PIRAINO, «*Ingiustizia del danno*» e *antigiuridicità*, in *Europa dir. priv.*, 2005, p. 703 ss.

te orientata, perché cancella la persistente limitazione della tutela risarcitoria (al di fuori dei casi determinati dalla legge) ai casi in cui il danno non patrimoniale sia conseguenza della lesione di un diritto inviolabile della persona, e cioè in presenza di ingiustizia costituzionalmente qualificata dell'evento dannoso»<sup>(62)</sup>.

Il riferimento all'ingiustizia del danno serpeggia anche nei discorsi della dottrina che guarda con favore alla diretta rilettura dell'art. 2059 c.c. alla luce delle disposizioni costituzionali, esprimendo un giudizio di piena condivisione dell'assetto impresso dalle Sezioni unite alla materia dei danni non patrimoniali: «come il danno patrimoniale, anche il danno non patrimoniale deve essere sottoposto ad un duplice giudizio: quello che attiene alla meritevolezza dell'interesse leso, sotto il profilo dell'ingiustizia del danno, e quello che riguarda la sussistenza delle conseguenze della lesione»<sup>(63)</sup>. Tutto ciò conferma che il referente concettuale del riassetto della materia del danno non patrimoniale prospettato dalle Sezioni unite, ed avallato da parte della dottrina, vada intravvisto nel criterio dell'ingiustizia di cui all'art. 2043 c.c., sebbene né la Cassazione né alcuni dei primi commentatori sembrano essersene avveduti<sup>(64)</sup>.

<sup>(62)</sup> Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, n. 3.5. Le Sezioni unite non si avvedono del fatto che l'art. 2059 c.c. e l'art. 2043 c.c. contengono due criteri di selezione dei danni irriducibili l'uno all'altro: se agli occhi del Supremo Collegio la lettura dell'art. 2059 c.c. alla luce dei valori della persona rilevanti sul piano della Carta fondamentale dà luogo ad un'ingiustizia costituzionalmente qualificata, ciò significa che si è andati oltre l'art. 2059 c.c. e si è già nell'ambito dell'art. 2043 c.c. e, quindi, ove il danno non patrimoniale non sia tipico, il suo risarcimento si radica nell'art. 2059 c.c., ma non è in esso che si compie lo scandaglio di rilevanza del pregiudizio, giacché per rinvio tale sindacato viene rimesso dallo stesso art. 2059 c.c. all'art. 2043 c.c.

<sup>(63)</sup> FRANZONI, *op. ult. cit.*, p. 10, il quale prosegue affermando che «la negazione dell'autonomia del danno esistenziale rispetto al danno non patrimoniale è funzionale alla Suprema Corte per negare il risarcimento ad alcuni asseriti illeciti. Il ragionamento è condotto su un duplice fronte quello della mancanza di ingiustizia del danno e quello della mancanza di vere e proprie conseguenze che possano legittimare un risarcimento, secondo la comune considerazione». La centralità dell'ingiustizia è segnalata anche da PALMIERI, *op. ult. cit.*, c. 125; PARDOLESI-SIMONE, *op. ult. cit.*, c. 130-131; PONZANELLI, *Sezioni unite: il «nuovo statuto» del danno non patrimoniale, cit.*, c. 136-137; C. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, pp. 266-267.

<sup>(64)</sup> Si mostra contrario al richiamo dell'art. 2043 c.c. DI MAJO, *op. ult. cit.*, pp. 410-411 e p. 412. secondo cui la linea interpretativa inaugurata dalle sentenze gemelle del 2003 «non è più così netta e precisa nella pronunzia delle Sezioni unite là dove esse insistono sul collegamento con l'art. 2043, così che anche la risarcibilità del danno-*conseguenza* possa sottrarsi in certa misura alle 'forche caudine' dell'art. 2059». L'a. reputa il riferimento all'art. 2043 c.c. non esaustivo e neppure soddisfacente poiché, una volta ricostruito il piano degli interessi personali coperti dalla tutela risarcitoria, resta irrisolto il problema della selezione dei danni-

Nei termini fin qui enunciati, il rinvio dell'art. 2059 c.c. all'art. 2043 c.c. in combinato disposto con le norme costituzionali a tutela della persona si risolve in una mera correzione in punto di dogmatica del superamento della rigida interpretazione tradizionale dei « casi determinati dalla legge ». È, dunque, necessario domandarsi se la soluzione interpretativa del doppio canale della tutela risarcitoria contro i danni non patrimoniali non riveli anche conseguenze sul piano applicativo.

Al riguardo, sembra proprio di poter affermare che l'invocazione dell'art. 2043 c.c. in sede di rinvio determini riflessi consistenti sul versante delle regole operative perché comporta l'affermazione di un sistema di rilevanza progressiva dei danni non patrimoniali. La progressione è data dalla diversa ampiezza dell'area della risarcibilità a seconda del canale attraverso cui si approda al risarcimento del danno non patrimoniale.

L'art. 2059 c.c., ove dia luogo al primo modello di risarcimento del danno alla persona, quello del rinvio ad una fattispecie tipica, consente la riparazione incondizionata e più ampia possibile del danno non patrimoniale in quanto idonea ad abbracciare un intero arco che va dalle conseguenze della lesione dell'integrità psicofisica fino alla sofferenza e ai turbamenti soggettivi, secondo una valutazione che deve mirare all'unitarietà della liquidazione, a patto che vengano esplicitati i criteri di liquidazione adottati per evitare che la liquidazione unitaria si traduca « in un numero oscuro »<sup>(65)</sup>.

Una tale certezza ed ampiezza del risarcimento non può essere garanti-

---

conseguenza da ristorare « giacché anche il positivo accertamento circa l'ingiustizia del danno non rende *tout court* automaticamente risarcibili tutte le, infinite e variabili, ripercussioni e/o conseguenze, di tipo soggettivo od oggettivo, che quell'evento è destinato ad avere nella sfera del soggetto ». L'a. rimprovera che « ancora una volta si tende ad ignorare come altro è il piano della fattispecie dell'illecito dannoso (art. 2043), altro quello delle regole che presiedono al suo risarcimento ». Emerge dunque l'esigenza di individuare regole di limitazione dei danni risarcibili e la proposta dell'a. (già formulata in ID., *Tutela risarcitoria: alla ricerca di una tipologia*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 265) consiste nella ricostruzione della tutela risarcitoria su base tipologica « così da evitare che essa debordi verso altre forme di tutela affatto generiche, che si intendono apprestare contro ogni tipo di pregiudizio e/o malessere o di stati di disagio o di 'disutilità' che i soggetti abbiano a lamentare a seguito di comportamenti altrui ». L'approccio tipologico trova favorevole BUSNELLI, *op. ult. cit.*, p. 107, secondo cui « parlare di un principio di tipicità dei danni non patrimoniali significa, dunque, evocare - e valorizzare - un processo di 'tipizzazione', ad opera del 'diritto vivente' prima ancora che del 'diritto vigente', di alcuni modelli di danno non patrimoniale che le 'sentenze gemelle', e ancor decisamente la Corte costituzionale, avevano provveduto a enucleare: 'danno morale subiettivo', inteso come transeunte turbamento dello stato d'animo della vittima; danno biologico in senso stretto [...]; danno (spesso definito in dottrina e in giurisprudenza come danno esistenziale) derivante dalla lesione di (altri) interessi di rango costituzionale inerenti alla persona ».

<sup>(65)</sup> Così NAVARRETTA, *op. ult. cit.*, c. 143.

ta dall'art. 2059 c.c., quando esso operi tramite il secondo canale di rilevanza del danno alla persona, poiché il rinvio all'art. 2043 c.c. in combinato disposto con le norme costituzionali comporta l'assoggettamento al sindacato di ingiustizia, il quale implica una valutazione caso per caso che non necessariamente culminerà nel riconoscimento del carattere *contra ius* del pregiudizio lamentato, come tutt'al contrario accade nel modello precedente, dove alla valutazione in concreto si sostituisce la predeterminazione della legge.

Ancora, se è messa in campo l'ingiustizia cd. costituzionale, non residua alcuno spazio per il risarcimento di quelle poste di danno eminentemente soggettive e psicologiche, quali la sofferenza pura e i turbamenti d'animo, che per la loro imponderabilità esigono una chiara opzione di politica del diritto da parte del legislatore, il quale, sancendo espressamente la risarcibilità del danno non patrimoniale, imprime alla forma di illecito tipizzata che ne è la causa il crisma normativo della gravità, che solo giustifica la riparazione di tipologie di pregiudizi per definizione non accertabili su basi oggettive. D'altronde, qualora la rilevanza dell'interesse non patrimoniale non discenda direttamente dalla legge ma costituisca il frutto della triangolazione art. 2059 / art. 2043 / norma costituzionale, se ne deve trarre come conseguenza la sola risarcibilità di quei danni che siano coerenti con la natura e il contenuto dell'interesse protetto dalla Costituzione.

5. – Al di là delle predette censure di ordine sistematico e delle pur rilevanti ricadute pratiche, anche la bontà del disconoscimento del danno esistenziale quale autonoma categoria di danno attuato dalle Sezioni unite rischia di rimanere in parte inficiato da talune oscillazioni della pronuncia non del tutto comprensibili. È facile profezia ritenere, infatti, che i sostenitori del danno esistenziale avranno buon gioco nel riportare lo spirito della sentenza al motto gattopardesco: «se vogliamo che tutto rimanga come è, bisogna che tutto cambi»<sup>(66)</sup>. Ed invero particolarmente ambigui appaiono i ragionamenti che muovono dalla concezione unitaria del danno non patrimoniale<sup>(67)</sup>, proseguono negando la natura di figure autonome al danno morale subiettivo e al danno esistenziale, ma poi si lanciano in distinzioni tanto sottili quanto oscure proclamando che «nell'ambito della categoria generale del danno non patrimoniale, la formula 'danno morale' non indi-

<sup>(66)</sup> Concorde anche DI MAJO, *op. ult. cit.*, p. 413.

<sup>(67)</sup> Al riguardo PARDOLESI-SIMONE, *op. ult. cit.*, c. 133 si domandano come si possa conciliare l'idea dell'unitarietà del danno non patrimoniale e la riduzione anche della figura del danno biologico a mera sintesi descrittiva dell'unitario pregiudizio non economico con il dato normativo che ha oramai elevato il danno biologico ad istituto legale: si pensi agli artt. 13, d.p.r. n. 38 del 2000, artt. 138 e 139, d. lgs. n. 209 del 2005.

vidua una autonoma sottocategoria di danno, ma descrive, tra i vari possibili pregiudizi non patrimoniali, un tipo di pregiudizio, costituito dalla sofferenza soggettiva cagionata dal reato in sé considerata»<sup>(68)</sup>. Un tipo di pregiudizio cos'altro rappresenta se non una sottocategoria di danno? Ed ancora, si pensi alla chiosa dedicata alla figura del danno da perdita di rapporto parentale: «in questo caso, vengono in considerazione pregiudizi che, in quanto attengono all'esistenza della persona, per comodità di sintesi possono essere descritti e definiti come essenziali, senza che tuttavia possa configurarsi una autonoma categoria di danno»<sup>(69)</sup>.

Il quadro diventa ancora più confuso quando la Corte si produce in valutazioni sulla determinazione del *quantum* risarcibile e, per limitarne l'ammontare, non riesce a fare di meglio che rispolverare proprio quel ventaglio di specificazioni del danno non patrimoniale che in precedenza ha tentato di archiviare, mettendo in guardia i giudici di merito dalle duplicazioni delle poste di danno provocate dal riconoscimento congiunto del danno biologico e del danno morale nelle ipotesi di fatti dannosi costituenti anche reato; del danno da perdita di rapporto parentale e del danno morale; del danno biologico e del danno da perdita o compromissione della sessualità ed ancora del danno biologico e del danno cd. estetico. È evidente che tali oscillazioni ed incoerenze argomentative fanno ancora della pronuncia delle Sezioni unite una tappa intermedia nel cammino verso un assetto finalmente condiviso del danno alla persona e non già l'auspicato capitolo finale.

Il giudizio non sembri impietoso. In altre parole, alla proclamata unitarietà del danno alla persona e al suggello dell'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. non fa il paio la capacità del Supremo collegio di accantonare le categorie ricevute dalla fase precedente del dibattito sulla tutela aquiliana della persona – per intenderci, quella caratterizzata dalla proliferazione delle figure di danno: tante quanto sono gli aspetti della personalità umana astrattamente isolabili – al fine di inaugurare anche una nuova stagione del linguaggio e dei concetti con cui descrivere il danno non patrimoniale. Non si tratta di un'esigenza di igiene terminologica e concettuale, ma di un cambiamento radicale di prospettiva, reso necessario dalla consapevolezza che, proprio nel campo del risarcimento del danno non patrimoniale, i nomi si rivelano dotati di forza creativa. L'abbaglio di dottrina e giurisprudenza è consistito, infatti, nel pretendere che ad ogni etichetta corrisponda una sostanza in termini di danno tale da esigere una liquidazione a sé stante ossia nel cedimento al fascino dell'abracadabra in

<sup>(68)</sup> Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, n. 2.10.

<sup>(69)</sup> Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, n. 3.4.2.

un contesto di assenza di referenti oggettivi, nel quale pertanto è fin troppo agevole procedere per ipostatizzazioni.

Va però detto – a parziale giustificazione delle Sezioni unite – che il ricorso alle categorie vecchie per descrivere una situazione nuova è un passaggio tipico di tutte le fasi di transizione ed è suggerito dall'esigenza di una piena intelligibilità da parte di un pubblico fortemente pervaso dalle nozioni che il nuovo corso intende ripudiare.

Di tutt'altro segno, e ben più rilevante, è invece la critica che colpisce l'idea dell'unitarietà del danno non patrimoniale, additata come «l'insidia più vistosa che mina alla base la 'tenuta' della ricostruzione portata a compimento dalle Sezioni unite»<sup>(70)</sup>. Il rischio paventato è che l'ideologia dell'unitarietà conduca allo svilimento dei modelli di danno non patrimoniale enucleati dal diritto vivente e che non debbono venire sacrificati sull'altare dell'unità della nozione di danno non patrimoniale poiché tali modelli descrivono altrettanti tipi di pregiudizio che «si diversificano in ragione delle distinte funzioni – compensativa, solidaristico-satisfattiva, sanzionatoria – a cui si ispira il relativo risarcimento»<sup>(71)</sup>. Sarebbe, dunque, la diversità di funzioni esplicate dal risarcimento del danno a seconda della tipologia di pregiudizio a giustificare la conservazione di distinti modelli di danno<sup>(72)</sup>, il che è plausibile sempreché si riesca a dimostrare che la responsabilità assolve in effetti a diverse funzioni nell'ambito dei danni alla persona e non piuttosto ad un'unica funzione per tutti i possibili pregiudizi non patrimoniali, quella solidaristico-satisfattiva, cui si affianca la funzione di riparazione, esclusiva invece del risarcimento dei danni patrimoniali<sup>(73)</sup>.

Il piano sul quale, viceversa, le Sezioni unite sbagliano senza alcuna attenuante è quello del rapporto tra l'art. 2043 c.c. e l'art. 2059 c.c.: la circostanza che la prima disposizione si imperni sul danno ingiusto mentre la seconda su di un rinvio alla legge peraltro riferito anche alla Carta costituzionale suggerisce alla Suprema Corte l'idea di una diversità del filtro all'ammissione dei danni contenuto nelle due disposizioni che si basa sulla maggiore discrezionalità di cui gode il giudice nel saggiare il requisito dell'ingiustizia rispetto all'accertamento della ricorrenza di un caso previsto dalla legge, poiché, nel secondo caso, non si può prescindere da un espresso rico-

<sup>(70)</sup> BUSNELLI, *op. ult. cit.*, p. 106 ss.

<sup>(71)</sup> BUSNELLI, *op. ult. cit.*, pp. 106-107.

<sup>(72)</sup> BUSNELLI, *op. ult. cit.*, pp. 108-111 ravvisa nel risarcimento del danno biologico una funzione compensativa; nel risarcimento del danno da reato – al netto del biologico e del danno da lesione di altri diritti inviolabili della persona – una funzione composita perché tanto satisfattiva quanto sanzionatoria e, infine, nel risarcimento del danno da lesione di altri diritti inviolabili della persona una funzione solidaristico-satisfattiva.

<sup>(73)</sup> Così MESSINETTI, *op. ult. cit.*, p. 477; GRISI, *op. ult. cit.*, pp. 426-427.

noscimento normativo, foss'anche compiuto soltanto a livello costituzionale.

La Suprema Corte prosegue affermando che, nel quadro della bipolarità che caratterizza il sistema di responsabilità extracontrattuale, « il risarcimento del danno patrimoniale da fatto illecito è connotato da atipicità, postulando l'ingiustizia del danno di cui all'art. 2043 c.c. a lesione di un qualsiasi interesse giuridicamente rilevante (sent. n. 500 del 1999), mentre quello del danno non patrimoniale è connotato da tipicità, perché tale danno è risarcibile solo nei casi determinati dalla legge e nei casi in cui sia cagionato da un evento di danno consistente nella lesione di specifici diritti inviolabili della persona »<sup>(74)</sup>.

In primo luogo, se l'interesse patrimoniale leso deve essere giuridicamente rilevante per dar luogo ad ingiustizia, allora il sistema non è atipico ed è piuttosto, come sostiene Carlo Castronovo, tipico in termini progressivi<sup>(75)</sup>. Ma al di là di questo rilievo, evocando la coppia tipicità-atipicità, la Suprema Corte ha tradito un difetto di riflessione<sup>(76)</sup>.

Una parte della dottrina contesta, infatti, l'idea della tipicità del sistema di responsabilità per danno non patrimoniale già a partire dal primo dei meccanismi di selezione dei pregiudizi non economici da ammettere al risarcimento: la riconducibilità, per lo meno in astratto, delle ipotesi di illecito civile a fattispecie di reato. E così è apparsa contraddittoria rispetto alle premesse la conclusione delle Sezioni unite secondo cui il reato implica la risarcibilità del danno non patrimoniale nella sua accezione più ampia, inclusiva anche dei pregiudizi che siano frutto della lesione di interessi personali non presidiati da disposizioni costituzionali, poiché ciò significa attribuire all'astratta configurabilità del reato un potere selettivo della meritevolezza dell'interesse leso che in realtà il reato non possiede. Il congegno selettivo del reato dovrebbe porre in ogni caso l'interrogativo se l'amplissimo ventaglio di pregiudizi non patrimoniali prospettabile includa danni tutti reputabili ingiusti, ma nelle argomentazioni della Suprema Corte la risposta è apodittica, poiché essa risulta fornita dalla stessa disposizione di cui all'art. 2059 c.c. che pone il problema: « quanto dire che, in questo caso, l'ingiustizia è autoreferenziale. Ogni disvalore discendente da reato è per definizione ingiusto »<sup>(77)</sup>.

<sup>(74)</sup> Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, n. 2.8.

<sup>(75)</sup> CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 451 ss. Cadono nel medesimo equivoco delle Sezioni unite anche PARDOLESI-SIMONE, *op. ult. cit.*, c. 129.

<sup>(76)</sup> Così anche DI MAJO, *Danno esistenziale o di tipo esistenziale: quale esito?*, cit., pp. 411-412, il quale segnala che « una forma di 'tipicità', sia pure relativa, è anche propria del danno patrimoniale se è vero che l'ingiustizia del danno presuppone le lesione di una situazione soggettiva e/o comunque di un interesse (ritenuto) giuridicamente rilevante ».

<sup>(77)</sup> PARDOLESI-SIMONE, *op. ult. cit.*, cc. 130-131.

Il rilievo non va, però, a segno perché la selezione mediante la natura anche penale del fatto dannoso mette in campo quel requisito dell'antigiuridicità che, invece, non costituisce un elemento costitutivo della fattispecie generale di responsabilità delineata dall'art. 2043 c.c. <sup>(78)</sup>. E l'antigiuridicità, se correttamente intesa, significa proprio questo: che l'analisi giuridica può anche non spingersi sul terreno della valutazione del rilievo giuridico dell'interesse leso ed arrestarsi invece alla constatazione della violazione del divieto di legge, il cui contenuto rende giuridicamente protetti tutti gli interessi rispetto alla cui preservazione quel divieto si pone in termini strumentali. D'altronde, se la sofferenza pura e i disagi non vengono risarciti nei casi di condotte dannose costituenti reato, in quali occasioni è allora concepibile la loro riparazione?

Una lettura autorevole <sup>(79)</sup> concorda sull'inconsistenza della tipicità del sistema di responsabilità per danni non patrimoniali proclamata dalle Sezioni unite e ciò sulla base della scelta di ritenere il pregiudizio di tipo esistenziale « risarcibile solo entro il limite segnato dalla ingiustizia costituzionalmente qualificata dell'evento di danno » <sup>(80)</sup>, la quale mette in campo l'art. 2043 c.c.

L'ampliamento dell'ambito di applicazione dell'art. 2059 c.c. tramite il rinvio ai diritti inviolabili della persona, nell'imprimere al sistema del risarcimento del danno non patrimoniale una sorta di atipicità di rimbalzo, comporterebbe inoltre una significativa attenuazione del filtro alla risarcibilità dei pregiudizi non patrimoniali, poiché « una volta garantita la presenza del modello dell'art. 2043 v'è il « mare aperto » del pregiudizio da riparare, patrimoniale o non patrimoniale che esso abbia a definirsi, e purché legato da nesso causale con la condotta », con l'unico temperamento costituito dall'onere di fornire la prova del danno effettivo, sebbene anche tale limitazione appaia insufficiente a causa della natura sovente *in re ipsa* del pregiudizio.

Ora, pur convenendosi sulla coloritura di atipicità assunta dall'art. 2059 c.c. a seguito del collegamento con i diritti inviolabili della persona, appare forse eccessivo paventare la « liberalizzazione » del danno non patrimoniale poiché il rinvio alle norme costituzionali di tutela della persona costituisce di per sé un setaccio a maglie più strette della generica ingiustizia. Va riconosciuto però che il problema del danno alla persona non si esaurisce certo sul piano della natura *contra ius* del pregiudizio, ma investe anche l'accertamento delle conseguenze pregiudizievoli ed anche su questo punto le Sezioni unite avrebbero potuto dire qualcosa in più. Ciò che la dottrina in

<sup>(78)</sup> CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, p. 17 ss.; PIRAINO, *op. ult. cit.*, p. 721 ss.

<sup>(79)</sup> DI MAJO, *op. ult. cit.*, p. 412.

<sup>(80)</sup> Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, n. 3.5.

esame trascura e che il Supremo collegio non ha chiarito a sufficienza è che il *deficit* di evidenza oggettiva del danno non patrimoniale – salvo il caso del danno biologico – costringe ad inferirne l'esistenza dalla natura dell'interesse leso, dalla gravità della lesione e, al limite, dalle modalità concrete – ad es. dolose – della condotta e, quindi, anche la proposta di una tipizzazione delle conseguenze dannose non può che muoversi principalmente sul terreno dell'evento di danno.

In altri termini, nel danno non patrimoniale la specola della natura dell'interesse e del fatto generatore del pregiudizio costituisce la prospettiva principale, ma questo non autorizza a parlare di danno *in re ipsa*, il quale non è altro che una *contradictio in adiecto* e presuppone un giudizio in astratto del tutto incompatibile con lo scandaglio appena prospettato<sup>(81)</sup>. Il danno di per sé presuppone, infatti, che dalla lesione di un interesse discenda per necessità logica un corrispondente tipo di pregiudizio; mentre l'analisi che muove dall'evento di danno implica valutazioni in concreto e si regge sull'idea assai diversa secondo cui, se non si può affermare che la violazione di determinati interessi ammonti di per sé ad un danno senza bisogno di una prova specifica, si può però negare che la violazione di taluni altri interessi (quelli non oggetto di tipizzazione legale né tutelati da disposizioni costituzionali) provochi pregiudizi non patrimoniali.

La valutazione a partire dalla natura dell'interesse e dall'evento dannoso rappresenta, in sintesi, il completamento della traiettoria argomentativa qui proposta che esclude l'integrazione dell'art. 2059 c.c. sulla scorta del rinvio diretto alle norme costituzionali sui diritti inviolabili della persona, le quali si devono, tutt'al contrario, incanalare nell'art. 2043 c.c., assoggettandosi al sindacato di ingiustizia, prima di integrare la fattispecie di « caso determinato dalla legge ».

La prospettiva della tipicità della responsabilità da danno non patrimoniale, inoltre, appare di certo inadeguata se si pone l'attenzione sul rapporto tra dettato costituzionale e normativa ordinaria<sup>(82)</sup>, e a sua volta l'idea di una tipicità elastica imperniata sui diritti costituzionali inviolabili sembra

<sup>(81)</sup> Ritiene che non si debba tornare indietro sul fronte del danno *in re ipsa*, come peraltro le Sezioni unite escludono, C. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 268.

<sup>(82)</sup> Anche PALMIERI, *op. ult. cit.*, c. 127 è scettico sulla possibilità di erigere un sistema tipico di responsabilità sulla base dell'ancoraggio al catalogo costituzionale dei diritti inviolabili dell'uomo. E così anche PARDOLESI-SIMONE, *op. ult. cit.*, c. 130-131, i quali rilevano che tanto il filtro costituito dalle ipotesi di illeciti civili che integrano al contempo un reato, quanto il filtro delle norme costituzionali relative ai diritti inviolabili della persona « si aprono orizzontalmente, recuperando, [...] spazi ragguardevoli di flessibilità espansiva ».

poco credibile perché contraddittoria<sup>(83)</sup>. Tutti sono disposti a riconoscere che il contenuto delle norme costituzionali, specialmente di quelle che enunciano diritti inviolabili o principi legati al valore della persona, è assai lontano dal tenore analitico delle disposizioni di grado inferiore, sempreché a fattispecie chiusa, caratterizzate da un tasso di specificità nella formulazione linguistica che le disposizioni costituzionali non potrebbero mai esibire. La formulazione aperta della norma costituzionale comporta – a voler adoperare il canone ebraico – la possibilità per l'interprete di agire come ammonisce *Ben Bag Bag* nell'accostarsi alla Torah: « girala e poi rigirala, perché in essa si trova tutto »<sup>(84)</sup>.

La difficoltà di prospettare un sistema tipico fondato sui diritti inviolabili costituzionalmente protetti è indirettamente riconosciuto da chi ne predica la natura elastica poiché si è costretti a convenire sul fatto che « il 'catalogo dei casi' non costituisce un numero chiuso, sul presupposto, generalmente condiviso, che l'art. 2 sia norma aperta. In breve, si esige, per il danno non patrimoniale, un'ingiustizia costituzionalmente qualificata, non essendo sufficiente il *contra ius* di cui all'art. 2043 c.c. »<sup>(85)</sup>. La qualificazione dell'ingiustizia deriva dal contenuto inviolabile del diritto e dal suo rango costituzionale e, una volta acclarato che il catalogo dei diritti inviolabili non è esattamente predeterminato ma suscettibile di continui arricchimenti, risulta impossibile attribuire al connotato della particolare qualificazione dell'ingiustizia una portata tipizzante del criterio selettivo che la dottrina in esame, in linea con quella maggioritaria e con le stesse Sezioni unite, reputa invece il perno di un sistema atipico, per lo meno con riferimento al danno patrimoniale<sup>(86)</sup>.

L'ermeneutica del testo costituzionale non è tuttavia operazione da compiere con disinvoltura, come alcuni civilisti forse credono e come sembra implicito in certe argomentazioni che culminano nel rinvio in bianco all'art. 2 Cost. quasi che l'appiglio offerto da tale ultima norma possa risolvere alla radice il problema della rilevanza giuridica dei profili della personalità umana di volta in volta in questione.

È forse il caso di ricordare che il valore giuridico della persona costituisce da tempo l'oggetto di un dibattito articolato ed ancora aperto tra fautori del fondamento giusnaturalistico e del fondamento giuspositivistico nonché di una lettura razionalistica e di una lettura storicistica<sup>(87)</sup>.

<sup>(83)</sup> PONZANELLI, *Sezioni unite: il « nuovo statuto » del danno non patrimoniale*, cit., c. 136. Mostra qualche perplessità anche C. SCOGNAMIGLIO, *op. ult. cit.*, p. 271-272.

<sup>(84)</sup> *Pirqué Avot* V, 25.

<sup>(85)</sup> PONZANELLI, *op. ult. cit.*, c. 136.

<sup>(86)</sup> PONZANELLI, *op. ult. cit.*, c. 136.

<sup>(87)</sup> Cfr. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990, p. 9 ss., p. 46 ss.<sup>(88)</sup> Cfr. BALDASSARRE, VO-

A ciò si aggiunga che l'art. 2 Cost., ossia l'indiscussa fonte positiva dei diritti inviolabili, è investito a sua volta dalla netta contrapposizione tra chi lo reputa un dispositivo formale preordinato ad aprire l'ordinamento giuridico al diritto naturale, assegnandogli ora una funzione meramente ricognitiva ora una funzione costitutiva<sup>(88)</sup>, e chi lo tratta alla stregua di qualsiasi altra norma del sistema, sottoponendolo agli ordinari canoni interpretativi, pur nella consapevolezza della particolare conformazione delle disposizioni costituzionali di siffatto tenore<sup>(89)</sup>.

Non è questa la sede per ripercorrere il dibattito sulla concezione dell'art. 2 Cost. ora come clausola aperta ora come disposizione tassativa e chiusa<sup>(90)</sup> nel quadro della tradizione europea sui diritti della persona<sup>(91)</sup>. Quel che qui si vuole segnalare all'attenzione di quanti reputano risolutivo il richiamo delle disposizioni costituzionali e, in particolare, dell'art. 2 Cost. è che anche tali ultime proposizioni normative pongono un problema ermeneutico non meno arduo di quello sollevato dalle disposizioni sub-costituzionali di cui agli artt. 2043 e 2059 c.c.

Una delle letture più accreditate attribuisce, infatti, all'art. 2 Cost. il contenuto di sintesi della *ratio* comune ai singoli diritti inviolabili dell'uomo così come individuati espressamente dal testo costituzionale, sicché il riconoscimento di nuovi diritti non può essere banalmente argomentata sulla base del mero riferimento all'art. 2 Cost., come se in tale disposizione si compendia tutto il possibile sviluppo della rilevanza giuridica della persona; ma va, tutt'al contrario, fondato sull'esegesi delle disposizioni costituzionali che proclamano i diritti inviolabili, giacché la loro formulazione linguistica ampia e il richiamo ai valori in esse contenuto favoriscono processi interpretativi estensivi ed evolutivi che possono condurre all'affermazione di nuovi diritti strumentali o trasversali<sup>(92)</sup>. In seconda battuta, ove le potenzialità estensive delle disposizioni costituzionali si rivelino insufficienti si potrà sempre attingere nell'opera di giurificazione a quella *ratio* comune ai diritti inviolabili tipici sintetizzata nell'art. 2 Cost., che costituisce un principio generale dell'ordinamento e si identifica con la dignità personale<sup>(93)</sup>.

ce *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur. Treccani*, XI, Roma, p. 7 e BARBERA, *Principi fondamentali*, in *Comm. Cost.*, a cura di G. Branca, sub art. 2 Cost., Bologna-Roma, 1975, p. 83.

<sup>(89)</sup> NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, cit., p. 61 ss.

<sup>(90)</sup> Sul punto v. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino, 1995, p. 3-4.

<sup>(91)</sup> Sul punto v. G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005, p. 13 ss.

<sup>(92)</sup> Così MODUGNO, *op. ult. cit.*, p. 2, 9; BALDASSARRE, *op. ult. cit.*, p. 7; NAVARRETTA, *op. ult. cit.*, p. 62.

<sup>(93)</sup> MODUGNO, *op. ult. cit.*, p. 3; NAVARRETTA, *op. ult. cit.*, p. 63, secondo cui «le potenzialità dell'interpretazione fanno sì che la costituzione formale possa, al contempo, garantire

Sebbene la pronuncia in commento non faccia parola di questi aspetti problematici della riflessione sul valore giuridico della persona e sui diritti inviolabili, non può essere certo un caso che la Suprema corte manifesti un larvato scetticismo circa l'attitudine della Costituzione a rappresentare il testo normativo più adatto a «chiudere» un sistema tipico di fatti dannosi e, dunque, si affretti a precisare che «il catalogo dei casi in tal modo determinati non costituisce un numero chiuso. La tutela non è ristretta ai casi di diritti inviolabili della persona espressamente riconosciuti dalla Costituzione nel presente momento storico, ma, in virtù dell'apertura dell'art. 2 Cost. ad un processo evolutivo, deve ritenersi consentito all'interprete rinvenire nel complessivo sistema costituzionale indici che siano idonei a valutare se nuovi interessi emersi nella realtà sociale siano, non genericamente rilevanti per l'ordinamento, ma di rango costituzionale attenendo a posizioni inviolabili della persona»<sup>(94)</sup>.

L'affermazione è impegnativa perché in tal modo il Supremo collegio sembra abbracciare la concezione di clausola aperta dell'art. 2 Cost. senza impegnarsi tuttavia nella descrizione analitica del procedimento tramite cui si perviene all'individuazione di nuovi diritti inviolabili: si tratti cioè di interpretazione evolutiva del dettato costituzionale o di diretta invocazione di fonti eteronome, quali la coscienza sociale – cui le Sezioni unite si rivolgono per rintracciare l'*an* del risarcimento, la soglia di rilevanza del risarcibile – o la costituzione materiale. Ciò su cui si è raggiunto un certo consenso è il significato del carattere dell'inviolabilità, il quale riflette sia l'essenza giuridica del valore dell'uomo, da ravvisarsi – come anticipato – nella dignità e nella libertà di sviluppo della personalità, sia la sua naturale predisposizione sociale<sup>(95)</sup>; mentre permangono molte incertezze sulle concrete declinazioni di tali profili e sulle tecniche giuridiche per la loro identificazione, perché, se è vero che la dimensione del valore giuridico dell'uomo non può essere ridotta ad un ventaglio di diritti inviolabili positivizzati e che tale valore può essere intaccato anche ove si aggrediscano valori apparentemente di puro rilievo patrimoniale<sup>(96)</sup>, è però altrettanto vero che resta non suffi-

---

che non venga sovvertito l'ordine democratico, nel rispetto dell'equilibrio fra valori primari, e che tale assetto non resti, tuttavia, cristallizzato nella riproduzione statica di un singolo momento storico».

<sup>(94)</sup> Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, n. 2.14.

<sup>(95)</sup> Da ultimo NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali*, cit., c. 140.

<sup>(96)</sup> NAVARRETTA, *Danni non patrimoniali: il compimento della Drittwirkung e il declino delle antinomie*, cit., pp. 84-86. Sono considerati esempi di pregiudizi ad interessi patrimoniali che coinvolgono anche profili di dignità umana e di libero svolgimento della personalità i casi dell'uccisione del cane del non vedente o del rifiuto di installare l'ascensore nel condominio in cui abiti un portatore di *handicap*.

cientemente chiarito quale sia l'idea sociale di dignità e di libero sviluppo della personalità da assumere come criterio di concretizzazione della natura inviolabile dell'interesse leso.

Qui la contraddizione è massima rispetto alla proclamata natura tipica della responsabilità per danno non patrimoniale ed è sotto gli occhi di tutti. Va soltanto segnalata la forzatura dei rapporti tra potere legislativo e potere giudiziario che il brano della motivazione determina <sup>(97)</sup>. Difatti, il richiamo della percezione del valore inviolabile dell'individuo da parte del corpo sociale e l'investitura della giurisprudenza quale suo interprete tramutano l'art. 2059 c.c., se non proprio in una clausola generale, certamente in una norma generale <sup>(98)</sup>. Il che si pone in termini irriducibili con la qualificazione dell'art. 2059 c.c. come chiave di volta di un sistema tipico <sup>(99)</sup>, tant'è che un autore identifica nell'incremento di importanza della discrezionalità giudiziale la cifra sistematica e culturale della pronuncia delle Sezioni unite <sup>(100)</sup>. Inoltre, è legittimo domandarsi: si è poi così certi che il compito di passare al setaccio l'idea di persona, sviluppatasi di epoca in epoca nel corpo sociale, competa ai giudici ordinari e non sia invece appannaggio esclusivo del potere legislativo e della Corte costituzionale <sup>(101)</sup>?

Il riconoscimento di nuovi diritti inviolabili e l'arricchimento di contenuto

<sup>(97)</sup> PARDOLESI-SIMONE, *op. ult. cit.*, c. 131 parlano (provocatoriamente?) di definitiva consacrazione dell'equiordinazione tra legislatore e giurisprudenza.

<sup>(98)</sup> CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, p. 110 ss. e MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 5 ss., in part. p. 9.

<sup>(99)</sup> Si badi bene che qui l'attributo « tipico » riferito al sistema di responsabilità per danno non patrimoniale assume il significato suo proprio di sistema chiuso perché legato a specifiche ipotesi legislative. Ben diversa è l'accezione assunta dall'attributo « tipico » nella nota concezione dell'ingiustizia del danno come dispositivo tecnico che mette capo ad una fattispecie di responsabilità « a tipicità progressiva » poiché in questo secondo e distinto significato la tipicità designa esclusivamente la necessità ai fini del giudizio di ingiustizia del danno di una preventiva valutazione dell'interesse da parte dell'ordinamento, foss'anche per via indiretta o tramite la riconducibilità ad un principio. La struttura a tipicità progressiva non esige, dunque, lo specifico riconoscimento dell'interesse tramite una disposizione normativa apposita e si contrappone alla pretesa di affidare al giudice il compito di attribuire per primo ad un interesse di fatto il rango di interesse di diritto.

<sup>(100)</sup> C. SCOGNAMIGLIO, *op. ult. cit.*, p. 271.

<sup>(101)</sup> Analoghe perplessità nutre BARCELLONA, *op. ult. cit.*, p. 57 ss. proprio con riferimento alla c.d. interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. che muove dall'idea del ricorso al risarcimento del danno per approntare una tutela minima degli interessi personalistici di rango costituzionale. Per l'a. l'argomento della tutela minima si riallaccia alla dottrina del *Wesensgehalt*, ossia del contenuto essenziale dei diritti costituzionali; ma il ricorso a tale dottrina per attuare la *Drittwirkung* con riferimento all'art. 2059 c.c. finisce per « dare alla previsione costituzionale un'attuazione che accantona il giudice delle leggi e misconosce la

dell'art. 2 Cost. costituiscono due momenti estremamente delicati della vita giuridica del Paese: in primo luogo, perché si può seriamente dubitare che ormai tale ipotetico passaggio avvenga al di fuori del processo di integrazione europea<sup>(102)</sup> e, in secondo luogo, perché – come reputano molti autorevoli studiosi<sup>(103)</sup> – i diritti fondamentali (personali e sociali) costituiscono il nucleo giusnaturalistico – ma di un giusnaturalismo assai distante dalla nozione storica qual è quello riemerso nel secondo dopoguerra del secolo XX – degli attuali ordinamenti giuspositivistici<sup>(104)</sup> e ciò implica che ogni valutazione in ordine a tali diritti investe direttamente la fisionomia della società che li esprime e nessun giudice ordinario foss'anche la Corte di Cassazione è munito della legittimazione sufficiente a ridisegnarne i contorni, proponendosi come interprete diretto della coscienza sociale in un determinato contesto storico<sup>(105)</sup>.

6. – Un accenno infine alla responsabilità contrattuale. Le Sezioni unite sul punto non sono conseguenti giacché muovono dalla premessa, fuori se-

discrezionalità che la Carta del '48 preserva in capo al potere legislativo. Questo secondo uso, dunque, appare costituzionalmente problematico a misura che sembra contraddire, nel medesimo tempo, tanto il monopolio interpretativo della Corte costituzionale sulla Legge fondamentale che la discrezionalità del Legislatore ordinario in ordine alla sua attuazione, ossia sembra contraddire la distribuzione del potere normativo disegnata dalla Costituzione e con essa il senso profondo del patto costituzionale» (*ibidem*, 59).

<sup>(102)</sup> Sul punto cfr. RICCIO, *op. ult. cit.*, con specifico riferimento alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e al suo ingresso nell'assetto costituzionale per il tramite dell'art. 117, comma 1°, Cost., con la prospettata illegittimità costituzionale dell'art. 2059 c.c. nell'interpretazione offertane dalle Sezioni unite.

<sup>(103)</sup> MENGONI, *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, p. 115 ss.; ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992, p. 156 ss.; HABERMAS, *Morale, Diritto, Politica*, trad. it., Torino, 1992, p. 17, p. 70.

<sup>(104)</sup> MENGONI, *op. ult. cit.*, pp. 116-117: «il diritto naturale è un ordine morale definito dai valori etici della persona umana, alla quale si aggiunge la qualifica di 'diritto' per indicare la pretesa non tanto di essere diritto (preesistente al diritto positivo), quanto di diventare diritto, di entrare nel corpo dell'ordinamento positivo quale categoria fondante della costituzione dello Stato e parametro ideale-normativo di legittimazione sostanziale del diritto legale. [...] La Costituzione rifiuta la riduzione positivistica della legittimità (la giustizia) alla legalità, ma converte il problema della fondazione etica della legittimità in un problema giuridico, e quindi in materia di giudizio di un organo giurisdizionale, mediante l'istituzionalizzazione dei valori morali, che ne costituiscono il referente pregiuridico, in opzioni interne al diritto positivo espresse nella forma di enunciati normativi di principio strutturati o come clausole generali (per es., i principi complementari di giustizia e di solidarietà) o come diritti soggettivi (diritti fondamentali)».

<sup>(105)</sup> Accredita invece l'idea della legittimazione del giudice ad attingere alla coscienza sociale in sede di determinazione dell'area della risarcibilità in materia di danno alla persona BUSNELLI, *op. cit.*, p. 105 e p. 107.

gno, secondo cui «l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. consente ora di affermare che anche nella materia della responsabilità contrattuale è dato il risarcimento dei danni non patrimoniali» e svolgono poi un ampio ragionamento – ben più corretto – che lega la risarcibilità dei valori della persona secondo le regole della responsabilità da inadempimento all'accertamento che tali valori siano ricompresi nel piano dell'obbligazione o per previsione di legge o per opzione delle parti, in quanto inclusi nella causa in concreto del contratto.

Il Supremo collegio recepisce, dunque, le indicazioni offerte dal dibattito dottrinale degli ultimi decenni<sup>(106)</sup>, ma le colloca in una cornice fuorviante per due ragioni: *a*) perché nessun conforto in ordine all'ampiezza del danno risarcibile *ex art.* 1218 c.c. si può trarre dal distinto campo della responsabilità aquiliana<sup>(107)</sup>; *b*) perché così si trascura che il contratto dà vita ad un piano della rilevanza giuridica autonomo, anche se ovviamente coordinato con lo *ius positum*, che è in grado di conferire rilievo anche ad interessi non espressamente previsti né dalla Carta fondamentale né dalla legislazione ordinaria, ma al contempo può persino attenuarne la tutela, ma non certamente sino a compromettere la dignità o la libertà, sicché il moto tra contratto e legge in questo caso procede in senso esattamente inverso rispetto a quello prospettato dalle Sezioni unite.

A tale proposito si considerino due esempi. Il contratto con il quale si commissiona ad un professionista la confezione dell'abito da nozze conferisce giuridica rilevanza a profili soggettivi – come la partecipazione emotiva legata alla circostanza che l'oggetto della prestazione professionale è funzionale ad un evento di speciale rilievo e per lo più irripetibile – rispetto ai quali

<sup>(106)</sup> MAZZAMUTO, *Il mobbing*, Milano, 2004, p. 61 ss.

<sup>(107)</sup> Così anche CASTRONOVO, *Danno esistenziale: il lungo addio*, cit., pp. 8-9; GRISI, *op. ult. cit.*, p. 449. Nel senso imbroccato dalle Sezioni unite invece FRANZONI, *op. ult. cit.*, p. 13-15, il quale perviene ad una conclusione non proprio convincente: «in Italia pare che l'intervento del legislatore sia superato dal fatto che l'interprete si rende protagonista del mutamento del precetto attraverso l'interpretazione. Il punto decisivo è l'apertura dell'art. 1223 c.c. tradizionalmente ritagliato a misura del danno patrimoniale. Il richiamo all'art. 1174 c.c., sul punto dell'interesse del creditore, il riferimento alla rilettura costituzionale dell'intera vicenda porta a ritenere che nell'art. 1223 c.c. è come se ci fosse anche l'art. 2059 c.c.». Appare un po' forzato anche l'abozzo di difesa d'ufficio di BUSNELLI, *op. ult. cit.*, p. 100-101, secondo cui il riferimento all'art. 2059 c.c. in chiave costituzionale – per quanto non del tutto provvido (*ibidem*, p. 112) – ha il solo obiettivo di affermare il principio che la lesione dei diritti inviolabili della persona, ove generi un danno non patrimoniale, comporta l'obbligo di risarcire il danno, quale che sia la fonte della responsabilità. Pur a voler ammettere l'esistenza di un principio così congegnato, resta il dubbio sul perché mai esso dovrebbe emergere dall'art. 2059 c.c. e non invece dall'art. 1175 c.c. o dall'art. 1223 c.c. o dall'art. 1225 c.c. o dall'art. 2043 c.c.?

si può certamente concepire una lesione a causa dell'inadempimento della prestazione principale, soprattutto se le modalità del mancato o inesatto adempimento si rivelino di particolare gravità, come, ad esempio, nel caso limite del dolo o dell'imperizia grave<sup>(108)</sup>. La *lex contractus* può essere però anche il luogo in cui taluni valori personalistici subiscono un'attenuazione della tutela rispetto alla loro normale rilevanza, come potrebbe accadere nel caso di un contratto di insegnamento improntato ad un metodo didattico particolarmente ruvido che contempra la possibilità di pubbliche umiliazioni dello scolaro neghittoso: è evidente che in un'ipotesi del genere la *lex contractus* consente lesioni della dignità personale che altrimenti ammonterebbero ad inadempimento per violazione dell'art. 1175 c.c., quale fonte dell'obbligo del debitore di proteggere la dignità del creditore in ossequio dell'art. 2 Cost., sempreché una siffatta limitazione rientri in quel margine di disponibilità riservato ai soggetti privati in materia di valori personalistici (come accade per la *privacy*, per il nome, per l'immagine ecc.).

Sotto questo profilo, non sarebbe condivisibile l'opinione che neghi la risarcibilità *ex artt.* 1218 ss. c.c. del danno morale se non nei limiti imposti dall'art. 2059 c.c., ossia nei casi di espressa previsione legislativa. E la ragione è duplice. Per un verso, v'è un rischio di incoerenza e, come si ritiene di non poter trarre dal sistema della responsabilità extracontrattuale indici della rilevanza del danno non patrimoniale nel diverso settore della responsabilità contrattuale, così non se ne possono ricavare limitazioni. Per altro verso, la rilevanza o meno del patimento va desunta anch'essa dal piano dell'obbligazione e, se si tratta di obbligazione nascente da contratto, dalla causa negoziale, entrambi conformati dalla legge e/o dalla privata autonomia<sup>(109)</sup>, sicché, se da tali indici si desume l'inclusione nella prestazione o negli obblighi accessori della godibilità del bene dovuto o della serenità del creditore, l'eventuale regola di responsabilità non potrà che stendere la propria ala anche sul patimento o sul disagio d'animo, come nel caso emblematico del pregiudizio per vacanza rovinata a proposito del contratto di pacchetto turistico<sup>(110)</sup>, su cui si sono pure pronunziate la Corte europea di giustizia<sup>(111)</sup> e la Corte di Cassazione<sup>(112)</sup>.

<sup>(108)</sup> *Contra* CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 9, ma il caso esemplificato è leggermente diverso da quello proposto *supra* nel testo.

<sup>(109)</sup> Così anche BUSNELLI, *op. ult. cit.*, p. 112.

<sup>(110)</sup> Cfr. MAZZAMUTO, *Il contratto di pacchetto turistico*, in *Manuale di diritto privato europeo*, cit., p. 996 ss., in part. p. 1003 ss.

<sup>(111)</sup> Corte giust. europea, 12 marzo 2002, C-168/00, in *Resp. civ. prev.*, 2002, p. 360 ss., con nota di GUERINONI, *L'interpretazione della Corte di Giustizia riguardo al danno da «vacanza rovinata»*.

<sup>(112)</sup> Cass., 24 aprile 2008, n. 10651, in *Corriere giur.*, 2008, p. 1396 ss., con nota di MARI-CONDA, *Contratto di viaggio, mare sporco e diritti dei consumatori*.

Un discorso analogo vale per la chiosa dedicata dalle Sezioni unite al danno non patrimoniale da inadempimento del datore di lavoro nei confronti del sottoposto *ex art. 2087 c.c.*: i giudici supremi reputano che i danni da lesione della dignità del lavoratore connessi alla dequalificazione non siano altro che «pregiudizi attinenti allo svolgimento della vita professionale del lavoratore, e quindi danni di tipo esistenziale, ammessi a risarcimento in virtù della lesione, in ambito di responsabilità contrattuale, di diritti inviolabili e quindi di ingiustizia costituzionalmente qualificata»<sup>(113)</sup>.

A tale proposito, va ricordato innanzitutto che la categoria dell'ingiustizia del danno è addirittura inconcepibile al di fuori del perimetro della responsabilità extracontrattuale<sup>(114)</sup> e l'uso che se ne propone è per l'appunto il frutto dell'improprio richiamo dell'art. 2059 c.c. per legittimare la risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento.

Il requisito dell'ingiustizia del danno dà luogo, infatti, ad un ordine di valutazioni del pregiudizio per così dire estrinseco rispetto al piano dell'obbligazione o, più in generale, della *lex contractus*<sup>(115)</sup> cui solo invece si riferisce l'art. 1218 c.c. collegando il danno all'inadempimento secondo un relazione di effetto a causa. Ne discende che il danno da inadempimento viene alla luce di per sé giuridicizzato e rilevante ai fini del risarcimento, proprio perché rappresenta l'epilogo di un rapporto giuridico preesistente tra il danneggiato e il danneggiante, sicché è fuor di luogo ricercarne altrove nel sistema la fonte della risarcibilità<sup>(116)</sup>.

Ciò vale con riguardo al danno patrimoniale, tant'è che la responsabilità da inadempimento è la sede naturale del risarcimento del danno meramen-

<sup>(113)</sup> Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, n. 4.5.

<sup>(114)</sup> CASTRONOVO, *Il risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 86; ID., *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 456.

<sup>(115)</sup> Ecco perché non ha senso parlare di *inuria* in sede di responsabilità contrattuale come invece fanno NAVARRETTA-POLETTI, *I danni non patrimoniali nella responsabilità contrattuale*, in *I danni non patrimoniali*, cit., pp. 66-68.

<sup>(116)</sup> BUSNELLI, *op. ult. cit.*, p. 112-113 parla di peculiarità del sottosistema della responsabilità contrattuale, il quale è governato da una sua logica che può condurre ad una possibile dilatazione dell'ambito del risarcimento dei danni non patrimoniali. L'a. in particolare segnala il ruolo di filtro selettivo dell'art. 1225 c.c. Il rilievo è pienamente condivisibile a patto di una duplice precisazione: a) la responsabilità contrattuale non è un sottosistema di un sistema più ampio di risarcimento dei danni civili, ma essa stessa è un sistema autonomo o meglio è una delle due *species* della responsabilità civile, per usare le parole di un pregevole saggio di Castronovo (ID., *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Europa dir. priv.*, 2004, p. 69 ss.); b) la specificità della responsabilità civile può comportare così come un ampliamento dell'area della risarcibilità del danno non patrimoniale anche un restringimento rispetto alle regole della responsabilità civile, come è chiarito meglio *supra* nel testo.

te patrimoniale<sup>(117)</sup>; ma vale nella stessa misura anche con riguardo al danno non patrimoniale.

Non si vuol dire che l'obbligazione e il contratto restino insensibili alle istanze di tutela della persona che provengono dall'ordinamento nel suo complesso e, in particolare, dalla Carta fondamentale; ma soltanto che il meccanismo deputato alla bisogna fuori dall'espressa volontà delle parti è ben diverso dall'immediata rilevanza sul piano risarcitorio ed opera per altre vie: l'una è la previsione di legge – il caso emblematico è l'art. 2087 c.c. in tema di obbligo di sicurezza del datore di lavoro – e l'altra è la concretizzazione della clausola generale di buona fede/correttezza<sup>(118)</sup>.

Non si può, dunque, accogliere l'idea della *Drittwirkung* in materia di responsabilità contrattuale allo scopo di ampliare l'area della risarcibilità sul fronte degli interessi della persona<sup>(119)</sup>: come si è esclusa la diretta invocazione delle norme costituzionali per riempire di contenuto il sintagma « casi determinati dalla legge » perché in tal modo si aggira il filtro dell'ingiustizia dal quale anche i diritti costituzionalmente protetti devono transitare per spiegare i propri effetti nel settore della responsabilità extracontrattuale, così la diretta invocazione dei profili della personalità di rango costituzionale va esclusa dall'area del contratto o, in chiave più generale, dell'obbligazione, poiché anche qui opera, oltre all'eventuale previsione di legge, un filtro consistente nel canone della correttezza/buona fede costituzionalmente coniugato che veicola i valori della persona protetti dalla Carta fondamentale nel regolamento contrattuale o nel piano dell'obbligazione sotto forma di obblighi di comportamento preposti alla salvaguardia dei valori personalistici: il congegno tecnico tramite cui l'innesto avviene è, dunque, rappresentato dalla « struttura dogmatica assiologicamente orientata »<sup>(120)</sup> degli obblighi di protezione.

<sup>(117)</sup> Cfr. MAZZAMUTO, *Spunti in tema di danno ingiusto e danno meramente patrimoniale*, in *Europa dir. priv.*, 2008, p. 370 ss.

<sup>(118)</sup> Ai fini dell'ampliamento dell'area della responsabilità da inadempimento al danno non patrimoniale, non si può reputare invece risolutivo il pur corretto richiamo dell'art. 1174 c.c., formulato in dottrina (per tutti COSTANZA, *Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 127 ss.) ed accolto anche dalle Sezioni unite, poiché, come ha opportunamente rilevato CASTRONOVO, *Danno esistenziale: il lungo addio*, cit., p. 9, il riferimento all'interesse non patrimoniale contenuto nell'art. 1174 c.c. « intese avere soltanto la funzione di rendere chiaro che esso non era in contrasto con la natura essenzialmente patrimoniale dell'obbligazione ».

<sup>(119)</sup> Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, n. 4.7; NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali*, cit., c. 141; FRANZONI, *op. ult. cit.*, p. 14 e, per quel che sembra, anche PONZANELLI, *Sezioni unite: il « nuovo statuto » del danno non patrimoniale*, cit., c. 137.

<sup>(120)</sup> MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., p. 18.

La concezione moderna della responsabilità da inadempimento ha fatto per di più un passo innanzi, consentendone l'inesco anche in presenza di obblighi di protezione che perdono la loro strutturale natura accessoria ed acquisiscono rilievo autonomo: è il caso della responsabilità da inadempimento dell'obbligazione senza prestazione, concepita originariamente per dare adeguata risposta al danno meramente patrimoniale, ma idonea a reagire anche a pregiudizi di natura non patrimoniale che insorgono tra soggetti legati da una relazione giuridicamente rilevante ma priva della piena consistenza di un rapporto obbligatorio vero e proprio <sup>(121)</sup>.

La via dell'integrazione alla luce del criterio della correttezza/buona fede offre delle garanzie che la pretesa di ascendere alla Costituzione per attingere direttamente alla tavola dei valori della persona non è in grado di assicurare <sup>(122)</sup>: tali garanzie consistono nel test di coerenza dell'integrazione dei diritti costituzionali con il regolamento contrattuale predisposto dalle parti o con il piano dell'obbligazione che viene imposto dalla clausola generale della correttezza/buona fede, la quale si rivolge alle fonti eteronome di integrazione ma con lo sguardo alla regolamentazione da completare anche alla stregua di un criterio di ragionevolezza.

Una riprova se ne può trarre dall'inesigibilità della prestazione che metta a repentaglio un interesse del debitore reputato dall'ordinamento prevalente rispetto all'interesse sotteso alla pretesa creditoria: la dottrina più autorevole ritiene, infatti, che anche in questa funzione di limite del carattere vincolante del rapporto obbligatorio i valori della persona o più in generale le gerarchie di interessi, se affidati all'apprezzamento del giudice in ordine alla valutazione di inesigibilità, debbano transitare comunque per la direttiva di correttezza di cui all'art. 1175 c.c. <sup>(123)</sup>, salvo com'è ovvio a fungere di per sé per il loro rango costituzionale da parametro di costituzionalità di particolari discipline <sup>(124)</sup>.

La questione che rimane aperta in termini di sistema è legata semmai alla circostanza che la responsabilità extracontrattuale poggia su di una norma, l'art. 2043 c.c., la quale si impernia sulla nozione generale di danno ingiusto, a sua volta oggetto di specificazione, tramite l'art. 2059 c.c., qualora il pregiudizio sia di carattere non patrimoniale. Un percorso normativo analogo non è rintracciabile nella disciplina della responsabilità contrattuale, giacché l'art.

<sup>(121)</sup> CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 443 ss.

<sup>(122)</sup> Non così NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali*, cit., pp. 69-70.

<sup>(123)</sup> Sul punto cfr. L. MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1089 ss.

<sup>(124)</sup> Cfr. Corte cost., 18 marzo / 1° aprile 1992, n. 149 (redattore Luigi Mengoni) e successivamente Corte cost., 24 gennaio / 3 febbraio 1994, n. 19.

1223 c.c., con il suo riferimento alla perdita subita e al mancato guadagno, reca su di sé i segni della patrimonialità ed inoltre la norma in questione regola un aspetto specifico dei problemi posti dal riconoscimento della responsabilità del debitore ossia la direttiva di fondo in tema di liquidazione del danno.

Sulla scorta di tale rilievo, se ne dovrebbe trarre la conclusione di una strutturale inadeguatezza del sistema di responsabilità contrattuale alla rimozione dei danni non patrimoniali. È questo, tuttavia, un epilogo che si può scongiurare se soltanto si rifletta sulla circostanza che la disposizione in cui viene proclamata la risarcibilità del danno c.d. contrattuale non è certo l'art. 1223 c.c., ma l'art. 1218 c.c. che è la norma di fondazione della responsabilità da inadempimento e che contiene inoltre l'espressa indicazione del pregiudizio, pur collegandolo esclusivamente alla prestazione inadempita o inesattamente adempiuta, ma senza impegnarsi in una qualificazione ulteriore in ordine al requisito della patrimonialità così come del resto l'art. 2043 c.c.

Ciò potrebbe indurre ad affermare che allora il danno non patrimoniale vada risarcito ex art. 1218 c.c. soltanto nei casi in cui il valore personalistico faccia corpo con l'interesse primario del creditore, entrando a far parte del contenuto della prestazione, come tipicamente accade nel contratto di lavoro. In questo modo si finirebbe però col trascurare il moderno percorso evolutivo dell'obbligazione culminato nel superamento del *iuris praeceptum* che ne identificava l'oggetto nella sola prestazione e ciò grazie alla nuova figura dell'obbligo accessorio al dovere primario di condotta. L'art. 1218 c.c. è figlio di quella stagione in cui l'obbligazione non aveva altro contenuto che la prestazione ed è, dunque, naturale che esso rappresenti la responsabilità come la conseguenza giuridica del rapporto di causa ad effetto tra l'inadempimento, per l'appunto, della prestazione ed il pregiudizio. Tuttavia, l'art. 1218 c.c. si colloca oggi in un diverso orizzonte dogmatico e in un mutato contesto normativo.

Sotto il primo profilo, pesa la rilettura dell'obbligazione che – abbandonata l'idea romanistica del rapporto lineare ai cui estremi si collocano il debito e il credito tradizionalmente intesi – dà luogo ad «una configurazione in termini di rapporto complesso, ove attorno alla prestazione principale si coagula una costellazione di obblighi di natura accessoria, la cui finalità è di assicurare la piena realizzazione di tutti gli interessi per il soddisfacimento dei quali il vincolo è sorto o che comunque a tale vincolo necessariamente si ricollegano»<sup>(125)</sup>.

<sup>(125)</sup> MAZZAMUTO, *Il mobbing*, cit., p. 24. Cfr. anche i fondamentali studi di MENGONI, *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi» (Studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, p. 368 ss.; DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, diretto da Galgano, Bologna-Roma, 1988, p. 316 ss.; CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, p. 1 ss.

Sotto il secondo profilo, incide sull'interpretazione dell'art. 1218 c.c. la proliferazione nella legge ordinaria delle ipotesi di espresso riconoscimento normativo di tali obblighi ovvero addirittura della risarcibilità per via contrattuale del danno alla persona: basti pensare, ad esempio, all'art. 94 c. cons. in materia di pacchetto turistico, nonché all'art. 36, comma 2°, lett. a), in tema di clausole cd. abusive e agli artt. 4, comma 4°, d. lgs. 9 luglio 2003, n. 215, in materia di parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica e 4, comma 5°, d. lgs. 9 luglio 2003, n. 216 in tema di parità di trattamento in materia di occupazione e condizione di lavoro fra le persone indipendentemente dalla religione, dalle convinzioni personali, dagli *handicap*, dall'età e dall'orientamento sessuale.